

Sentencia C-194/13

ACCION PUBLICA DE INCONSTITUCIONALIDAD-Características esenciales/ACCION PUBLICA DE INCONSTITUCIONALIDAD-Requisitos

La Corte ha sostenido en diferentes decisiones que la acción pública de inconstitucionalidad tiene entre sus características esenciales ser un espacio de participación democrática, donde los ciudadanos ponen a consideración de este Tribunal posibles contradicciones entre las normas legales y la Constitución, a efectos que, luego de un intenso debate entre las autoridades públicas concernidas en el asunto, así como las diversas instituciones de la sociedad civil y los demás ciudadanos, la Corte adopte una decisión suficiente ilustrada sobre la materia debatida. Una discusión de esta naturaleza exige un presupuesto argumentativo de carácter sustancial, condición metodológica que ha sido sistematizada por la jurisprudencia a través de la definición de los requisitos de claridad, certeza, especificidad, pertinencia y suficiencia que deben cumplir las razones que fundamentan el cargo de constitucionalidad.

ACCION PUBLICA DE INCONSTITUCIONALIDAD-Carácter público/ACCION PUBLICA DE INCONSTITUCIONALIDAD-Intervención ciudadana no configura nueva demanda

El carácter público de la acción de inconstitucionalidad y la naturaleza taxativa de las modalidades de control automático, impiden a la Corte pronunciarse sobre asuntos que no hayan sido formulados por los demandantes; restricción ésta que opera también frente a lo planteado por los intervinientes ciudadanos, debido a dos razones principales: en primer lugar, el debate democrático y participativo solo puede predicarse de aquellos argumentos contenidos en la demanda, respecto de los cuales los distintos intervinientes y el Ministerio Público pueden expresar sus diversas posturas; y en segundo término, aunque es evidente que las intervenciones ciudadanas son útiles para definir e ilustrar el asunto debatido, carecen de la virtualidad de configurar cargos autónomos y diferentes a los contenidos en la demanda.

En cuanto a la naturaleza de las intervenciones ciudadanas la jurisprudencia constitucional ha determinado que tal instancia en el proceso de constitucionalidad "... fue consagrada por

el Constituyente no sólo para que los ciudadanos puedan impugnar o defender la norma sometida a control, garantía de la participación ciudadana, sino, además, con el propósito de que éstos le brinden al juez constitucional elementos de juicio adicionales que le permitan adoptar una decisión. || No se trata de una nueva demanda, ni de pretender formular cargos nuevos o adicionales a los planteados por el demandante. Así, los fallos de la Corte se estructuran a partir de los cargos hechos por el actor, de tal forma que los argumentos expuestos en los escritos de intervención ciudadana son un soporte que le sirve al juez para realizar el estudio jurídico de las disposiciones legales objeto de control.”

CORTE CONSTITUCIONAL EN DEMANDA DE INCONSTITUCIONALIDAD-Improcedencia de pronunciamiento sobre nuevo cargo presentado por interviniente

CONSULTA PREVIA DE COMUNIDADES ETNICAS-Precedentes constitucionales

DERECHO A LA CONSULTA PREVIA DE COMUNIDADES ETNICAS-Fundamental/CONSULTA PREVIA DE MEDIDAS LEGISLATIVAS Y ADMINISTRATIVAS A COMUNIDADES ETNICAS-Criterios para determinar su exigibilidad

La jurisprudencia constitucional ha definido ampliamente el contenido y alcance del derecho fundamental a la consulta previa, del cual son titulares las comunidades indígenas y afrodescendientes, precisando que ese derecho se deriva tanto de mandatos constitucionales específicos, como de normas vinculantes del derecho internacional de los derechos humanos, en particular las contenidas en el Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo, habiendo concluido que concurren dos niveles de participación de las comunidades diferenciadas, en lo que respecta a la adopción de medidas legislativas y administrativas. Cuando se trata de medidas de carácter general, esto es, que no conllevan una afectación directa de esas comunidades, ellas tienen los derechos de participación democrática garantizados en la Constitución, inclusive aquellos de naturaleza diferencial, como su representación particular en el Congreso. En cambio, cuando se esté ante medidas que sí involucren esa afectación directa, debe llevarse a cabo el procedimiento de consulta previa, con el fin de asegurar los derechos fundamentales de las comunidades étnicas.

CONSULTA PREVIA DE MEDIDAS LEGISLATIVAS A COMUNIDADES ETNICAS-Medidas objeto de consulta

Este Tribunal ha dispuesto que el objeto de la consulta, cuando se trata de medidas legislativas, integra no solo la ley en sentido formal, sino también los actos legislativos reformativos de la Constitución y las leyes aprobatorias de tratados, que como se indicó, se trate de medidas que involucren una afectación directa, y existe afectación directa cuando la medida legislativa “altera el estatus de la persona o de la comunidad, bien sea porque le impone restricciones o gravámenes o le confiere beneficios.”

CONSULTA PREVIA DE MEDIDAS LEGISLATIVAS A COMUNIDADES ÉTNICAS-Criterios sobre la obligatoriedad de la consulta

Un primer criterio sobre la obligatoriedad de la consulta es de naturaleza sociológica, según el cual concurre afectación directa cuando la medida legislativa incide en la construcción de la identidad diferenciada de las comunidades tradicionales, resultando el deber de consulta previa respecto de medidas legislativas, jurídicamente exigible cuando las mismas afecten directamente a las comunidades indígenas y afrodescendientes; ello sucede cuando la materia del proyecto está relacionada con aspectos que tienen una vinculación intrínseca con la definición de la identidad étnica de dichos grupos. Un segundo criterio es de naturaleza normativa, con el que la necesidad de efectuar la consulta previa surge respecto de (i) asuntos en donde concurre un mandato constitucional que vincula determinadas materias objeto de regulación con los derechos de las comunidades étnicas; y (ii) aquellos tópicos expresamente indicados como objeto de consulta por parte del Convenio 169 de la OIT. Un tercer que es interpretativo, consistente en que la consulta previa es obligatoria cuando, a pesar de que la medida legislativa tenga carácter general, en todo caso la materia regulada debió contar con una regulación particular y específica respecto de las posiciones jurídicas de las comunidades étnicas. Esto debido a que dicha materia tiene una relación intrínseca con asuntos propios de la definición de la identidad de dichas comunidades, como sucede cuando la regulación general tiene dentro de su ámbito de aplicación la administración del territorio ancestral o la utilización de los recursos naturales en él asentado. Así, en conclusión la afectación directa a las comunidades indígenas y tradicionales por parte de una medida legislativa puede verificarse en tres escenarios: (i) cuando la medida tiene por objeto regular un tópico que, por expresa disposición constitucional, debe ser sometido a procesos de decisión que cuenten con la participación de las comunidades étnicas, como sucede con la explotación de recursos naturales; (ii) cuando a pesar que no se trate de esas materias, el asunto regulado por la medida está

vinculado con elementos que conforman la identidad particular de las comunidades diferenciadas; y (iii) cuando aunque se está ante una medida de carácter general, regula sistemáticamente materias que conforman la identidad de las comunidades tradicionales, por lo que puede generarse bien una posible afectación, un déficit de protección de los derechos de las comunidades o una omisión legislativa relativa que las discrimine.

CONSULTA PREVIA DE MEDIDAS LEGISLATIVAS A COMUNIDADES ÉTNICAS-Métodos interpretativos para identificar la afectación directa de estas comunidades

CONSULTA PREVIA DE COMUNIDADES ÉTNICAS EN TRAMITE DE LEY MODIFICATORIA DEL CODIGO PENAL-Improcedencia por tratarse de prescripciones de carácter general/LEY QUE TIPIFICA LOS ACTOS DE RACISMO O DISCRIMINACION EN EL CODIGO PENAL-Por su carácter general y no contener disposiciones que afecten de manera directa y específica a las comunidades étnicas no requería consulta previa

En el presente caso, en uno de los cargos, los demandantes consideran que la Ley 1482 de 2011 es inconstitucional, por cuanto la norma refiere a asuntos relacionados con la protección de minorías étnicas, específicamente de la población afrodescendiente, y el proyecto de ley debió cumplir con el requisito de consulta previa. No obstante, para la Corte, si bien el criterio racial es relevante para la identificación de las minorías étnicas, no puede absorberlo, ni menos mostrarse como equivalente. Llevada a esta premisa al caso analizado, se tiene que cuando la norma acusada tipifica conductas constitutivas del delito de racismo, incorpora una protección general para ambas categorías, bien que se trate de individuos que pertenecen a la minoría, como aquellos que se identifican con esa minoría discriminada en términos colectivos. Esa condición de generalidad, así vista, impide concluir que se esté ante una medida de afectación directa y específica a las comunidades étnicas, advirtiendo la Corte que el objetivo de la norma, en lo que respecta a las minorías étnicas, es sancionar conductas que les resulten discriminatorias, a partir de la naturaleza universal de esa prohibición. Así, dado que la consulta previa se predica de aquellas medidas legislativas que afecten directamente a las comunidades diferenciadas, al margen que se trate de regulaciones particulares para esos grupos o regulaciones generales que tienen el mismo efecto de afectación directa y en razón de que en el caso analizado las finalidades de la ley acusada responden a prescripciones universales de sanción a la discriminación contra minorías históricamente segregadas, así como de la ausencia de

vínculo entre la previsión demandada y la determinación de los aspectos que construyen la identidad diferenciada de las comunidades étnicas, se infiere la inexigibilidad de la consulta previa.

PRINCIPIOS DE IDENTIDAD FLEXIBLE Y CONSECUTIVIDAD EN TRAMITE LEGISLATIVO-Reiteración de jurisprudencia

La Corte ha planteado en su jurisprudencia un precedente sostenido y estable respecto de los principios de identidad flexible y consecutividad, como condiciones para la validez del trámite de las leyes y actos legislativos. Ha afirmado que las distintas reglas, constitucionales y orgánicas, que son aplicables al trámite legislativo, tienen un objetivo unívoco: lograr que las normas legales sean fruto de una deliberación democrática adecuada, lo cual se cumple a través de la garantía de la debida conformación de la voluntad de las cámaras, la eficacia del principio de mayoría y la protección irrestricta de los derechos de las minorías políticas, y es en este marco de referencia que se encuadran los principios de consecutividad y de identidad flexible. El primero, comúnmente conocido como la regla de los cuatro debates, obliga a que todo proyecto de ley, para ser aprobado, deba ser sometido a discusión y votación tanto en la comisión respectiva como en las plenarias de cada una de las cámaras, y garantiza que los proyectos de ley adquieran previamente a su aprobación un grado de deliberación suficiente en las diferentes instancias sucesivas en que está institucionalmente compuesto el Congreso; en tanto el principio de identidad flexible obliga a que las diferentes materias que conforman la iniciativa sean conocidas por esas instancias legislativas, pues de no ser así, las mismas no cumplirían con el requisito de deliberación democrática en cada una de esas etapas.

PRINCIPIO DE IDENTIDAD FLEXIBLE EN TRAMITE LEGISLATIVO-Contenido

Si bien el principio de identidad en el constitucionalismo colombiano ha conocido dos variantes: la primera, de tipo rígido o literal, que imperó durante la vigencia de la Constitución de 1886, se fundaba en que los textos discutidos y aprobados por las comisiones parlamentarias no podían sufrir modificaciones durante su estudio en plenarias, las cuales solo estaban habilitadas para aprobar o negar el articulado correspondiente; la segunda es adoptada por la Constitución actual y permite la inclusión de modificaciones en segundo debate, razón por la cual es caracterizada como de identidad flexible, previéndose

que durante el segundo debate cada cámara pueda introducir al proyecto las modificaciones, adiciones y supresiones que juzgue necesarias, siempre y cuando cumpla el requisito de exigencia de unidad temática dentro del trámite legislativo, resultando así inadmisibles las disposiciones o modificaciones que no se relacionen con ella.

PRINCIPIO DE IDENTIDAD FLEXIBLE EN TRAMITE LEGISLATIVO-Introducción de modificaciones, adiciones y supresiones por plenarias de las Cámaras Legislativas

La posibilidad de modificación de los proyectos durante el segundo debate está sometida a límites, estrechamente relacionados con la preservación de la unidad temática de la iniciativa, por lo que los congresistas pueden introducir modificaciones, adiciones y supresiones, siempre que durante el primer debate en la comisión constitucional permanente se hubiese discutido y aprobado el tema a que se refiere la adición o modificación, aún bajo la forma de un artículo nuevo.

PRINCIPIOS DE CONSECUTIVIDAD E IDENTIDAD FLEXIBLE EN TRAMITE LEGISLATIVO-Criterios para determinar su vulneración por inclusión de un tema nuevo

La Corte ha identificado las reglas que permiten verificar la concurrencia de unidad temática entre lo debatido y las modificaciones introducidas, siendo la introducción de temas autónomos, nuevos y separables, que no guarden relación con las materias debatidas en instancias anteriores del trámite lo que recibe reproche constitucional. La Corte ha fijado los criterios materiales para determinar en qué caso se está ante la inclusión de un tema nuevo, previendo que: “(i) un artículo nuevo no siempre corresponde a un asunto nuevo puesto que el artículo puede versar sobre asuntos debatidos previamente; (ii) no es asunto nuevo la adición que desarrolla o precisa aspectos de la materia central tratada en el proyecto siempre que la adición este comprendida dentro de lo previamente debatido; (iii) la novedad de un asunto se aprecia a la luz del proyecto de ley en su conjunto, no de un artículo específico; (iv) no constituye asunto nuevo un artículo propuesto por la Comisión de Conciliación que crea una fórmula original para superar una discrepancia entre las Cámaras en torno a un tema”. Así pues, las plenarias están constitucionalmente habilitadas para hacer modificaciones al articulado sin tener que remitirlo nuevamente a las comisiones, incluso si se trata de cambios con carácter intenso y significativo, a condición que el texto que se someta a consideración y aprobación en segundo debate verse acerca

de materias analizadas en el primer debate, de modo que no se desnaturalice el proyecto de ley y, con ello, se vulneren los principios de consecutividad e identidad flexible.

PRINCIPIOS DE CONSECUTIVIDAD E IDENTIDAD FLEXIBLE EN TRAMITE DE LEY MODIFICATORIA DEL CODIGO PENAL-No vulneración por ampliación del ámbito de regulación habida cuenta de la razonabilidad de la unidad temática/PRINCIPIOS DE CONSECUTIVIDAD E IDENTIDAD FLEXIBLE EN TRAMITE DE LEY QUE TIPIFICA LOS ACTOS DE RACISMO O DISCRIMINACION EN EL CODIGO PENAL-No vulneración por modificaciones que guardan unidad temática en tipificación de conductas discriminatorias

Los demandantes en este proceso contra la Ley 1482 de 2011 sostienen que el trámite de la iniciativa contravino los principios de identidad flexible y consecutividad, debido a que el proyecto de ley fue originalmente concebido para la tipificación penal de actos de discriminación contra la población afrocolombiana, y mutó hacia una tipificación general de comportamientos discriminatorios respecto de otras minorías, no solo étnicas, sino también sociales y de identidad y orientación sexual, modificación ésta que, a juicio de los demandantes, fue de tal magnitud que desconoció los mencionados principios del trámite legislativo. Si embargo para la Corte, los principios de consecutividad e identidad flexible no se vieron afectados ante la evidente razonabilidad de la unidad temática ya que las adiciones o modificaciones propuestas al proyecto de ley guardan unidad temática con los asuntos previamente debatidos. Es así que en el procedimiento legislativo que precedió la norma acusada, se encuentra que el Congreso, en una primera etapa, que correspondió al trámite en el Senado de la República, enfocó el proyecto de ley en la protección de las comunidades afrodescendientes, pero en esa misma etapa advirtió que, a partir de la Constitución y las normas del derecho internacional de los derechos humanos, la justificación de la iniciativa descansaba en una cláusula genérica de protección a las distintas minorías, no solo las afrodescendientes o las raciales, y fue entonces que, en una segunda etapa, la Cámara de Representantes optó por incorporar en la participación sobre la conveniencia del proyecto de ley a un espectro amplio de minorías tradicionalmente discriminadas, lo que impactó el texto del proyecto de ley, de modo que (i) fijó la tipificación penal para los actos de discriminación, racismo y hostigamiento contra esas distintas minorías; y (ii) adicionó el tipo penal de Apología al genocidio, para amparar los actos de antisemitismo, de manera que cubrió dentro del bien jurídico protegido por ese delito a la comunidad judía en tanto minoría racial históricamente discriminada.

Referencia: Expediente D-9252

Demanda de inconstitucionalidad contra la Ley 1482 de 2011 “por medio de la cual se modifica el Código Penal y se establecen otras disposiciones.”

Actores: Erick Andrés Pérez Álvarez y Diego Leonardo González González

Magistrado Ponente:

LUIS ERNESTO VARGAS SILVA

Bogotá D.C., diez (10) de abril de dos mil trece (2013).

La Sala Plena de la Corte Constitucional, en ejercicio de sus atribuciones constitucionales y en cumplimiento de los requisitos y trámites establecidos en el Decreto Ley 2067 de 1991, ha proferido la presente Sentencia.

I. ANTECEDENTES

En ejercicio de la acción pública consagrada en el artículo 241 de la Constitución, los ciudadanos Erik Andrés Pérez Álvarez y Diego Leonardo González González,[1] solicitan a la Corte que declare la inexequibilidad de la Ley 1482 de 2011 “por medio de la cual se modifica el Código Penal y se establecen otras disposiciones.”, en su integridad.

Cumplidos los trámites previstos en el artículo 242 de la Constitución y en el Decreto Ley 2067 de 1991, procede la Corte a resolver sobre la demanda de la referencia.

II. NORMA DEMANDADA

A continuación se transcribe la norma demandada, publicada en el Diario Oficial 48.270 del 1° de diciembre de 2011.

LEY 1482 DE 2011

(noviembre 30)

Por medio de la cual se modifica el Código Penal y se establecen otras disposiciones.

EL CONGRESO DE COLOMBIA

DECRETA:

TÍTULO I.

Disposiciones Generales

Artículo 1°. Objeto de la ley. Esta ley tiene por objeto garantizar la protección de los derechos de una persona, grupo de personas, comunidad o pueblo, que son vulnerados a través de actos de racismo o discriminación.

Artículo 2°. El Título I del Libro II del Código Penal tendrá un Capítulo IX, del siguiente tenor:

CAPÍTULO IX.

De los actos de discriminación.

Artículo 3°. El Código Penal tendrá un artículo 134A del siguiente tenor:

Artículo 134A. Actos de Racismo o discriminación. El que arbitrariamente impida, obstruya o restrinja el pleno ejercicio de los derechos de las personas por razón de su raza, nacionalidad, sexo u orientación sexual, incurrirá en prisión de doce (12) a treinta y seis (36) meses y multa de diez (10) a quince (15) salarios mínimos legales mensuales vigentes.

Artículo 4°. El Código Penal tendrá un artículo 134B del siguiente tenor:

Artículo 134B. Hostigamiento por motivos de raza, religión, ideología, política, u origen nacional, étnico o cultural. El que promueva o instigue actos, conductas o comportamientos constitutivos de hostigamiento, orientados a causarle daño físico o moral a una persona, grupo de personas, comunidad o pueblo, por razón de su raza, etnia, religión, nacionalidad, ideología política o filosófica, sexo u orientación sexual, incurrirá en prisión de doce (12) a treinta y seis (36) meses y multa de diez (10) a quince (15) salarios mínimos legales mensuales vigentes, salvo que la conducta constituya delito sancionable con pena mayor.

Artículo 5o. El Código Penal tendrá un artículo 134C del siguiente tenor:

Artículo 134C. Circunstancias de agravación punitiva. Las penas previstas en los artículos anteriores, se aumentarán de una tercera parte a la mitad cuando:

1. La conducta se ejecute en espacio público, establecimiento público o lugar abierto al público.
2. La conducta se ejecute a través de la utilización de medios de comunicación de difusión masiva.
3. La conducta se realice por servidor público.
4. La conducta se efectúe por causa o con ocasión de la prestación de un servicio público.
5. La conducta se dirija contra niño, niña, adolescente, persona de la tercera edad o adulto mayor.
6. La conducta esté orientada a negar o restringir derechos laborales.

Artículo 6°. El Código Penal tendrá un artículo 134D del siguiente tenor:

Artículo 134D. Circunstancias de atenuación punitiva. Las penas previstas en los artículos anteriores, se reducirán en una tercera parte cuando:

1. El sindicado o imputado se retracte públicamente de manera verbal y escrita de la conducta por la cual se le investiga.
2. Se dé cumplimiento a la prestación del servicio que se denegaba.

Artículo 7°. Modifíquese el artículo 102 del Código Penal.

Artículo 102. Apología del genocidio. El que por cualquier medio difunda ideas o doctrinas que propicien, promuevan, el genocidio o el antisemitismo o de alguna forma lo justifiquen o pretendan la rehabilitación de regímenes o instituciones que amparen prácticas generadoras de las mismas, incurrirá en prisión de noventa y seis (96) a ciento ochenta (180) meses, multa de seiscientos sesenta y seis punto sesenta y seis (666.66) a mil

quinientos (1.500) salarios mínimos legales mensuales vigentes, e inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas de ochenta (80) a ciento ochenta (180) meses.

Artículo 8o. Vigencia. La presente ley rige a partir de su promulgación y deroga todas las disposiciones que le sean contrarias.

III. LA DEMANDA

3.1. Como primer cargo, los demandantes consideran que la norma es inconstitucional, en tanto se pretermitió el requisito de consulta previa a las comunidades indígenas y afrodescendientes. Advierten que, como lo ha señalado la jurisprudencia constitucional, existe un derecho a la consulta previa de esas comunidades diferenciadas, respecto de la adopción de medidas legislativas o administrativas que las afecten directamente.

En el asunto analizado, afirman que “[n]inguna comunidad afrocolombiana, raizal, palenquera o indígena fue consultada a pesar de los profundos impactos que las leyes antidiscriminación y la acción positiva suelen tener a nivel mundial y sobre todo a pesar de los aportes esenciales y únicos que estas comunidades pueden aportar sobre sus problemáticas. En este aspecto el Congreso de la República debió abstenerse de realizar acciones que de cualquier manera vayan dirigidas a crear situaciones de discriminación de facto, de igual manera, debió generar los mecanismos óptimos para que se garantizase que los derechos políticos de las comunidades afro pudiesen ser ejercidos de forma efectiva.”

Agregan, con base en algunas notas periodísticas, que la opinión de representantes de dichas minorías no era coincidente, expresándose algunas posturas en contra del texto de la iniciativa. Esta razón, a su juicio, demostraba la obligatoriedad de la consulta previa.

3.2. Estiman los demandantes, como segundo cargo, que en el trámite de la ley fue desconocido el principio de identidad flexible. Esto debido a que a pesar que el proyecto fue originalmente concebido para la protección de los derechos de las comunidades afrodescendientes, en especial su derecho a no ser discriminadas mediante expresiones o comportamientos racistas. Sin embargo, a partir de los debates en cámara fueron incluidos temas extraños a ese tópico, esta vez relativos a la tipificación de actos de discriminación en razón de la nacionalidad, género, orientación sexual o relacionados con el

antisemitismo.

Para los actores, el tema de discriminación racial contra los afrodescendientes es un asunto que debió haberse tramitado de manera autónoma y compatible con la complejidad de ese tópico. En cambio, el legislador optó por incluir al finalizar el trámite otros tipos de razones para la discriminación, en contravía de la regla de los cuatro debates.

3.3. Por último, advierten vulnerado el principio de legalidad penal. Ello en razón que los tipos previstos en la norma acusada no identifican adecuadamente el sujeto activo de la conducta, así como el contenido del comportamiento objeto de sanción penal. Señalan para ello varios casos en donde, a pesar que se estaría ante una acción que en su particular entender advierten legítima, como despedir a un trabajador por sostener relaciones sentimentales en el ámbito laboral o defender tesis que promuevan el tratamiento médico para la homosexualidad, se llegaría a imponer la sanción por discriminación en razón de las preferencias sexuales. Agregan que igual razonamiento podría hacerse respecto de (i) la conformación de grupos que defiendan ideologías marxistas, leninistas o maoístas, pues podrían ser sancionados en razón del vínculo que los actores hallan entre esas posturas y el genocidio de varios grupos humanos durante el siglo XX; o (ii) la labor histórica dirigida a negar las cifras de indígenas asesinados por los conquistadores españoles, pues en ese caso una actividad amparada por la libertad de educación será sancionada penalmente al hacer una presunta apología del genocidio.

Determinan que, en últimas, la norma es cercana al totalitarismo, pues convierte en verdades incontrovertibles asuntos objeto de discusión en la sociedad, particularmente la comprensión de la diversidad sexual o el tratamiento a determinadas minorías sociales. Así, concluyen que “[l]a discriminación resulta ser un tema extenso y complejo por lo que con esta ley se podrían crear odios y resentimientos que no son propios del espíritu hispánico (sic), acaso el legislador al hacer de la igualdad un derecho supraconstitucional no estaría haciendo del principio de igualdad el totalitarismo del siglo XXI, acaso las dictaduras de iluminados y la demagogia no surgen de los principios relativistas e incuestionables. (sic) Acaso en conjunción con nuestros derechos constitucionales, no se puede cuestionar los abusos que se pueden perpetrar en nombre de la igualdad.”

IV. INTERVENCIONES

Intervenciones oficiales

4.1. Intervención del Senado de la República

A través de escrito formulado por apoderado especial, el Senado de la República solicita a la Corte que declare inexecutable la norma acusada. En primer término, pone de presente que la norma no debió ser consultada, en la medida que no afecta a las comunidades tradicionales, sino que antes bien busca su protección, como la de otras minorías sociales, económicas y culturales.

En lo que respecta al cargo por vulneración del principio de identidad flexible, considera que tampoco es afectado, puesto que el tema objeto de regulación era la discriminación a minorías, de forma tal que bien podía el Congreso adicionar dentro del tipo penal las infracciones a garantías de otras minorías, distintas a los afrodescendientes.

Finalmente, advierte que el principio de tipicidad penal no resulta afectado, en tanto las disposiciones acusadas delimitan suficientemente la conducta, relacionada con la “infracción de los derechos humanos” de dichas minorías.

4.2. Intervención del Ministerio del Interior

El Ministerio del Interior, mediante escrito presentado por apoderado especial, defiende la constitucionalidad de la norma demandada. Así, a partir de una presentación general sobre las implicaciones constitucionales de la consulta previa, concluye que ese requisito no fue desconocido en el presente caso. Esto debido a que la norma demandada es de aplicación general, predicable de cualquier persona que incurra en los actos de discriminación allí descritos, por lo que no puede concluirse que tenga como consecuencia afectar asuntos propios de las minorías étnicas.

De otro lado, frente al cargo por vulneración del principio de consecutividad e identidad flexible, señala que tampoco es infringido, en la medida en que existe conexidad temática entre los contenidos de la norma acusada, que tienen como objetivo unívoco “... garantizar los derechos de una persona, grupo de personas, comunidad o pueblo, que son vulnerados a través de actos de racismo o discriminación.” De manera similar, estima el Ministerio interviniente que el precepto demandado es compatible con el principio de legalidad penal,

en la medida en que cumple con los requisitos previstos en la jurisprudencia constitucional para la satisfacción de esa condición.

4.3. Intervención del Ministerio de Justicia y del Derecho

La apoderada judicial del Ministerio de Justicia y del Derecho interviene ante la Corte, con el fin que declare exequible la ley acusada. En primer lugar, transcribe la exposición de motivos del proyecto de ley que originó la disposición demandada, así como algunos aspectos del trámite, con el fin de señalar que las comunidades tradicionales fueron debidamente representadas a través de los congresistas elegidos por las circunscripciones especiales. Además, se estaba ante una regulación de aplicación general, como lo es aquella integrante del Código Penal, circunstancia que relevaba a la normativa de la necesidad de ser objeto de consulta previa. Incluso, debía resaltarse que el precepto acusado estaba dirigido a cumplir con finalidades constitucionalmente legítimas, como es proteger a las minorías de los actos de racismo y discriminación. En ese sentido, la pretendida inexecutable tendrían como efecto la vulneración de los derechos fundamentales de grupos sociales tradicionalmente excluidos y, por lo mismo, sujetos de especial protección constitucional.

En segundo término, advierte que el principio de identidad flexible y consecutividad tampoco fue desconocido, pues las adiciones introducidas por las plenarias de cada corporación legislativa fueron realizadas dentro de los límites previstos por las competencias adscritas a éstas por el artículo 160 C.P.

4.4. Intervención de la Defensoría del Pueblo

En representación de la Defensoría del Pueblo, el Defensor Delegado para Asuntos Constitucionales formula intervención en la que solicita a la Corte que adopte un fallo inhibitorio respecto de los cargos formulados en razón de la presunta afectación de los principios de legalidad penal e identidad flexible. A su vez, solicita se declare la exequibilidad de la ley acusada, por el cargo relativo al desconocimiento del requisito de consulta previa. Con este fin expone los siguientes argumentos:

4.4.1. Determina que las razones planteadas por los actores, relativas a la violación de los principios de consecutividad e identidad flexible son impertinentes, pues antes bien existe

una evidente conexidad temática entre los distintos motivos que dan lugar a la discriminación. Resalta sobre el particular que existe un consenso internacional acerca que el concepto de discriminación engloba “toda distinción, exclusión o preferencia, que tenga por objeto o resultado anular o menoscabar el reconocimiento, goce o ejercicio, en condiciones de igualdad, de los derechos humanos y libertades fundamentales.” Lo mismo sucede con la conducta de apología al genocidio, pues se trata de un tipo intrínsecamente relacionado con la discriminación, en los términos expuestos. Por ende, los demandantes no cumplen con el requisito de generar una duda mínima sobre la inconstitucionalidad de las medidas acusadas, de manera que se impone la necesidad de adoptar un fallo inhibitorio.

4.4.2. De manera similar, la Defensoría concluye que el cargo por vulneración del principio de legalidad penal no es apto, puesto que las razones que lo fundamentan se muestran “vagas, indeterminadas y fundadas en apreciaciones propias de los actores, mas no en el contenido concreto y directo de las disposiciones acusadas; adicionalmente, la Entidad nota que la exposición adolece de claridad por cuanto no sigue un hilo conductor en la presentación de sus justificaciones. Y por estas razones, considera que no es posible que estas constituyan verdaderos cargos de inconstitucionalidad en contra de la legislación acusada, en la medida en que faltan a los requisitos de claridad, certeza y especificidad exigidos por la jurisprudencia.”

4.4.3. Luego de hacer una completa exposición sobre los compromisos de derecho internacional de los derechos humanos, adquiridos por Colombia en materia de protección de las minorías contra actos discriminatorios, así como de las reglas sobre el amplio margen de configuración legislativa respecto de la adopción de tipos penales que tiendan a sancionar dichos actos, la Defensoría asume la temática de la consulta previa.

Así, a partir de una recapitulación de la jurisprudencia constitucional en materia de consulta, el interviniente sostiene que las normas demandadas no estaban sujetas a ese requisito, en razón que contienen regulaciones de índole general, que no afectan directa y específicamente a las comunidades tradicionales. Esto se comprueba, entre otros asuntos, porque el sujeto activo del tipo penal no es cualificado, ni menos tiene relación de pertenencia con dichas comunidades. Sobre el particular, afirma la Defensoría que “... ciertas conductas son cometidas sobre todo por ciertos sujetos, e igualmente, sus

consecuencias afectan sobre todo a determinados individuos o colectivos, ello no desvirtúa el carácter general y abstracto de la legislación penal, y menos la posición de todos los sujetos con respecto a dicha legislación cuyos efectos son de carácter indiscriminado. En suma, todos los sujetos y colectivos padecen de una afectación potencial similar por razón de las disposiciones penales y todos ellos también resultan beneficiados por la capacidad disuasiva de su consagración.” Agrega la intervención sobre este preciso particular que “[d]esde esta perspectiva, no se cumple a cabalidad el presupuesto que funge como condición de procedencia de la consulta previa – a saber, la constatación de una afectación directa y específica respecto de las comunidades indígenas y afrodescendientes – ya que, si bien la norma comentada supone efectivamente un grado de afectación posible sobre ellas, esta no es específica, en el sentido de que no solo las afecte a ellas, o las afecte de manera especial o distinta a como lo hace respecto a otros colectivos que son víctimas de la discriminación”.

Intervenciones académicas e institucionales

4.5. Intervención de la Universidad la Gran Colombia

El Rector de la Universidad la Gran Colombia solicita, mediante escrito formulado ante la Corte, la inexequibilidad de la disposición demandada. Para ello, refiere a que la invocación a Dios que se realiza en la Constitución hace que la moral en ella contenida, sea de naturaleza “teísta”. Por ende, como “una moral teísta postula la familia con base en la “decisión libre de un hombre y una mujer o por la voluntad responsable de conformarla” como lo consigna el artículo 42, y no por la decisión libre de personas del mismo sexo de conformarla. Así las cosas la igualdad de los derechos y deberes de las parejas tienen una clara y tajante connotación heterosexual y no homosexual. Esto confirmado por el cuarto inciso del artículo en comento. || En todo caso, la libre expresión de opiniones no puede ser objeto de negación, o de subordinación a otros principios constitucionales sin grave peligro de incurrir en totalitarismos contrarios a la ordenación democrática de nuestra Constitución Política.”

4.6. Intervención de la Universidad de Ibagué

La Decana de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas presenta ante la Corte concepto preparado por el grupo de investigación liderado por la profesora Yeny Alarcón, el cual

defiende la exequibilidad de la ley acusada. En primer término, luego de hacer algunas referencias a la jurisprudencia constitucional sobre consulta previa, la interviniente concluye que la disposición acusada no estaba sometida a ese requisito. Esto debido a que las medidas que contiene están dirigidas a sancionar penalmente actos de discriminación y no a incidir en asuntos propios de la construcción social de identidad de las comunidades afrodescendientes.

En relación con el cargo fundado por el vulneración de los principios de consecutividad e identidad flexible, la Universidad indica que, revisado el trámite legislativo, se observa que desde la ponencia para primer debate se puso en evidencia que el concepto de discriminación que tenía la iniciativa era demasiado estrecho, de manera que fue interés del Congreso ampliar el concepto, con el fin de cobijar a las diferentes minorías, no solo raciales, sino de otra índole. Esto a través de propuesta de modificación del articulado, que luego incidieron en la redacción final.

Por lo tanto, si se parte de considerar que (i) la materia regulada fue la tipificación respecto de los actos de discriminación; (ii) las plenarias tienen la facultad constitucional de introducir adiciones y modificaciones aprobadas en las comisiones; y (iii) la materia regulada correspondió en todos los debates a la sanción penal de actos de discriminación; entonces no concurría el vicio alegado en la demanda. Sobre este particular, la intervención pone de presente que "... el tema sobre qué grupo poblacional iba a cobijar esta normativa, se discutió y modificó en el entendido que protegiera a toda persona, grupo de personas, comunidad o pueblo, que pudiesen ser objeto del racismo y la discriminación racial, para que en posterior primer debate en la Cámara de Representantes se optara por una modificación al objeto de la ley la cual fue establecer que fuera contra actos de discriminación en términos generales y no solo en términos que comprenden el racismo."

Agrega que la legitimidad democrática de la ampliación en comento se demuestra en la audiencia pública que se realizó durante el trámite legislativo, la cual contó con representantes de diversas minorías y donde se concluyó, precisamente, la necesidad de ampliar el ámbito de regulación a esas diversas minorías, puesto que no existía ningún criterio razonable ni constitucionalmente atendible para irrogar ese grado de protección solo a un grupo poblacional históricamente discriminado.

Por último, en lo que respecta al cargo basado en el principio de legalidad penal, indica que el cargo es ambiguo, puesto que se basa en una presunta indeterminación del sujeto activo de la conducta penalizada, aunque es claro que este es cualquier persona que cometa la conducta, lo que se opone a la argumentación planteada por la demanda. Agrega que los ejemplos dados en la demanda sobre presuntas infracciones al mencionado principio, en realidad se encuadran en conductas que tendrían afectación del bien jurídico protegido por el tipo penal demandado. En consecuencia, el cargo planteado no estaría llamado a prosperar.

4.7. Intervención de la Universidad Nacional de Colombia

El Decano de la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional de Colombia presentó ante la Corte intervención que justifica la exequibilidad de la norma objeto de demanda. En primer lugar, a partir de la identificación de reglas jurisprudenciales sobre la consulta previa, la Universidad concluye que el asunto debatido no hacía parte de las medidas legislativas en donde la consulta es obligatoria, puesto que tiene por objeto irrogar protección específica a las comunidades indígenas y afrodescendientes, titulares del derecho fundamental a la consulta previa, sino a una generalidad de minorías. Señala sobre el particular que a pesar que al inicio del trámite legislativo el proyecto estaba dirigido a la protección de las minorías étnicas, en todo caso el objeto de regulación fue ampliado. Por ende, “a partir de las modificaciones introducidas al texto y que fueron presentadas para primer debate en el Senado, se definió que el alcance de la futura norma no se limitaba a las comunidades afrodescendientes, raizales y palenqueras, sino que la protección buscada se hacía extensiva a cualquier persona, grupo, comunidad o pueblo, es decir, al colectivo social en su conjunto. Por tal motivo, no era requisito para su trámite el haber realizado la consulta previa”.

En lo que respecta al cargo por la afectación del principio de identidad flexible, la Universidad concuerda con los demás intervinientes, en el sentido que no está llamado a prosperar. Indica para ello que “... la simple lectura de los informes presentados para debate; la comparación de los textos presentados y aprobados; y la aprobación final del proyecto, lo que arrojan es no solo la fidelidad a la propuesta presentada, sino la inclusión de modificaciones todas ellas atadas de manera conceptualmente clara a la materia objeto del proyecto de ley. No se observa de dónde puede sostenerse válidamente que el núcleo

temático fue modificado o remplazado durante el trámite del proyecto; todo lo contrario.”

Por último, en lo relativo al cargo fundado en la presunta afectación del principio de legalidad penal, la intervención sostiene que este no resulta infringido, pues el tipo es suficientemente claro tanto en el sujeto activo: que es cualquier persona; el título de dolo en que se ejerce la conducta; al igual que el contenido del hecho punible, que corresponde a actos de discriminación en razón de la raza, etnia, religión, nacionalidad, ideología política o filosófica, sexo u orientación sexual. En tal sentido, resalta que la argumentación de los actores está basada esencialmente en hipótesis que no se derivan de la norma acusada, sino de interpretaciones que están por fuera del texto del tipo penal. Así, “[n]o es dable pensar que el tipo penal tal cual está definido da lugar a equívocos, a partir de la mala fe con la cual los eventuales o pretendidos afectados pretendan actuar frente a las autoridades. Tal accionar escapa del tipo penal y se radica en la órbita personal de quien así pretenda accionar, lo cual de paso constituye otro delito. Pretender evitar tales conductas es casi un imposible y considerar que por tal motivo hay una violación del principio de legalidad y por contera, un vicio de inconstitucionalidad de la norma resulta, respetuosamente, infundado.”

4.8. Movimiento Cimarrón

El Director Nacional del Movimiento Nacional por los Derechos Humanos de las Comunidades Afrocolombianas – Cimarrón, formula ante la Corte intervención dirigida a solicitar la constitucionalidad del precepto acusado. Para ello, parte de señalar que la ley demandada es un paso de trascendental importancia en la protección de los derechos de las minorías afrodescendientes, quienes han sido históricamente discriminadas y afectadas en su dignidad, merced del tratamiento desigual al que han sido tradicionalmente relegadas. Con todo, ponen de presente que la demanda yerra al identificar el contenido de la norma acusada, pues ella no está dirigida a promover la igualdad de los afrocolombianos, sino a modificar el Código Penal, con el fin de tipificar conductas discriminatorias contra distintas comunidades, entre ellas las afrodescendientes. En ese orden de ideas, sostienen que no se está ante una “... ley que beneficia exclusivamente a la población afrocolombiana, en especial, de piel negra. Es una ley que introduce en el Código Penal los delitos de racismo y discriminación racial, entre otras discriminaciones, como fenómenos universales que pueden hacer víctimas al conjunto de las poblaciones, los más victimizados

son los afrocolombianos.”

Con base en este mismo argumento, sostienen que la norma no estaba sometida al requisito de consulta previa. Esto en razón que la misma “no afectó, ni disminuyó, ni amenazó los derechos étnicos ni la identidad cultural de las poblaciones afrodescendientes y la intelectualidad nacional, comprometida con la no discriminación, apoyaron el proyecto y rodearon a los congresistas ponentes. Los congresistas fueron intérpretes e intermediarios de las aspiraciones y la voz de millones de colombianos y colombianas, que no necesitaron de ser consultores, constructores y veedores del proyecto correcto que estaban demandando.”

De otro lado, ese carácter plural y amplio del proyecto niega la posibilidad de afectación del principio de identidad flexible y consecutividad, en la medida en que dentro de la iniciativa tuvieron legítima cabida diversas modalidades de discriminación, esta vez objeto de sanción penal. A su vez, en lo que respecta al principio de legalidad, la organización interviniente indica que el tipo penal acusado es suficientemente definido y que, en cualquier caso, las hipótesis de la demanda se basan en la falta de conciencia sobre la necesidad de sanción de los comportamientos racistas.

Intervenciones ciudadanas

Al presente trámite fueron remitidos documentos suscritos por varios cientos de ciudadanos y ciudadanas, cuyos nombres son consignados en el anexo de esta sentencia. Estos intervinientes manifiestan que apoyan la inexequibilidad de la ley demandada, para lo cual formulan premisas idénticas. Aducen para ello, además de coadyuvar brevemente algunos de los argumentos de la demanda, que los preceptos acusados (i) desconocen la libertad de expresión, puesto que penalizan opiniones sobre la moral sexual o familiar de buena parte de la población colombiana, quienes plantean posiciones divergentes a las defendidas por algunas de las minorías descritas en la norma, en especial la población LGTBI; (ii) en consecuencia, la norma desconoce lo que identifican como los “valores culturales de los colombianos”; (iii) “burla el marco jurídico existente”, en la medida en que consideran que buena parte de los actos fundados en la discriminación ya se encuentran tipificados penalmente, a través de otros delitos que protegen bienes jurídicos relacionados con la honra y la integridad física; (iv) son contrarios a la justicia, pues se basan en conductas

excesivamente vagas, lo que a su vez llevaría a la penalización de simples opiniones; y (v) afecta la libertad religiosa, en especial de la población que profesa el catolicismo, pues penaliza algunas de sus posiciones doctrinarias, que a la luz de la norma demandada recaerían injustamente en el criterio de discriminación.

V. CONCEPTO DEL PROCURADOR GENERAL DE LA NACIÓN

Mediante escrito radicado en esta Corporación en la oportunidad procesal correspondiente, el Procurador General de la Nación presentó el concepto previsto en los artículos 242-2 y 278-5 de la Constitución, en el que solicita a la Corte que (i) se inhiba de adoptar un pronunciamiento de fondo por el cargo basado en la violación del principio de legalidad penal, en razón de la ineptitud sustantiva del mismo; y (ii) declare la exequibilidad de la ley acusada por las censuras relativas al desconocimiento de la consulta previa y el principio de identidad flexible. Con este fin, plantea los argumentos siguientes:

5.1. Considera el Ministerio Público que, en lo que respecta al cargo por desconocimiento del principio de legalidad penal, los actores se limitan a afirmar el asunto, pero no lo soportan con argumentos que cumplan con las condiciones de especificidad y suficiencia, identificados por la jurisprudencia constitucional. Por ende, se impone la adopción de un fallo inhibitorio sobre ese preciso particular.

5.2. Ahora bien, en lo que respecta al cargo por desconocimiento del derecho a la consulta previa, el Procurador General, de manera coincidente con los demás intervinientes, indica que ese requisito no era exigible para el asunto debatido. Ello en razón que "... se trata de una norma general y abstracta, que no genera una afectación directa a las comunidades indígenas o negras, en tanto y en cuanto se trata de una modificación al Código Penal, aplicable a cualquier sujeto activo que incurra en la conducta típica allí descrita. El autor de los actos de racismo o discriminación puede ser un miembro de dichas comunidades o de otras, como también puede serlo la víctima. Y es que el racismo o la discriminación no sólo se pueden presentar respecto de miembros de las comunidades indígenas o negras, sino respecto de miembros de toda la sociedad, e incluso entre miembros de una misma comunidad pero por motivos ajenos a la raza o a la cultura, como puede ser el caso de la discriminación por motivos de ideología política o de sexo. || Combatir la discriminación en todas sus formas, incluso en la racial, no es un asunto que afecte de manera directa y

especial a las comunidades indígenas o negras, sino que hace parte de la política criminal que el Estado diseña para todos los habitantes de su territorio.”

5.3. En relación con el cargo basado en el desconocimiento de los principios de consecutividad e identidad flexible, la Vista Fiscal pone de presente que desde el tercer debate del trámite legislativo se evidenció la necesidad de ampliar el ámbito de acción del proyecto, a fin de cobijar otras formas de discriminación. Esta circunstancia, a su vez, motivó instancias de participación para esas minorías incluidas.

A su juicio, una ampliación de ese carácter, que pretende cobijar a varios grupos minoritarios frente a la discriminación, (i) guarda una evidente conexidad temática con el sentido original del proyecto de ley, el cual es combatir la discriminación por motivos de raza; (ii) hace parte de una competencia propia del Congreso; y (iii) es una medida que al mostrarse razonable, no puede sancionarse como contradictoria con la materia objeto de regulación.

VI. CONSIDERACIONES Y FUNDAMENTOS DE LA CORTE CONSTITUCIONAL

Competencia

1. La Corte Constitucional es competente para resolver la demanda de la referencia, en los términos del artículo 241-4 C.P., puesto que se trata de la acción pública de inconstitucionalidad contra una Ley de la República.

Asunto preliminar. Admisibilidad del cargo por violación del principio de legalidad

2. De manera previa a la formulación del asunto debatido y los problemas jurídicos que de este se derivan, la Sala considera necesario pronunciarse sobre la admisibilidad del cargo basado en la presunta afectación del principio de legalidad, en razón de la falta de definición del sujeto activo de la conducta, al igual que del comportamiento objeto del reproche penal. Esto debido a que varios de los intervinientes y el Procurador General son coincidentes en afirmar que esa acusación es inepta, en tanto no cumple con los requisitos argumentativos mínimos que prevé la jurisprudencia constitucional.

3. La Corte ha sostenido en diferentes decisiones que la acción pública de inconstitucionalidad tiene entre sus características esenciales ser un espacio de

participación democrática, donde los ciudadanos ponen a consideración de este Tribunal posibles contradicciones entre las normas legales y la Constitución. Ello a efectos que, luego de un intenso debate entre las autoridades públicas concernidas en el asunto, así como las diversas instituciones de la sociedad civil y los demás ciudadanos, la Corte adopte una decisión suficiente ilustrada sobre la materia debatida.

Una discusión de esta naturaleza exige un presupuesto argumentativo de carácter sustancial: sólo podrá debatirse el problema jurídico constitucional cuando el demandante ofrezca una controversia discernible, respecto de la cual sea posible manifestar opiniones igualmente sustantivas, que apoyen bien la inexequibilidad o la constitucionalidad del precepto correspondiente. Esta condición metodológica ha sido sistematizada por la jurisprudencia a través de la definición de los requisitos de claridad, certeza, especificidad, pertinencia y suficiencia que deben cumplir las razones que fundamentan el cargo de constitucionalidad.[2]

3.1. La claridad de un cargo se predica cuando la demanda contiene una coherencia argumentativa tal que permite a la Corte identificar con nitidez el contenido de la censura y su justificación. Aunque merced el carácter público de la acción de inconstitucionalidad no resulta exigible la adopción de una técnica específica, como sí sucede en otros procedimientos judiciales, no por ello el demandante se encuentra relevado de presentar las razones que sustentan los cargos propuestos de modo tal que sean plenamente comprensibles.

3.2. La certeza de los argumentos de inconstitucionalidad hace referencia a que los cargos se dirijan contra una proposición normativa efectivamente contenida en la disposición acusada y no sobre una distinta, inferida por el demandante, implícita o que hace parte de normas que no fueron objeto de demanda. Lo que exige este requisito, entonces, es que el cargo de inconstitucionalidad cuestione un contenido legal verificable a partir de la interpretación del texto acusado.

3.3. El requisito de especificidad resulta acreditado cuando la demanda contiene al menos un cargo concreto, de naturaleza constitucional, en contra de las normas que se advierten contrarias a la Carta Política. Este requisito refiere, en estas condiciones, a que los argumentos expuestos por el demandante sean precisos, ello en el entendido que “el juicio

de constitucionalidad se fundamenta en la necesidad de establecer si realmente existe una oposición objetiva y verificable entre el contenido de la ley y el texto de la Constitución Política, resultando inadmisibles que se deba resolver sobre su inexecutable a partir de argumentos “vagos, indeterminados, indirectos, abstractos y globales” que no se relacionan concreta y directamente con las disposiciones que se acusan. Sin duda, esta omisión de concretar la acusación impide que se desarrolle la discusión propia del juicio de constitucionalidad.”

3.4. Las razones que sustentan el concepto de la violación son pertinentes en tanto estén construidas con base en argumentos de índole constitucional, esto es, fundados “en la apreciación del contenido de una norma Superior que se expone y se enfrenta al precepto demandado.”. En ese sentido, cargos que se sustenten en simples consideraciones legales o doctrinarias; la interpretación subjetiva de las normas acusadas por parte del demandante y a partir de su aplicación en un problema particular y concreto; o el análisis sobre la conveniencia de las disposiciones consideradas inconstitucionales, entre otras censuras, incumplen con el requisito de pertinencia del cargo de inconstitucionalidad.

3.5. Por último, la condición de suficiencia ha sido definida por la jurisprudencia como la necesidad que las razones de inconstitucionalidad guarden relación “en primer lugar, con la exposición de todos los elementos de juicio (argumentativos y probatorios) necesarios para iniciar el estudio de constitucionalidad respecto del precepto objeto de reproche; (...) Por otra parte, la suficiencia del razonamiento apela directamente al alcance persuasivo de la demanda, esto es, a la presentación de argumentos que, aunque no logren prime facie convencer al magistrado de que la norma es contraria a la Constitución, si despiertan una duda mínima sobre la constitucionalidad de la norma impugnada, de tal manera que inicia realmente un proceso dirigido a desvirtuar la presunción de constitucionalidad que ampara a toda norma legal y hace necesario un pronunciamiento por parte de la Corte Constitucional.”

4. La Corte encuentra que el cargo formulado por los actores no cumple los requisitos de pertinencia y suficiencia. Nótese que la acusación de los demandantes se centra en considerar que los tipos penales que crea la norma acusada incurren en una indefinición acerca del sujeto activo de la conducta, así como el contenido de la conducta punible. Sin embargo, para desarrollar el cargo no ofrecen ningún argumento, sino que se limitan a

poner algunos ejemplos de casos hipotéticos que, en su criterio, llevarían a concluir la mencionada indefinición.

Sobre este particular, la Sala comparte lo indicado por el Procurador General, en el sentido que el cargo en mención no está soportado, más allá de los mencionados ejemplos que, a lo sumo, solo llegarían a explicar algunas razones de inconveniencia en la aplicación del tipo penal, premisas que son del todo ajenas al control judicial de inconstitucionalidad.

No obstante, las distintas intervenciones formuladas en el presente proceso demuestran que la problemática que fallidamente formulan los demandantes versa sobre la presunta contradicción entre la tipificación penal de los actos discriminatorios y determinadas comprensiones de la libertad de expresión y la libertad religiosa. Sin embargo, este asunto se infiere de algunas afirmaciones, también insuficientes, de las intervenciones ciudadanas presentadas, pero que no tienen reflejo alguno en la demanda, la cual nada dice sobre ese particular.

Al respecto debe insistirse en que el carácter público de la acción de inconstitucionalidad y la naturaleza taxativa de las modalidades de control automático, impiden a la Corte pronunciarse sobre asuntos que no hayan sido formulados por los demandantes. Esta restricción opera en el presente proceso incluso frente a lo planteado por los intervinientes ciudadanos. Esto debido a, al menos, dos razones principales. En primer lugar, el debate democrático y participativo solo puede predicarse de aquellos argumentos contenidos en la demanda, respecto de los cuales los distintos intervinientes y el Ministerio Público pueden expresar sus diversas posturas. En segundo término, aunque es evidente que las intervenciones ciudadanas son útiles para definir e ilustrar el asunto debatido, carecen de la virtualidad de configurar cargos autónomos y diferentes a los contenidos en la demanda. Además, en el caso planteado los intervinientes se limitan a afirmar que la tipificación penal se opone a la libertad de expresión, en especial la difusión de las ideas propias de la religión católica, pero tampoco ofrecen argumentos sustantivos sobre esa precisa materia.

Esta ha sido la conclusión fijada por la Corte en su jurisprudencia. Así por ejemplo, en la sentencia C-294/12 la Sala desechó la posibilidad de incluir cargos nuevos, fundados en la intervención de un ciudadano, más no en la demanda original. Así, se considera que esa

improcedencia se sustentaba, “[e]n primer lugar, porque se trata de un argumento que no fue considerado en modo alguno por las motivaciones y consideraciones de la acción de inconstitucionalidad objeto del presente proceso de inconstitucionalidad. En la medida que se trata de un cargo concreto y específico, muy distinto a los contenidos en la demanda, es un asunto al que no pueden responder el Gobierno, los intervinientes ni el Ministerio Público. Se trata de un cargo, autónomo y distinto a los de la demanda de la referencia, y que en tal medida no hace parte del problema jurídico sometido a consideración de la Corte Constitucional ni del debate procesal público que se surtió. En segundo lugar, una primera lectura de la intervención permite concluir que sus argumentos se fundan en razones de conveniencia que, independientemente de su valor, el cual no está en juego en este proceso, no constituyen cargos de constitucionalidad susceptibles de ser considerados por la Sala Plena de esta Corte.”[3]

En consecuencia, la Sala se inhibirá de adoptar una decisión de fondo sobre el cargo por vulneración del principio de legalidad por parte de la tipificación penal objeto de demanda.

Problema jurídico y metodología de la decisión

5. Los demandantes consideran que la Ley 1482 de 2011 es inconstitucional por dos motivos diferenciados. En primer lugar, advierten que en tanto la norma refiere a asuntos relacionados con la protección de minorías étnicas, específicamente de la población afrodescendiente, el proyecto de ley correspondiente debió cumplir con el requisito de consulta previa. Como ese trámite no fue adelantado, entonces la norma deviene inexecutable. En segundo término, sostienen que el trámite de la iniciativa contravino los principios de identidad flexible y consecutividad. Esto debido a que a pesar que el proyecto de ley fue originalmente concebido para la tipificación penal de actos de discriminación contra la población afrocolombiana, luego mutó hacia una tipificación general de comportamientos discriminatorios respecto de otras minorías, no solo étnicas, sino también sociales y de identidad y orientación sexual. Esta modificación, a juicio de los demandantes, fue de tal magnitud que desconoció los mencionados principios del trámite legislativo.

Algunos intervinientes apoyan la solicitud de inexecutable, para lo cual expresan argumentos similares a los planteados en la demanda. Con todo, la mayoría de

intervinientes y el Procurador General estiman que la Ley acusada no contraviene la Constitución. En su criterio, la norma regula aspectos de aplicación general para toda la población, sin que interfieran en asuntos específicos de las comunidades tradicionales, en especial de su identidad diferenciada. Por ende, a partir de las reglas fijadas por los instrumentos internacionales y la jurisprudencia constitucional sobre la materia, era claro que no concurría un deber constitucional de efectuar la consulta previa.

De otro lado, los mismos intervinientes y el Ministerio Público sostienen que desde el inicio del trámite del proyecto de ley era razonable inferir que la materia de regulación era la tipificación de actos de discriminación contra minorías. Por ende, bien podían las plenarias ampliar la redacción de los textos, a efecto de incorporar la protección de bienes jurídicos relacionados con grupos sociales excluidos, diferentes a los afrodescendientes. En esa medida, como la regulación no desbordó el mencionado tópico objeto de legislación, entonces no concurre vicio en el procedimiento legislativo.

6. A partir de estos antecedentes, corresponde a la Corte resolver los siguientes problemas jurídicos:

6.1. ¿La Ley 1482/11, en cuanto tipifica penalmente conductas con el objeto de proteger bienes jurídicos relacionados con la prohibición de discriminación a minorías, entre ellas étnicas, debió ser sometida al procedimiento de consulta previa? En caso afirmativo, ¿el trámite efectuado cumplió con los requisitos que imponen el contenido y alcance de ese derecho fundamental de las comunidades indígenas y afrodescendientes?

6.2. ¿El hecho que durante la discusión y aprobación de la iniciativa que dio lugar a la Ley 1482/11 se hubiera incorporado dentro del tipo penal de discriminación aquellas conductas atentatorias de los derechos de minorías diferentes a la afrodescendiente, respecto de la cual se concibió originalmente el proyecto de ley, vulnera los principios de identidad y consecutividad flexible?

7. Para resolver estos asuntos, la Sala adoptará la siguiente metodología: En primer lugar, recapitulará las reglas jurisprudenciales acerca de las características que deben reunir las medidas legislativas que están sometidas a la consulta previa. Con base en estas reglas, la Corte resolverá el primer problema jurídico.

En una segunda etapa, se reiterará el precedente de la Corte respecto de los deberes que los principios de identidad flexible y consecutividad imponen al legislativo. Luego, se hará un estudio del procedimiento de discusión y aprobación del proyecto que dio lugar a la norma acusada, con el fin de determinar si la acusación planteada en la demanda, relacionada con el segundo problema jurídico, resulta fundada.

La naturaleza de las medidas legislativas sometidas a consulta previa. Reiteración de jurisprudencia

Criterios para la identificación de las medidas legislativas que refieren consulta previa

El contenido de este precedente que interesa desarrollar en esta decisión, merced del primer problema jurídico, es la definición sobre qué clase de medidas deben ser objeto de consulta previa a las comunidades étnicas. Sobre este preciso particular, también concurre en la jurisprudencia constitucional un precedente consolidado y recientemente sistematizado por la Corte, razón por la cual esta sentencia reiterará las reglas determinadas por ese análisis.[6]

9. La Corte ha concluido, especialmente a partir de lo previsto por el artículo 6° del Convenio 169 de la OIT,[7] que concurren dos niveles de participación de las comunidades diferenciadas, en lo que respecta a la adopción de medidas legislativas y administrativas. Cuando se trata de medidas de carácter general, esto es, que no conllevan una afectación directa de esas comunidades, ellas tienen los derechos de participación democrática garantizados en la Constitución, inclusive aquellos de naturaleza diferencial, como su representación particular en el Congreso. En cambio, cuando se esté ante medidas que sí involucren esa afectación directa, debe llevarse a cabo el procedimiento de consulta previa, con el fin de asegurar los derechos fundamentales de las comunidades étnicas.

Sobre esta diferenciación, la sentencia C-366/11 señala que “... de las normas constitucionales se desprenden dos modalidades definidas de participación a favor de los pueblos indígenas y afrodescendientes. La primera, de carácter general, según la cual las comunidades diferenciadas tienen el derecho a participar en la definición de las políticas estatales en el mismo grado que los demás ciudadanos, resultando por ende inadmisibles las diferenciaciones que impongan barreras para el acceso al debate democrático. No obstante, también se ha considerado que la equidad en la participación opera sin perjuicio

del reconocimiento de la identidad diferenciada de dichas comunidades, lo que obliga que su participación se realice a través de mecanismos concretos y adecuados, que resulten compatibles con las particularidades de esa identidad. Dentro de esas medidas se encuentra la asignación de curules especiales en las corporaciones públicas. (...) El segundo ámbito de participación es el relativo a la instauración de medidas que afecten directamente a las comunidades indígenas y afrodescendientes. En este caso, la interpretación de las normas constitucionales aplicables y, en especial, el artículo 6º del Convenio 169 de la OIT, hace concluir que en estos eventos debe surtirse un procedimiento particular de consulta previa a dichas comunidades, como requisito necesario para garantizar la preservación de su identidad diferenciada.”

10. Este mismo precedente ha dispuesto que el objeto de la consulta, cuando se trata de medidas legislativas, integra no solo la ley en sentido formal, sino también los actos legislativos reformativos de la Constitución y las leyes aprobatorias de tratados. Como se indicó, las medidas objeto de consulta previa son aquellas que involucran una afectación directa. Por ende, el precedente en comento identifica los criterios para la identificación de ese particular tipo de incidencia.

11. De manera general, existe afectación directa cuando la medida legislativa “altera el estatus de la persona o de la comunidad, bien sea porque le impone restricciones o gravámenes o le confiere beneficios.” Acerca de este preciso particular es necesario hacer énfasis en que el análisis sobre el grado de afectación directa de la medida legislativa se opone a una evaluación de naturaleza paternalista hacia las comunidades indígenas y afrodescendientes. Por lo tanto, la identificación del grado de afectación directa en modo alguno podría considerarse como una evaluación sobre la bondad de la medida legislativa, respecto de los intereses de las comunidades étnicas. Ello debido a que una opción de esa naturaleza desconocería, de manera grave, el mandato constitucional de reconocimiento de la diversidad étnica y cultural de dichas comunidades, a través de una imposición sobre determinado modelo de virtud, externo a sus prácticas tradicionales.

12. Existe, en ese orden de ideas, un vínculo inescindible entre la afectación directa y la construcción de la identidad diferenciada de las comunidades étnicas. Por ende, puede plantearse un primer criterio sobre la obligatoriedad de la consulta, de naturaleza sociológica, según el cual concurre afectación directa cuando la medida legislativa incide en

la construcción de la identidad diferenciada de las comunidades tradicionales. En los términos de la sentencia C-175/09 "... el deber de consulta previa respecto de medidas legislativas, resulta jurídicamente exigible cuando las mismas afecten directamente a las comunidades indígenas y afrodescendientes. Ello sucede cuando la materia del proyecto está relacionada con aspectos que tienen una vinculación intrínseca con la definición de la identidad étnica de dichos grupos. Por ende, no existirá deber de consulta cuando la medida legislativa no pueda predicarse de forma particular a los pueblos indígenas y tribales y, a su vez, el asunto regulado no tenga relación con aspectos que, razonable y objetivamente, conformen la identidad de la comunidad diferenciada. (...)

) para acreditar la exigencia de la consulta previa, debe determinarse si la materia de la medida legislativa tiene un vínculo necesario con la definición del ethos de las comunidades indígenas y afrodescendientes. En otras palabras, el deber gubernamental consiste en identificar si los proyectos de legislación que pondrá a consideración del Congreso contienen aspectos que inciden directamente en la definición de la identidad de las comunidades indígenas y, por ende, su previa discusión se inscribe dentro del mandato de protección de la diversidad étnica y cultural de la Nación colombiana."

A su vez, también resalta el precedente estudiado que el grado de impacto en la definición de la identidad diferenciada debe estudiarse a partir de la incidencia que tiene la medida, en términos de la escala de valores que se deriva de la cosmovisión igualmente diferenciada que tiene la comunidad étnica correspondiente. En términos de la sentencia C-175/09 "...la determinación de la gravedad de la afectación de la medida legislativa o administrativa deberá analizarse según el significado que para los pueblos indígenas y tribales afectados tengan los bienes o prácticas sociales interferidas. En otras palabras, el mandato de reconocimiento y protección de la diversidad étnica y cultural, implica que el análisis del impacto de las medidas se realice a partir de las características específicas de la comunidad y la comprensión que éstas tienen del contenido material de dichas políticas."

13. Un segundo criterio es de naturaleza normativa. La jurisprudencia ha considerado que se presume la necesidad de efectuar la consulta previa respecto de (i) asuntos en donde concurre un mandato constitucional que vincula determinadas materias objeto de regulación con los derechos de las comunidades étnicas; y (ii) aquellos tópicos expresamente indicados como objeto de consulta por parte del Convenio 169 de la OIT.

13.1 En cuanto al primer aspecto del criterio normativo, el precedente analizado ha resaltado que desde la Constitución se prevén mandatos específicos, en los cuales (i) se otorga un tratamiento preferente para las comunidades indígenas y afrodescendientes respecto del ejercicio de determinados derechos constitucionales; o (ii) se vinculan los derechos de las comunidades tradicionales a asuntos relacionados con las decisiones relativas a las competencias constitucionalmente asignadas frente a los territorios indígenas, en los términos del artículo 330 C.P., destacándose la obligatoria compatibilidad entre la protección de su identidad cultural y la explotación de los recursos naturales en sus territorios.

Acerca de este último aspecto, la sentencia C-317/12, al reiterar lo señalado en el fallo C-175/09, insiste en que “[s]e presume (...) que todas las regulaciones que afecten los territorios ancestrales indígenas conllevan una afectación directa que exige la realización de consulta previa: “tanto las normas del derecho internacional que regulan el tema de la consulta previa, como la jurisprudencia constitucional, han destacado el lugar central que cumple el territorio en la definición de la identidad de los pueblos indígenas y tribales. (...) De forma armónica con las obligaciones estatales descritas, contenidas en normas que integran el bloque de constitucionalidad, la jurisprudencia de la Corte ha insistido en que las regulaciones legales que intervengan el régimen jurídico sobre la tierra de las comunidades indígenas y afrodescendientes deben mostrarse compatibles con la eficacia del mandato de reconocimiento y protección de la diversidad étnica y cultural de la Nación. Esto implica que dicha normatividad deberá tener en cuenta las prácticas tradicionales de los pueblos indígenas y tribales, evitando que la imposición estatal de otras modalidades de regulación implique la desaparición de aquellas.”

Esta misma conclusión es resaltada por la sentencia C-366/11, cuando señala que “[l]a identificación de las medidas que afectan directamente a las comunidades indígenas y afrodescendientes, la ha adelantado la jurisprudencia constitucional en cada caso concreto. Sin embargo, en cada uno de ellos se observa un patrón común, conforme al cual esta afectación se evalúa en términos de qué tanto incide la medida en la conformación de la identidad diferenciada del pueblo étnico. En ese orden de ideas, las decisiones de la Corte han concluido, aunque sin ningún propósito de exhaustividad, que materias como el territorio, el aprovechamiento de la tierra rural y forestal o la explotación de recursos naturales en las zonas en que se asientan las comunidades diferenciadas, son asuntos que

deben ser objeto de consulta previa. Ello en el entendido que la definición de la identidad de las comunidades diferenciadas está estrechamente vinculada con la relación que estas tienen con la tierra y la manera particular como la conciben, completamente distinta de la comprensión patrimonial y de aprovechamiento económico, propia de la práctica social mayoritaria. A esta materia se suman otras, esta vez relacionadas con la protección del grado de autonomía que la Constitución reconoce a las comunidades indígenas y afrodescendientes. Así, en virtud de lo regulado por los artículos 329 y 330 C.P., deberán estar sometidos al trámite de consulta previa los asuntos relacionados con la conformación, delimitación y relaciones con las demás entidades locales de las unidades territoriales de las comunidades indígenas; al igual que los aspectos propios del gobierno de los territorios donde habitan las comunidades indígenas; entre ellos la explotación de los recursos naturales en los mismos. Esto último según lo regulado por el parágrafo del artículo 330 C.P. el cual prevé que dicha explotación, cuando se realiza en los territorios indígenas, se hará sin desmedro de la integridad cultural, social y económica de las comunidades diferenciadas. Por ende, en las decisiones que se adopten al respecto, el Gobierno debe propiciar la participación de los representantes de las respectivas comunidades.”

13.2. En segundo término, se resalta que la consulta es obligatoria cuando la medida legislativa tenga relación directa con las materias reguladas por el Convenio 169 de la OIT, que refieren a su vez a la protección de los derechos de las comunidades étnicas en tanto grupos de identidad diferenciada. Estos asuntos versan, entre sus principales aspectos, acerca de (i) la importancia especial que para las culturas y valores espirituales de los pueblos interesados reviste su relación con las tierras o territorios, o con ambos, según los casos, que ocupan o utilizan de alguna otra manera, y en particular los aspectos colectivos de esa relación (Art. 13); (ii) la participación de las comunidades étnicas en la utilización, administración y conservación de los recursos naturales existentes en sus territorios (Art. 15); (iii) la obligación estatal de adoptar, en el marco de su legislación nacional y en cooperación con los pueblos interesados, medidas especiales para garantizar a los trabajadores pertenecientes a esos pueblos una protección eficaz en materia de contratación y condiciones de empleo, en la medida en que no estén protegidos eficazmente por la legislación aplicable a los trabajadores en general (Art. 20); (iv) la obligación del Estado de disponer a favor de las comunidades tradicionales de medios de formación profesional por lo menos iguales a los de los demás ciudadanos (Art. 21); (v) el deber estatal de poner a disposición de los pueblos interesados servicios de salud

adecuados o proporcionar a dichos pueblos los medios que les permitan organizar y prestar tales servicios bajo su propia responsabilidad y control, a fin de que puedan gozar del máximo nivel posible de salud física y mental (Art. 25); (vi) la necesidad de adoptar medidas para garantizar a los miembros de los pueblos interesados la posibilidad de adquirir una educación a todos los niveles, por lo menos en pie de igualdad con el resto de la comunidad nacional (Art. 26); (vii) la obligación de los gobiernos de tomar medidas apropiadas, incluso por medio de acuerdos internacionales, para facilitar los contactos y la cooperación entre pueblos indígenas y tribales a través de las fronteras, incluidas las actividades en las esferas económica, social, cultural y del medio ambiente (Art. 32); y (viii) la definición, por parte de la autoridad estatal encargada de los asuntos del Convenio, de asegurar que existan instituciones u otros mecanismos apropiados para administrar los programas que afecten a los pueblos interesados, y de que tales instituciones o mecanismos disponen de los medios necesarios para el cabal desempeño de sus funciones (Art. 33).

13.3. Este vínculo entre la medida legislativa y los asuntos materia del Convenio 169 de la OIT también ha servido a la Corte para resaltar que la consulta previa es obligatoria en tanto la medida afecta de forma específica a las comunidades étnicas. A este respecto, la sentencia C-030/08 refiere que esa condición de especificidad “...se requiere en una determinada medida legislativa para que en relación con ella resulte predicable el deber de consulta en los términos del literal a) del artículo 6 del Convenio 169 de la OIT, puede ser el resultado de una decisión expresa de expedir una regulación en el ámbito de las materias previstas en el convenio, o puede provenir del contenido material de la medida como tal, que, aunque concebida con alcance general, repercuta de manera directa sobre las comunidades indígenas y tribales. || En los anteriores términos, en cada caso concreto sería necesario establecer si opera el deber de consulta, bien sea porque se esté ante la perspectiva de adoptar una medida legislativa que de manera directa y específica regula situaciones que repercuten en las comunidades indígenas y tribales, o porque del contenido material de la medida se desprende una posible afectación de tales comunidades en ámbitos que les son propios”.

14. Por último, puede evidenciarse un tercer criterio interpretativo, consistente en que la consulta previa es obligatoria cuando, a pesar de que la medida legislativa tenga carácter general, en todo caso la materia regulada debió contar con una regulación particular y

específica respecto de las posiciones jurídicas de las comunidades étnicas. Esto debido a que dicha materia tiene una relación intrínseca con asuntos propios de la definición de la identidad de dichas comunidades, como sucede cuando la regulación general tiene dentro de su ámbito de aplicación la administración del territorio ancestral o la utilización de los recursos naturales en él asentado. Acerca de este tópico, la sentencia C-030/08 determina que "...cuando de lo que se trata es de adoptar el marco general de la política petrolera del Estado no hay una afectación directa de las comunidades indígenas o tribales, ni la medida se inscribe en el ámbito de aplicación del convenio, porque no está orientada a regular de manera específica la situación de esos pueblos, y lo que cabe es aplicar la previsión del literal b) del artículo 6º conforme a la cual debe garantizarse la participación de las comunidades interesadas en igualdad de condiciones, a menos que, en el texto de la ley se incorporasen medidas específicamente dirigidas a la explotación del recursos en los territorios de esas comunidades, o que se pudiese establecer una omisión legislativa por la falta de una previsión específica." (Subrayas no originales).

15. En conclusión y adoptándose la regla jurisprudencial contenida en la sentencia C-366/11, la afectación directa a las comunidades indígenas y tradicionales por parte de una medida legislativa puede verificarse en tres escenarios: (i) cuando la medida tiene por objeto regular un tópico que, por expresa disposición constitucional, debe ser sometido a procesos de decisión que cuenten con la participación de las comunidades étnicas, como sucede con la explotación de recursos naturales; (ii) cuando a pesar que no se trate de esas materias, el asunto regulado por la medida está vinculado con elementos que conforman la identidad particular de las comunidades diferenciadas; y (iii) cuando aunque se está ante una medida de carácter general, regula sistemáticamente materias que conforman la identidad de las comunidades tradicionales, por lo que puede generarse bien una posible afectación, un déficit de protección de los derechos de las comunidades o una omisión legislativa relativa que las discrimine.

16. Esta conclusión lleva a considerar, contrario sensu, que la consulta previa no es predicable de aquellas medidas de carácter general, esto es, que se aplican con la misma intensidad a todas las personas y/o no versan o están llamadas a regular asuntos que estén vinculados con la definición de la identidad de las comunidades étnicas. En otras palabras, la medida legislativa no está sometida al deber de consulta previa en aquellos casos en que no sea posible acreditar la condición de especificidad, explicado en el fundamento

jurídico 13.3.

A este respecto, aunque sin un propósito exhaustivo, la jurisprudencia constitucional ha identificado algunos tipos de medidas legislativas que, de manera general, no están cobijadas por la obligatoriedad de la consulta previa, precisamente por tener esa vocación de generalidad en sus destinatarios y correlativa ausencia de afectación específica de los intereses y posiciones jurídicas predicables de las comunidades indígenas y afrodescendientes. Así, la sentencia C-030/08, varias veces citada en este apartado, indica que “...las leyes, en general, producen una afectación sobre todos sus destinatarios. De esta manera una ley, en cualquier ámbito, aplicable a la generalidad de los colombianos, afecta a los miembros de las comunidades indígenas y tribales que tengan la calidad de nacionales colombianos, sin que en dicho evento pueda predicarse que, en aplicación del literal a) del artículo 6º del Convenio 169 de la OIT, resulte imperativa una consulta previa a dichas comunidades como condición para que el correspondiente proyecto de ley pueda tramitarse válidamente. Sostener lo contrario equivaldría a afirmar que una parte muy significativa de la legislación debería ser sometida a un proceso específico de consulta previa con las comunidades indígenas y tribales, puesto que las leyes que de manera general afectan a todos los colombianos, unas en mayor medida que otras, afectan a las comunidades indígenas, en virtud a que sus integrantes, como colombianos que son, se encuentran entre sus destinatarios, lo cual desborda el alcance del convenio 169. || Así, por ejemplo, la ley general de educación, el plan nacional de desarrollo, una reforma del sistema de seguridad social o del Código laboral, o del código penal debería, además del proceso deliberativo, público y participativo que se surte en el Congreso de la República, someterse a un proceso específico de consulta con las comunidades indígenas y tribales. Lo anterior no parece ser así, y ello lleva a cuestionarse sobre los criterios para determinar cuándo puede decirse que una medida legislativa afecta directamente a las comunidades indígenas y tribales.”

17. La Sala considera pertinente resaltar en este punto, que la identificación de aquellas medidas legislativas que están sometidas al procedimiento de consulta previa, no puede llevarse a cabo solo a partir de un criterio nominal, esto es, fundado en la mención por la regla de derecho correspondiente de aspectos relacionados con las comunidades étnicas. En contrario, es necesario que se demuestre el grado de afectación directa de las medidas legislativa, a partir de los criterios de especificidad que se han expuesto en este apartado.

Métodos interpretativos para la identificación de afectación directa a comunidades étnicas por medidas legislativas

18. El precedente en comento ha señalado que la mencionada labor de identificación, en razón de sus características, está basada en un análisis fáctico y casuístico de cada medida legislativa, con el fin de determinar el nivel de impacto específico de la normativa correspondiente en la identidad diferenciada de las comunidades tradicionales. Como lo indicara la sentencia C-317/12 “..., en cada caso, la interpretación que se haga del alcance e impacto de las medidas legislativas es crucial para determinar el nivel de afectación, y por lo tanto establecer si se activa la obligación de consulta previa. En otras palabras, el primer paso del juicio de afectación de una medida legislativa es la interpretación de la norma para discernir su alcance y sus impactos. De ahí la importancia de identificar los métodos de interpretación que ha aplicado la corte para estos propósitos en cada una de sus decisiones. En la sentencia C-063/10 la Corte reiteró este enfoque casuístico: “Corresponderá a los operadores jurídicos encargados de aplicar las disposiciones constitucionales y del Convenio 169 de 1989 determinar para cada caso en concreto si una medida de carácter legal o administrativo afecta directamente a una comunidad indígena. Para esta tarea la jurisprudencia constitucional ha establecido lineamientos o parámetros orientativos (...)”

A pesar del carácter general del método casuístico, el precedente estudiado ha identificado otros métodos interpretativos sobre la materia, a saber:

18.1. El primero refiere a la interpretación textual de la normatividad correspondiente, comprendida como un todo. Este método ha servido a la Corte para identificar medidas legislativas que bien (i) regulan desde su texto una temática de aplicación general para todos los colombianos, que no tiene incidencia específica en la identidad diferenciada de las comunidades étnicas;^[8] o (ii) contienen expresiones normativas que refieren a posiciones jurídicas de las comunidades étnicas y, además, regulan asuntos que hacen parte de la construcción de dicha identidad, por lo que deben ser objeto de consulta.^[9]

18.2. El segundo método es de naturaleza sistémica. En estos casos, la Corte ha analizado la norma a partir de sus contenidos transversales, a fin de determinar si estos interfieren de

manera específica en asuntos propios de la identidad diferenciada de las comunidades étnicas. A su vez, cuando la Sala ha utilizado este mecanismo, suele también tener en cuenta otras regulaciones que integran el sistema normativo al que pertenece la disposición acusada. Ello con el fin de definir si concurre la afectación directa base de la obligatoriedad de la consulta previa.[10]

18.3. El tercer método identificado por el precedente en comento es la interpretación histórica y contextual. Con base en él, la Corte ha tenido en cuenta los antecedentes legislativos de la medida analizada, al igual que los debates sociales y al interior del Congreso. Ello con el fin de definir si la normativa tenía el grado de incidencia exigido por el criterio de afectación directa, según se ha analizado en este fallo.[11]

18.4. Por último, la Corte también ha considerado un criterio teleológico, el cual consulta las finalidades de la medida legislativa y su grado de impacto a las comunidades indígenas y afrodescendientes.[12]

Finalmente, no puede perderse de vista que estos métodos operan de manera correlativa. Por esta razón, es usual que las decisiones que ha adoptado la Corte en materia de consulta previa se funden en varios de los criterios enunciados, a efectos de determinar la obligatoriedad de ese procedimiento.[13]

La medida legislativa acusada no estaba sometida al requisito de consulta previa

19. La Ley 1482 de 2011 contiene ocho artículos. El primero determina como objeto de la Ley "...garantizar la protección de los derechos de una persona, grupo de personas, comunidad o pueblo, que son vulnerados a través de actos de racismo o discriminación." Para ello, el artículo 2° propone varias adiciones al Código Penal, a saber:

19.1. Se crea el tipo penal de Actos de racismo o discriminación. Este tipo sanciona con pena de prisión y multa a quien "...arbitrariamente impida, obstruya o restrinja el pleno ejercicio de los derechos de las personas por razón de su raza, nacionalidad, sexo u orientación sexual."

19.2. Se crea el tipo penal de Hostigamiento por motivos de raza, religión, ideología, política, u origen nacional, étnico o cultural. Esta regulación impone pena de prisión y multa

a quien "...promueva o instigue actos, conductas o comportamientos constitutivos de hostigamiento, orientados a causarle daño físico o moral a una persona, grupo de personas, comunidad o pueblo, por razón de su raza, etnia, religión, nacionalidad, ideología política o filosófica, sexo u orientación sexual."

20. A su vez, se prevén por la norma tanto un listado de circunstancias de agravación punitiva de la sanción por las conductas mencionadas (Art. 5°), al igual que de atenuación (Art. 6°). En cuanto a las primeras, se dispone que la pena imponible se aumente de una tercera parte a la mitad cuando la conducta se realice (i) en espacio público, establecimiento público o lugar abierto al público; (ii) a través de la utilización de medios de comunicación de difusión masiva; (iii) por servidor público; (iv) por causa o con ocasión de la prestación de un servicio público; (v) en contra de niño, niña, adolescente, persona de la tercera edad o adulto mayor; y (vi) con el objetivo de negar o restringir derechos laborales.

Respecto de las circunstancias de atenuación, se estipula por la normativa en comento que la pena imponible se reducirá en los casos que (i) el sindicado o imputado se retracte públicamente de manera verbal y escrita de la conducta por la cual se le investiga; o (ii) se dé cumplimiento a la prestación del servicio que se denegaba.

21. El artículo 7° de la Ley acusada modificó el artículo 102 del Código Penal, que tipifica el delito de Apología del genocidio. Por ende, se impone pena de prisión, multa e inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas a quien "... por cualquier medio difunda ideas o doctrinas que propicien, promuevan, el genocidio o el antisemitismo o de alguna forma lo justifiquen o pretendan la rehabilitación de regímenes o instituciones que amparen prácticas generadoras de las mismas".

En específico, la modificación del tipo penal consistió en considerar punible la promoción del genocidio, así como del antisemitismo, al igual que modificar el quantum de la pena imponible. Esto se demuestra a través del paralelo entre la norma original y la reformada, así:

Texto original

Texto reformado por la Ley 1482 de 2011

Artículo 102. Apología del genocidio. El que por cualquier medio difunda ideas o doctrinas que propicien o justifiquen las conductas constitutivas de genocidio, o pretendan la rehabilitación de regímenes o instituciones que amparen prácticas generadoras de las mismas, incurrirá en prisión de seis (6) a diez (10) años, multa de quinientos (500) a mil (1.000) salarios mínimos legales mensuales vigentes, e inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas de cinco (5) a diez (10) años.

Artículo 102. Apología del genocidio. El que por cualquier medio difunda ideas o doctrinas que propicien, promuevan, el genocidio o el antisemitismo o de alguna forma lo justifiquen o pretendan la rehabilitación de regímenes o instituciones que amparen prácticas generadoras de las mismas, incurrirá en prisión de noventa y seis (96) a ciento ochenta (180) meses, multa de seiscientos sesenta y seis punto sesenta y seis (666.66) a mil quinientos (1.500) salarios mínimos legales mensuales vigentes, e inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas de ochenta (80) a ciento ochenta (180) meses.

Por último, el artículo 8° de la Ley acusada refiere a la vigencia del precepto, para lo cual adopta la fórmula general de efectos prospectivos de las normas jurídicas.

22. Con el fin de determinar si la norma acusada debió haberse sometido al procedimiento de consulta previa, debe definirse por parte de la Corte si la regulación involucra una afectación directa a las comunidades tradicionales. Para ello, hará uso de los métodos interpretativos explicados en esta sentencia.

22.1. En primer lugar, la Sala encuentra que, a partir de un criterio textual, varias expresiones de los artículos 1°, 3° y 4° contienen enunciados normativos que refieren a las comunidades étnicas, particularmente aquellas diferenciadas en razón de la raza. Así, el artículo 1° es explícito en afirmar que el objetivo de la Ley demandada es garantizar la protección de los derechos de, entre otros, comunidades y pueblos, que pudiesen ser vulnerados por actos de racismo o discriminación. Quiere ello decir que la norma estaría, en

principio, dirigida a proteger dichas comunidades, en razón de ser racialmente minoritarias.

Esta especificidad también está presente en el análisis histórico de la medida legislativa, como se explicará más adelante.

A su vez, el artículo 3° determina como tipo penal los actos de racismo, razón por la cual tipifica penalmente el impedir, obstruir o restringir los derechos de las personas, entre otras por motivo de su raza. Previsión con una metodología similar dispone el artículo 4°, en tanto crea el tipo penal de Hostigamiento, entre otros motivos por raza, al igual que origen étnico. La conducta penalizada, como ya se ha explicado, refiere a sancionar a quien promueva o instigue actos, conductas o comportamientos constitutivos de hostigamiento, orientados a causarles daño físico o moral, a una persona, grupo de personas, incluidas comunidades pueblos, en razón de diferentes motivos, entre ellos la raza o la etnia de dichas personas o grupos.

Como se observa, el texto de la norma acusada alude en varias expresiones a la tipificación de conductas relacionadas con la protección de las comunidades étnicas, particularmente aquellas diferenciadas por motivos de raza. Sin embargo, de acuerdo con lo explicado en el fundamento jurídico 17, es claro que ese criterio nominal no es suficiente para concluir la afectación directa por la medida legislativa. Por ende, la Sala asumirá los demás criterios, a fin de determinar el asunto.

22.2. El criterio histórico remite, entre sus principales tópicos, al análisis de los antecedentes legislativos de la medida objeto de estudio. En tal sentido, la Corte advierte que el proyecto de ley que dio lugar a la norma acusada estuvo dirigido, al menos desde su versión original, a la fijación de instrumentos de protección, a través del derecho penal, de bienes jurídicos propios de las comunidades y personas afrodescendientes. Para este fin, el proyecto fue sustentado en diversos datos, al igual que en normas del derecho internacional de los derechos humanos que imponen obligaciones al Estado en materia de eliminación de todas las formas de discriminación racial, así como, inclusive, decisiones de esta Corporación que han reconocido el carácter vinculante de esas obligaciones estatales. A este respecto, la exposición de motivos de dicha iniciativa indica lo siguiente:

“CONSIDERACIONES GENERALES

La presente ley como enuncia en su artículo primero, busca la protección de los derechos

fundamentales de la población negra, afrocolombiana, raizal y palenquera, penalizando una serie de acciones o procedimientos que atentan contra su dignidad, contra el disfrute pleno de sus derechos y la inclusión en la sociedad colombiana.

DISCRIMINACION RACIAL:

La discriminación racial que vive la población negra, afrocolombiana, raizal y palenquera se presenta constantemente. Violaciones y/o atropellos a la población objeto de este proyecto de ley, en repetidas ocasiones quedan en la impunidad; aunque en algunas ocasiones afrocolombianos se han dispuesto en la tarea de divulgar por vías legales, acciones de discriminación racial ocurridas en las ciudades Bogotá, Cali y Cartagena.

(...)

Pese al avance logrado con la Ley 70 de 1993, son múltiples las investigaciones que ponen en conocimiento, la situación de la población negra, afrocolombiana, raizal y palenquera, que además de encontrarse en medio de la pobreza, sufre discriminación racial y racismo, y carece de atención especial por parte del Estado que le permita el pleno desarrollo de sus habilidades.

En Colombia persiste la discriminación racial sistemática, toda vez que la satisfacción plena del derecho a la administración de justicia carece de acciones judiciales, al tratarse de las víctimas de discriminación racial y racismo.

De ahí que los afrocolombianos, raizales, negros y palenqueros deban acudir a la Acción de Tutela, con el objeto de amparar los derechos a la igualdad y la no discriminación. Pero este mecanismo es una acción subsidiaria de protección de derechos, que sólo opera cuando se han agotado las demás instancias internas de reclamación.

Ante un acto de discriminación racial, una persona que busque amparar su derecho a la igualdad, debe agotar otras vías de protección antes de acudir a la acción de tutela. Además, mediante este mecanismo judicial el juez sólo puede ordenar reparaciones en abstracto, por lo que no es concreta la reparación, toda vez que no hay normatividad clara y expedita que ampare y garantice el derecho a no ser discriminado, por motivos de pertenencia étnico-racial, como lo reclama esta población.

Esta realidad que vive este grupo poblacional en todo el país ha sido puesta en conocimiento público por las mismas organizaciones de base de comunidades negras y por ONG internacionales, al advertir que en Colombia persiste la discriminación racial sistemática y que las autoridades no se comprometen en una clara prohibición de la discriminación racial, como lo exige el derecho internacional de los derechos humanos.

Así lo expresaron el Comité para la Eliminación de la Discriminación Racial de la ONU, la Relatora de las Naciones Unidas para el Derecho a la Educación, la Representante Especial del Secretario General de la ONU sobre la situación de los defensores de los derechos humanos.”[14]

Este mismo énfasis se conserva en las instancias posteriores del trámite legislativo. Ejemplo de ello son las consideraciones que se plantean en la ponencia para segundo debate, adelantada ante la Plenaria del Senado de la República, en las que se vincula el objetivo de la norma con la protección de la diversidad racial. Sobre el particular, se señala lo siguiente:

2. Objetivo del Proyecto

El presente proyecto de ley pretende modificar el Código Penal Colombiano para:

- Garantizar la protección de los derechos fundamentales de una persona, grupo de personas, comunidad o pueblo, que son vulnerados a través del racismo y la discriminación racial.
- Imponer penas, multas y sanciones a quienes incurran en actos de racismo y discriminación racial.

3. Aspectos generales

Fundamentos constitucionales

El artículo 4º de la Carta reconoce la supremacía de la Constitución que de la mano con el artículo 93 ibídem establece como bloque de constitucionalidad la supremacía de los tratados y convenios internacionales que en materia de Derechos Humanos hayan sido ratificados por el Congreso de la República.

El artículo 5º establece “sin discriminación alguna la primacía de los derechos inalienables de la persona”.

El artículo 7º de la Constitución Nacional adopta como principio fundamental la “diversidad étnica y cultural de la Nación colombiana”.

El artículo 13 establece: “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.

El Estado promoverá las condiciones para que la igualdad sea real y efectiva y adoptará medidas en favor de grupos discriminados o marginados”.

Normatividad internacional

En el contexto interamericano, las normas integrantes para los países miembros, entre los cuales está incluida Colombia, tienen como base el rechazo a la discriminación principalmente en tres normas.

La Declaración Americana de los Derechos y Deberes de la Persona, que en el reconocimiento de los derechos inherentes a toda persona contiene en su artículo II el precepto que “todas las personas son iguales ante la ley y tienen los derechos y deberes consagrados en esta declaración sin distinción de raza, sexo, idioma, credo ni ninguna otra”.

La Carta de la Organización de Estados Americanos establece en el literal I) del artículo 3º sobre los principios lo siguiente: “Los Estados Americanos proclaman los derechos fundamentales de la persona humana sin hacer distinción de raza, nacionalidad, credo o sexo”.

La Convención Americana sobre Derechos Humanos en su artículo 1º establece la obligación de los Estados de respetar los derechos y libertades “sin discriminación alguna por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opiniones políticas o de cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social”.

El Convenio 169 OIT, ratificado por nuestro país, refiere que Colombia está representada por las minorías étnicas, entre las cuales se incluyen las comunidades negras.

La legislación colombiana ha dado especial protección a dichas comunidades reconociendo su importancia dentro de la diversidad étnica y cultural de la nación. La Ley 21 de 1991, que aprueba el Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo, reconoce los derechos, valores y tradiciones culturales de la población indígena y pueblos tribales con miras a su preservación en condiciones de igualdad y sin ninguna discriminación. En cuanto a las comunidades afrodescendientes, se reconoció su calidad de grupo étnico mediante la aprobación dentro del ordenamiento jurídico colombiano de la Ley 70 de 1993, en donde se resalta “el reconocimiento y la protección de la diversidad étnica y cultural, y el derecho a la igualdad de todas las culturas que conforman la nacionalidad colombiana”; “el respeto a la integralidad y la dignidad de la vida cultural de las comunidades negras”; su participación y establecimiento de organizaciones en las decisiones que las afectan y en las de toda la Nación en pie de igualdad, de conformidad con la ley.

La Ley 22 de 1981 impone al Estado la obligación contraída internacionalmente de condenar y penalizar todos aquellos actos de discriminación racial, inclusive aquellas ideas que propugnen el odio y la incitación a ella.

Por último, la jurisprudencia como subregla constitucional se ha pronunciado al respecto de la discriminación, en donde se reitera la violación a los principios superlativos a la Constitución y a los derechos a la igualdad y dignidad humana. De igual forma, para la Corte Constitucional, se trata de una conducta que desconoce los ideales democráticos, puesto que impide el desenvolvimiento participativo del sujeto en la sociedad y supone un quebrantamiento de los designios de convivencia plural, diversidad étnica y cultural, igualdad, paz y justicia.

Muchos son los debates que se han creado alrededor del racismo en Colombia. Unas posiciones dicen que no lo hay; otras, que persiste y hay incluso algunos que, aunque niegan su existencia en público, en privado reconocen sus sutiles manifestaciones.

Con la Constitución Política de 1991 se generó un contexto jurídico y político favorable a las acciones afirmativas en contra de discriminaciones de diversa índole. Con respecto a las discriminaciones raciales sufridas por los afrodescendientes, un punto de quiebre ha sido el

reconocimiento de que constituyen un grupo étnico tal como se define en la Ley 70 de 1993 y en los decretos derivados. Esto ha significado un proceso de dignificación sin precedentes en la historia. La movilización y luchas del creciente número de organizaciones de base que apelan a criterios culturales han significado una paulatina visibilización de los afrodescendientes como pueblo étnico con unas formas de vida propias.”[15]

El proyecto de ley sufrió importantes adiciones a partir del tercer debate, en razón de la necesidad, advertida por el Congreso, de extender el ámbito de las normas acusadas a bienes jurídicos relativos a otras minorías. Con todo, durante la discusión de la iniciativa en la Cámara de Representantes, se conservó el objetivo general de protección de la diversidad étnica y cultural, esta vez como género de las minorías que han sido reconocidas como históricamente discriminadas. Esto se demuestra, entre otros documentos, en las consideraciones planteadas por algunos congresistas durante el tercer debate ante la Comisión Primera de la Cámara, quienes insistieron que a pesar de ese nuevo cariz incluyente del proyecto de ley, en todo caso no quedaba desligado del tema de sanción de la discriminación por motivos raciales y étnicos en general. Sobre el tópico, el acta correspondiente da cuenta de lo siguiente:

“La Presidencia concede el uso de la palabra al honorable Representante Heriberto Arrechea:

Gracias Presidente, para agradecerle a la Comisión Primera, la disponibilidad que tuvieron compañeros con este proyecto y además Presidente, para que en la plenaria sea incluida la bancada afro que ya hace parte como comisión accidental, en cómo sacar adelante y darle continuidad a este proyecto. Muchas gracias a la Comisión, muy amables.

La Presidencia concede el uso de la palabra al honorable Representante Hernando Alfonso Prada Gil:

Gracias Presidente, es para no dejar en el aire la afirmación injusta del doctor Orlando, pero siempre inteligente. Simplemente Presidente, para dejar esta constancia y es que el Congreso acaba de ponerse a tono por lo menos en este tercer debate, Presidente, con una deuda histórica que tenemos con las minorías en Colombia, todas ellas comenzando por un reconocimiento que le decía a nuestros Representantes de la bancada afrocolombiana, les decía, Presidente, todas las minorías en Colombia, cualquiera sea su condición, de

orientación religiosa, filosófica, política, sexual, de orientación de géneros, lo que sea, se pegan hoy de una lucha histórica que la comunidad afro ha construido en la historia de la humanidad.

Quiero dejar esa constancia Presidente, porque lo que hemos hecho, en mi opinión, es trasladar el artículo 13 de la Constitución Política, que elimina totalmente en la legislación colombiana cualquier tipo de discriminación negativa, por estas razones, pero quiero hacer el reconocimiento expreso que esta batalla la han encabezado ustedes los afros en Colombia, no la comunidad LGBT.”[16]

Estas mismas premisas fueron reiteradas en el informe de ponencia para cuarto debate ante la Plenaria de la Cámara, que sobre el particular señala:

“Consideraciones preliminares

Las distinciones arbitrarias y las prácticas discriminatorias de las que son víctimas algunas personas, atendiendo a criterios de raza, religión, sexo, orientación sexual o ideología política o filosófica, son conductas que deben ser contrarrestadas y abolidas utilizando los medios al alcance del Estado.

En esta ocasión la propuesta es penalizar los actos constitutivos de discriminación racial, como una de las primeras medidas que se deben tomar para avanzar hacia una sociedad en la que la generalidad de las personas rechacen todo tipo de actos discriminatorios.

Si bien es cierto uno de los grupos poblacionales más discriminados son los grupos indígenas y afrodescendientes, también lo es, que no son los únicos grupos sociales que se ven afectados gravemente como consecuencia de actos de discriminación, actualmente en Colombia hay personas que se encuentran en una situación de desventaja frente a las demás, por razón de su pertenencia a determinada religión, por sus ideologías, o por su orientación sexual, lo que genera que estos grupos de personas sean privadas arbitrariamente del pleno ejercicio de sus derechos en condiciones igualitarias.

Protección del Derecho a la Igualdad

El artículo 13 de la Constitución Política de Colombia preceptúa lo siguiente:

“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.

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”. (Negrillas fuera del texto).

El principio constitucional de igualdad nos impone el deber de proteger en forma igualitaria a todos los coasociados independientemente a sus condiciones físicas y personales. Infortunadamente en Colombia se presentan actos de discriminación por razones de género hacia las mujeres a nivel laboral, salarial y político, por razones raciales son múltiples las manifestaciones de violencia y agresión hacia las comunidades afrodescendientes, por razones étnicas se presentan exclusiones atendiendo a su origen personal, se presentan conductas arbitrarias en contra de la libertad de culto y las preferencias de credo y otras múltiples agresiones que deben ser abolidas.

La tendencia de discriminación, exclusión social y marginación de ciertos grupos sociales debe empezar a cambiar y es deber del legislador garantizar condiciones para que la igualdad sea real y efectiva, de acuerdo con lo anterior esta ley antidiscriminación es una oportunidad histórica para el Congreso de la República para tomar medidas efectivas que empiecen a erradicar las formas de discriminación aún existentes en Colombia.

(...)

Conclusión

De conformidad con lo establecido en las anteriores consideraciones se observa a todas luces que al ser deber del Estado garantizar a todos los habitantes del territorio colombiano, la igualdad de trato con independencia de su condición natural o social, su ideología, cultura, y demás rasgos definitorios de la identidad individual, este Proyecto de ley debe

constituir un paso hacia adelante en la protección de las personas contra toda forma de discriminación, y ampliar los actos de discriminación a todo tipo de distinción injustificada que cause un grave perjuicio a una persona.”[17]

Por último, el vínculo en comento es nuevamente evidenciado, esta vez durante la discusión de la iniciativa durante el cuarto debate, surtido ante la Plenaria de la Cámara. En esa oportunidad, luego de aprobar la iniciativa, que en ese momento adoptó el texto que ahora es objeto de demanda, un Representante miembro de la bancada afrodescendiente en el Congreso expresó a la plenaria su complacencia por el alcance de la medida legislativa, que en su criterio otorgaba un importante grado de protección a dicha minoría racial. Sobre este particular, el acta de la sesión correspondiente señaló:

“Dirección de la Presidencia, doctor Simón Gaviria Muñoz:

Muy bien, la Mesa felicita a la Plenaria por la aprobación de esta ley histórica; es increíble que en Colombia la discriminación continúe con tanta impunidad como se hace hasta el día de hoy. Tiene la palabra para una constancia el doctor Jairo Hinestroza.

Intervención del honorable Representante Jairo Hinestroza Sinisterra:

Presidente, muchas gracias. Yo quiero agradecerle a la Cámara de Representantes y al Senado de la República porque este Proyecto ya hizo trámite por el Senado de la República, que en mi condición de Representante a la Cámara, en mi condición de miembro de la bancada de Parlamentarios Afrodescendientes pero sobre todo en mi condición de hombre negro colombiano, el paso importante que hemos dado para disminuir y esperaríamos los Afrodescendientes y todas las otras personas que de alguna manera se vean afectados por la discriminación, que esta actitud de la sociedad desaparezca.

Los hombres y mujeres negros de este país, con mucha frecuencia experimentamos acciones y actitudes de racismo, de discriminación por nuestra condición, por el color de nuestra piel, por nuestras características culturales, por nuestros labios gruesos, por nuestra nariz achatada, por lo ensortijado de nuestro cabello, por el tono de nuestra voz, por nuestra estructura física, y para todos nosotros es motivo de orgullo señor Presidente, honorables Representantes, que el Congreso de Colombia le diga al país, que cuando la Constitución Colombiana dice que todos los colombianos somos iguales, efectivamente

quiere decir que tenemos las mismas obligaciones, pero también los mismos derechos.

Dirección de la Presidencia, doctor Simón Gaviria Muñoz:

El tiempo que usted necesite doctor Hinestroza entendemos la importancia del tema, entonces por favor haga la constancia histórica que quedará en el acta sobre este proyecto.

Intervención del honorable Representante Jairo Hinestroza Sinisterra:

Como nos lo merecemos Presidente, como iguales no puedo cerrar sin agradecer a todos los Partidos presentes en el Congreso, no menciono algunos para no omitir de manera necia el aporte que han hecho para que este día histórico llene de orgullo y de satisfacción al país y a las minorías étnicas.

Quiero igualmente saludar y agradecer al Partido MIRA, autor y hay que reconocerlo de este proyecto de ley, quiero saludar y agradecer al Representante Prada y al Senador Elmer Hurtado como coordinadores ponentes de estos proyectos y a los otros parlamentarios que avanzaron en el proceso de darle vida a esta nueva ley.

Finalmente, quiero agradecer a todos a los que con su voto le han dicho al país y le han dicho al mundo entero que en Colombia las diferencias no se miden por la piel por el color de la piel, por las características culturales, sino que en Colombia las diferencias se miden por el aporte a la construcción social y que quien así no quiera hacerlo será sancionado de manera ejemplarizante.

Señor Presidente, honorables Representantes, muchas gracias y el Señor les bendiga.”[18]

Las consideraciones expuestas llevan a la Sala a concluir que la medida legislativa analizada es de carácter amplio, pues busca proteger a las personas y comunidades que pertenecen a las minorías históricamente discriminadas. Si bien la norma tuvo inicialmente una vocación de protección desde el parámetro étnico y racial, luego se extendió a otras personas y grupos que conservan la doble condición de (i) históricamente discriminados; y (ii) sujetos de especial protección constitucional. En este caso, como se explicará a propósito del cargo por vulneración de los principios de identidad flexible y consecutividad,

el legislador advirtió la posible existencia de un déficit de protección constitucional frente a otras minorías, igualmente objeto de tradicional discriminación, por lo que amplió el ámbito de la norma.

22.3. Esta ampliación y a partir del uso del criterio teleológico, permite a la Corte concluir que la norma, si bien regula materias anejas a las comunidades étnicas, no las afecta directamente. Obsérvese que la intención del Congreso fue prever sanciones penales a la discriminación de minorías tradicionalmente excluidas, entre ellas las indígenas y afrodescendientes. Por ende, el objetivo del precepto se enmarca en la garantía de posiciones jurídicas universalizables, como es la prohibición de discriminación fundada en lo que el constitucionalismo contemporáneo define como categorías sospechosas. En tal sentido, la norma no hace nada distinto que hacer operativo el principio de igualdad, desde una perspectiva incluyente y que, a su vez, se muestra respetuosa de compromisos de derecho internacional de los derechos humanos, asumidos por el Estado Colombiano.

Sobre el particular, la Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial, tratado ratificado por Colombia e integrante del bloque de constitucionalidad al versar sobre derechos humanos, determina una definición estipulativa de la discriminación racial. Ese concepto, de acuerdo con el artículo 1° de la Convención, refiere a “toda distinción, exclusión, restricción o preferencia basada en motivos de raza, color, linaje u origen nacional o étnico que tenga por objeto o por resultado anular o menoscabar el reconocimiento, goce o ejercicio, en condiciones de igualdad, de los derechos humanos y libertades fundamentales en las esferas política, económica, social, cultural o en cualquier otra esfera de la vida pública.” Como se observa, esa previsión guarda identidad de sentido con la utilizada por el legislador en la ley demandada.

De otro lado, la misma Convención impone deberes concretos a los Estados frente a la discriminación racial, dentro de los cuales encuadra la tipificación penal objeto de análisis. Así, el artículo 2° de ese tratado prevé que los Estados deben adoptar una política encaminada a eliminar la discriminación racial en todas sus formas y a promover el entendimiento entre todas las razas, y con tal objeto (i) se comprometen a no incurrir en ningún acto o práctica de discriminación racial contra personas, grupos de personas o instituciones y a velar por que todas las autoridades públicas e instituciones públicas, nacionales y locales, actúen en conformidad con esta obligación; (ii) se comprometen a no

fomentar, defender o apoyar la discriminación racial practicada por cualesquiera personas u organizaciones; (iii) tomarán medidas efectivas para revisar las políticas gubernamentales nacionales y locales, y para enmendar, derogar o anular las leyes y las disposiciones reglamentarias que tengan como consecuencia crear la discriminación racial o perpetuarla donde ya exista; (iv) prohibirán y harán cesar por todos los medios apropiados, incluso, si lo exigieran las circunstancias, medidas legislativas, la discriminación racial practicada por personas, grupos u organizaciones; y (v) se comprometen a estimular, cuando fuere el caso, organizaciones y movimientos multirraciales integracionistas y otros medios encaminados a eliminar las barreras entre las razas, y a desalentar todo lo que tienda a fortalecer la división racial.

Igualmente, el mencionado artículo dispone que los Estados signatarios tomarán, cuando las circunstancias lo aconsejen, medidas especiales y concretas, en las esferas social, económica, cultural y en otras esferas, para asegurar el adecuado desenvolvimiento y protección de ciertos grupos raciales o de personas pertenecientes a estos grupos, con el fin de garantizar en condiciones de igualdad el pleno disfrute por dichas personas de los derechos humanos y de las libertades fundamentales. Esas medidas en ningún caso podrán tener como consecuencia el mantenimiento de derechos desiguales o separados para los diversos grupos raciales después de alcanzados los objetivos para los cuales se tomaron.

23. A juicio de la Corte, medidas legislativas como la contenida en la norma acusada son desarrollos de los citados compromisos y no afectan directamente a las comunidades indígenas y afrodescendientes. Esta conclusión se funda en tres tipos de argumentos, relacionados con (i) la distinción entre el ámbito individual y colectivo de la discriminación racial, comprendida en el concepto amplio antes explicado; (ii) la ausencia de afectación a la identidad diferenciada por parte de medidas que sancionan la discriminación; y (iii) el carácter general e impersonal del sujeto activo destinatario de la tipificación penal.

24. En cuanto a lo primero, la Sala parte de la necesaria diferenciación, contemplada comúnmente desde la sociología y desde la antropología, entre los conceptos etnia y raza. En términos simples, mientras la etnia responde a un criterio comunitario, descrito transversalmente por una serie de prácticas tradicionales igualmente comunes,[19] la raza es un criterio individualizable, que corresponde a la pertenencia a determinada minoría identificable por sus condiciones de carácter morfológico.[20] Así, es claro que el concepto

etnia responde a una compleja realidad sociológica, en la cual el individuo se reconoce como perteneciente a una comunidad y a una práctica que lo diferencia de la que en esta sentencia se ha denominado como la sociedad mayoritaria. A su vez, esa condición de autorreconocimiento no está presente en el caso de las minorías identificadas a partir de su raza.

Esta distinción está presente en la jurisprudencia constitucional, del modo antes analizado. Así, en la sentencia T-375/06, a propósito del estudio sobre la exigibilidad de medidas de acción afirmativa de acceso preferente a la educación superior a favor de comunidades afrodescendientes, la Corte señaló que “[d]esde el artículo 1º de la Carta, Colombia se reconoce como un Estado pluralista. Esto abre la puerta, en lo pertinente para el caso, al reconocimiento del pluralismo derivado de las manifestaciones sociales, culturales y económicas de las diferentes etnias de nuestro país. Paralelamente, el reconocimiento de la validez del pluralismo, en lo referente a los grupos étnicos, implica un deber de no discriminación en razón de su pertenencia a esta comunidad y un mandato de promoción en virtud de la discriminación a la cual fueron sometidos por largos periodos históricos. || Al momento de determinar la inclusión de un sujeto en una de las comunidades étnicas cobijadas y favorecidas por la pluralidad, prima la conciencia de la pertenencia a tal comunidad, sus manifestaciones culturales, su historia y su proyección presente. Esto implica que, si bien se puede seguir teniendo en cuenta el aspecto racial para determinar la pertenencia de una persona a un grupo étnico específico, tal factor no es definitivo ni prioritario. Hablar de protección de la comunidad negra, de manera exclusiva y excluyente por su color de piel es un acto discriminatorio.”

De manera similar, la sentencia T-422/96, reiterada en el fallo T-586/07, sostiene ante un caso similar de acceso de minorías afrodescendientes a establecimientos educativos públicos de educación superior, que “[e]l reconocimiento de la validez del pluralismo, en lo referente a los grupos étnicos, implica un deber de no discriminación en razón de su pertenencia a esta comunidad y un mandato de promoción en virtud de la discriminación a la cual fueron sometidos por largos periodos históricos. || Una de las acciones afirmativas que se puede tomar en Colombia es aquella tendiente al desarrollo educativo de los miembros de las comunidades afrocolombianas. ||

En el Convenio 169 de la OIT que hace parte del bloque de constitucionalidad, existe un

mandato claro de promoción del acceso a la educación de los miembros de las comunidades negras. Lo anterior tanto en el sentido de conservación de su identidad cultural -a través de la educación impartida no sólo a los miembros de tales comunidades sino a toda la población colombiana- como en el sentido de permitir que aquéllos puedan cursar la educación básica y acceder a niveles de educación superior. Así las cosas, el acceso a la educación por parte de los miembros de las comunidades negras, manifestado en los ámbitos constitucional (bloqueo de constitucionalidad) y legal, no puede obstaculizarse por parte de las autoridades encargadas de la ejecución de programas que desarrollen los propósitos educativos enunciados.”

Estas consideraciones permiten a la Sala concluir que si bien el criterio racial es relevante para la identificación de las minorías étnicas, no puede absorberlo, ni menos mostrarse como equivalente. Llevada a esta premisa al caso analizado, se tiene que cuando la norma acusada tipifica conductas constitutivas del delito de racismo, incorpora una protección general para ambas categorías, bien que se trate de individuos que pertenecen a la minoría, como aquellos que se identifican con esa minoría discriminada en términos colectivos. Esa condición de generalidad, así vista, impide concluir que se esté ante una medida de afectación directa y específica a las comunidades étnicas.

25. En lo que respecta al segundo grupo de argumentos, la Corte advierte que el objetivo de la norma, en lo que respecta a las minorías étnicas, es sancionar conductas que les resulten discriminatorias, a partir de la naturaleza universal de esa prohibición, explicada en fundamento jurídico anterior. La medida legislativa, así comprendida, reconoce el carácter diferenciado de dichas comunidades étnicas e impone sanciones penales cuando esa especificidad, objeto de protección constitucional reforzada, opera en casos concretos como parámetro para la discriminación o el hostigamiento. Por lo tanto, la norma acusada no tiene la virtualidad de incidir en la conformación de esa identidad colectiva, como sí sucede con aquellas otras medidas legislativas que al regular aspectos que guardan relación con la cosmovisión particular de las comunidades indígenas y afrodescendientes, están sometidas al requisito de consulta previa.

Acerca de este último aspecto debe resaltarse que la consulta previa se predica de aquellas medidas legislativas que afecten directamente a las comunidades diferenciadas, al margen que se trate de regulaciones particulares para esos grupos o regulaciones generales que

tienen el mismo efecto de afectación directa. Por ende, en el caso analizado, la inexistencia de un mandato constitucional de adelantar la consulta previa no se predica de la índole general de la norma acusada, sino de la ausencia en ella de regulaciones que incidan en la conformación, mantenimiento y reconocimiento de la identidad diferenciada de las comunidades indígenas y afrodescendientes.

26. Finalmente, debe resaltarse que la norma no tiene un sujeto activo calificado en los tipos penales que regula. Por ende, su aplicación es para todas las personas que puedan incurrir en las conductas objeto de reproche, circunstancia que refuerza la conclusión acerca del carácter genérico y amplio de la medida objeto de examen.

En conclusión, la Corte advierte que de las finalidades de la ley acusada, que responden a prescripciones universales de sanción a la discriminación contra minorías históricamente segregadas, así como de la ausencia de vínculo entre la previsión demandada y la determinación de los aspectos que construyen la identidad diferenciada de las comunidades étnicas, se infiere la inexigibilidad de la consulta previa. Esto en razón que la Ley 1482/11 no dispone de normas de afecten directamente a los grupos indígenas y afrodescendientes. Por ende, se desestimaré el cargo propuesto a ese respecto por los demandantes.

Los principios de identidad flexible y consecutividad del trámite legislativo. Reiteración de jurisprudencia

27. La Corte ha planteado en su jurisprudencia un precedente sostenido y estable respecto de los principios de identidad flexible y consecutividad, como condiciones para la validez del trámite de las leyes y actos legislativos. Por ende, en este apartado se reiterará esa doctrina, a partir de una de sus síntesis más recientes y pertinentes para resolver el segundo de los problemas jurídicos base de esta sentencia.[21]

28. Las distintas reglas, constitucionales y orgánicas, que son aplicables al trámite legislativo, tienen un objetivo unívoco: lograr que las normas legales sean fruto de una deliberación democrática adecuada, lo cual se cumple a través de la garantía de la debida conformación de la voluntad de las cámaras, la eficacia del principio de mayoría y la protección irrestricta de los derechos de las minorías políticas.

Es en este marco de referencia que se encuadran los principios de consecutividad y de

identidad flexible. El primero, que se deriva de lo previsto en el artículo 157 C.P., obliga a que todo proyecto de ley, para ser aprobado, debe ser sometido a discusión y votación tanto en la comisión respectiva como en las plenarias de cada una de las cámaras, delegándose en el legislador orgánico la determinación de los casos en que el primer debate se lleve conjuntamente en las comisiones del Senado y la Cámara. El principio de consecutividad, comúnmente conocido como la regla de los cuatro debates, obliga a que los proyectos de ley adquieran previamente a su aprobación un grado de deliberación suficiente en las diferentes instancias sucesivas en que está institucionalmente compuesto el Congreso.

El vínculo inescindible entre el principio de consecutividad y el principio de identidad flexible es un tópico reiterado en la jurisprudencia constitucional. Mientras la consecutividad está enfocada a que el proyecto de ley cumpla con los debates exigidos en comisiones y plenarias del Congreso, la identidad obliga a que las diferentes materias que conforman la iniciativa sean conocidas por esas instancias legislativas, pues de no ser así, las mismas no cumplirían con el requisito de deliberación democrática en cada una de esas etapas.

29. El principio de identidad en el constitucionalismo colombiano ha conocido dos variantes. La primera, de tipo rígido o literal, que imperó durante la vigencia de la Constitución de 1886, se fundaba en que los textos discutidos y aprobados por las comisiones parlamentarias no podían sufrir modificaciones durante su estudio en plenarias, las cuales solo estaban habilitadas para aprobar o negar el articulado correspondiente. En este caso se estaba ante una exigencia textual, que de no verificarse afectaba la constitucionalidad del trámite correspondiente.

La segunda vertiente es adoptada por la Constitución actual y permite la inclusión de modificaciones en segundo debate, razón por la cual es caracterizada como de identidad flexible. Habida cuenta de la ineficiencia y extrema rigidez del modelo anterior, el Constituyente adoptó una regla particular para hacer frente a esa circunstancia. Así, el inciso segundo del artículo 160 C.P. prevé que durante el segundo debate cada cámara podrá introducir al proyecto las modificaciones, adiciones y supresiones que juzgue necesarias. Con todo, esta previsión carece de carácter absoluto, pues las plenarias no podrían prever cualquier tipo de modificación, pues ello entraría en contradicción con la

obligación, propia del principio de consecutividad, que el proyecto de ley cumpla con los debates en comisiones y en plenarias.

Esta tensión es resuelta por la jurisprudencia constitucional mediante el requisito de exigencia de unidad temática dentro del trámite legislativo. El artículo 158 C.P. ordena que todo proyecto de ley deba referirse a una misma materia, por lo que serán inadmisibles las disposiciones o modificaciones que no se relacionen con ella. Esto al margen de la posibilidad, prevista por el legislador orgánico, de devolver la iniciativa por parte de las plenarias a las comisiones, con el fin que se surta el primer debate.

A partir de esta previsión constitucional, la Corte ha considerado que el ámbito de validez de la actividad de proposición normativa de las plenarias está delimitado por las materias que hayan sido objeto de deliberación por parte de las comisiones respectivas. En criterio de la Sala,[22] "... el principio de identidad flexible obliga a que si bien la iniciativa debe contar con los cuatro debates reglamentarios, el texto no necesariamente debe ser idéntico en dicho trámite.[23] Sin embargo, tal posibilidad de modificación de los proyectos durante el segundo debate está sometida a límites, estrechamente relacionados con la preservación de la unidad temática de la iniciativa. En términos de la Corte, el "concepto de identidad[24] comporta más bien que entre los distintos contenidos normativos que se propongan respecto de un mismo artículo exista la debida unidad temática[25]. Tal entendimiento permite que durante el segundo debate los congresistas puedan introducir al proyecto las modificaciones, adiciones y supresiones que consideren necesarias (art. 160 C.P.), siempre que durante el primer debate en la comisión constitucional permanente se haya discutido y aprobado el tema a que se refiera la adición o modificación[26]. Lo anterior implica darle preponderancia al principio de consecutividad, en cuanto es factible conciliar las diferencias surgidas en el debate parlamentario, sin afectar la esencia misma del proceso legislativo[27]. || En efecto, la Carta autoriza la introducción de modificaciones o adiciones al proyecto de ley durante el segundo debate de cada Cámara. En este sentido es posible entonces que bajo la forma de adición o modificación se incluya un artículo nuevo. La exigencia que el ordenamiento impone es que el tema específico al que se refiera la modificación o adición haya sido debatido y aprobado durante el primer debate. En ese orden de ideas, es claro que la facultad de introducir modificaciones y adiciones se encuentra limitada pues debe respetarse el principio de identidad, de forma tal que esos asuntos estén estrechamente ligados a lo debatido y aprobado en comisiones[28]"[29]."

30. De igual manera, la Corte ha identificado las reglas que permiten verificar la concurrencia de unidad temática entre lo debatido y las modificaciones introducidas. Sobre el particular, se ha previsto que "... el límite para inclusión de modificaciones por parte de las plenarias es su unidad temática con los asuntos previamente debatidos. Por ende, lo que recibe reproche constitucional es la introducción de temas autónomos, nuevos y separables,[30] que no guarden relación con las materias debatidas en instancias anteriores del trámite. La Corte ha fijado los criterios materiales para determinar en qué caso se está ante la inclusión de un tema nuevo. Al respecto, la jurisprudencia prevé que "(i) un artículo nuevo no siempre corresponde a un asunto nuevo puesto que el artículo puede versar sobre asuntos debatidos previamente[31]; (ii) no es asunto nuevo la adición que desarrolla o precisa aspectos de la materia central tratada en el proyecto siempre que la adición este comprendida dentro de lo previamente debatido;[32] (iii) la novedad de un asunto se aprecia a la luz del proyecto de ley en su conjunto, no de un artículo específico;[33] (iv) no constituye asunto nuevo un artículo propuesto por la Comisión de Conciliación que crea una fórmula original para superar una discrepancia entre las Cámaras en torno a un tema.[34]"[35]

Con base en lo expuesto, se tiene que el principio de identidad flexible permite que en el segundo debate se puedan incorporar modificaciones, adiciones o supresiones al articulado aprobado por la comisión respectiva. El límite a esas enmiendas es la conservación de la unidad temática de la iniciativa, por lo que, en los términos del artículo 158 C.P., no son admisibles reformas con carencia de identidad temática, pues incumplirían el mandato consistente en que el proyecto de ley cumpla con los cuatro debates que ordena el artículo 157 C.P. Esta identidad temática no responde a un criterio literal, sino a uno sustantivo, que remite a la definición de los tópicos particulares que fueron objeto de discusión en el primer debate, al margen del contenido particular de los textos aprobados. Quiere esto decir que las plenarias están constitucionalmente habilitadas para hacer modificaciones al articulado sin tener que remitirlo nuevamente a las comisiones, incluso si se trata de cambios con carácter intenso y significativo. Ello a condición que el texto que se someta a consideración y aprobación en segundo debate verse acerca de materias analizadas en el primer debate, de modo que no se desnaturalice el proyecto de ley y, con ello, se vulneren los principios de consecutividad e identidad flexible.

El procedimiento legislativo conservó la unidad temática sustantiva

31. Analizado el trámite de la iniciativa legislativa que dio lugar a la Ley 1482 y de acuerdo con las transcripciones realizadas para la resolución del primer problema jurídico, la Sala concuerda con los demandantes en el sentido que el proyecto fue originalmente concebido para la protección contra la discriminación de la población afrodescendiente. Sin embargo, desde el inicio del procedimiento legislativo se expuso que el ámbito de regulación podría ser más amplio, con el fin que cobijara a otras minorías sociales tradicionalmente discriminadas. En tal sentido, se consideró que si bien la medida legislativa estaba dirigida particularmente a favor de los afrocolombianos, en todo caso estas comunidades eran titulares de la protección del Estado en virtud del principio de igualdad. Este principio, de acuerdo con lo estudiado por el Congreso, sin duda incorporaba otras minorías. Incluso, desde el inicio del debate se dejó claro que la discriminación no solo podría tener un cariz racial, sino que también incorporaría la protección por otras variables, como el origen nacional, cultural o étnico.

Sobre el particular, la ponencia para primer debate ante la Comisión Primera del Senado, se señalaron los siguientes argumentos:

“Los fundamentos de orden legal y constitucional que se invocan como sustento del presente proyecto de ley son en primer término la Carta Política que en su Preámbulo establece dentro de los valores constitucionales la igualdad que se aplica a las relaciones entre las personas que se encuentran dentro del territorio colombiano. Desde este punto de vista, el proyecto busca materializar dicha igualdad sancionando los actos discriminatorios en materia racial, nacional o étnica.

Por otra parte, dentro de la Constitución Política se estatuye como uno de los principios constitucionales fundamentales el de dignidad humana, que establece una aplicación inmediata. Es por ello que la presente disposición normativa al penalizar los actos discriminatorios anteriormente referidos, que se oponen de manera clara a la naturaleza de dicho principio fundamental, pretende concretar tal prescripción general establecida por el constituyente del año 1991.

El artículo 4° de la Carta reconoce la supremacía de la Constitución que de la mano con el artículo 93 ibídem establece como bloque de constitucionalidad la supremacía de los tratados y convenios internacionales que en materia de derechos humanos hayan sido

ratificados por el Congreso de la República. El artículo 5° de la Norma Superior, en concordancia con lo anterior, establece “sin discriminación alguna la primacía de los derechos inalienables de la persona”, lo cual desde la perspectiva del presente proyecto de ley se reafirma al condenar la discriminación como criterio diferenciador en el ejercicio o aplicación de los derechos humanos y de las libertades individuales. También, el respeto que se pretende concretar por medio del presente proyecto de ley, acerca del origen nacional, étnico o cultural de una persona, encuentra sustento constitucional en el reconocimiento y protección del principio fundamental de diversidad étnica y cultural de la Nación colombiana que fue adoptado por mandato del constituyente a través de la Norma Fundamental en su artículo 7°.

En materia de derechos fundamentales es donde se puede encontrar un fuerte fundamento que da asiento al presente proyecto de ley, que desde el artículo 13 de la Constitución Política establece en primer término el derecho de libertad e igualdad que tienen todas las personas ante la ley, donde “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”. Es claro que la discriminación por las razones enunciadas en el texto constitucional pone en gran riesgo el reconocimiento del derecho fundamental a la igualdad, que de no ser reafirmado como se pretende, da pie a la tajante vulneración y desconocimiento del mismo. En segundo término, el mismo artículo en su inciso segundo prescribe que “El Estado promoverá las condiciones para que la igualdad sea real y efectiva y adoptará medidas en favor de grupos discriminados o marginados”. De esta forma, se busca mediante el establecimiento de políticas, leyes y acciones afirmativas, la creación de condiciones que permitan la realización efectiva del derecho fundamental a la igualdad, en especial de aquellos grupos que por su condición puedan verse discriminados de una u otra forma. En consecuencia, pueden identificarse aquellos grupos étnicos, raciales y de minorías nacionales, que según el mandato constitucional deberán contar con una protección especial a fin de no ver vulnerados sus derechos, en especial el de igualdad. De esta manera puede apreciarse que no bastaría con una protección única y exclusiva a nivel individual, sino también sobre el grupo, reafirmando los intereses colectivos de una comunidad.

Es así, que los grupos sobre los cuales busca tener mayor alcance el presente proyecto de ley, es sin lugar a dudas aquellos grupos que demandan mayor protección por parte del

Estado para acabar con los señalamientos realizados a través de los actos de discriminación racial, en especial los que recaen sobre comunidades indígenas y afrodescendientes.

La legislación colombiana ha dado especial protección a dichas comunidades reconociendo su importancia dentro de la diversidad étnica y cultural de la Nación. La Ley 21 de 1991, que aprueba el Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo, reconoce los derechos, valores y tradiciones culturales de la población indígena y pueblos tribales con miras a su preservación en condiciones de igualdad y sin ninguna discriminación. En cuanto a las comunidades afrodescendientes, se reconoció su calidad de grupo étnico mediante la aprobación dentro del ordenamiento jurídico colombiano de la Ley 70 de 1993, en donde se resalta “el reconocimiento y la protección de la diversidad étnica y cultural, y el derecho a la igualdad de todas las culturas que conforman la nacionalidad colombiana”; “el respeto a la integralidad y la dignidad de la vida cultural de las comunidades negras”; su participación y establecimiento de organizaciones en las decisiones que las afectan y en las de toda la Nación en pie de igualdad, de conformidad con la ley. Partiendo de tal punto legal, la aplicación derivada de la titularidad de los derechos colectivos compartidos entre las comunidades indígenas y las comunidades negras, genera de igual forma la aplicación de la norma punitiva favorable a sus intereses.

La Ley 22 de 1981, impone al Estado la obligación contraída internacionalmente de condenar y penalizar todos aquellos actos de discriminación racial, inclusive aquellas ideas que propugnen por el odio y la incitación a ella.

Por último, la jurisprudencia como subregla constitucional se ha pronunciado al respecto de la discriminación, en donde se reitera la violación a los principios superlativos a la constitución y a los derechos a la igualdad y dignidad humana. De igual forma, para la Corte Constitucional, se trata de una conducta que desconoce los ideales democráticos, puesto que impide el desenvolvimiento participativo del sujeto en la sociedad y supone un quebrantamiento de los designios de convivencia plural, diversidad étnica y cultural, igualdad, paz y justicia.

(...)

Dentro de las normas más recientes en la concreción sobre la no discriminación en el derecho internacional, la Asamblea General de las Naciones Unidas daría paso a la adopción

en 1965, de la Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Racial, que fue ratificada por Colombia mediante la aprobación de la Ley 22 de 1981, en donde se establece de manera principal lo siguiente:

Es importante la definición finalmente adoptada por la Convención al incluir una concepción amplia de lo que denotaba la “discriminación racial”, no sólo limitándose a las diferencias eminentemente basadas en la raza o color, sino también al incluir otras como las de posición social, origen nacional o étnico. El texto recoge todo en los siguientes términos:

“Artículo 1°

1. En la presente Convención la expresión “discriminación racial” denotará toda distinción, exclusión, restricción o preferencia basada en motivos de raza, color, linaje u origen nacional o étnico, que tenga por objeto o por resultado anular o menoscabar el reconocimiento, goce o ejercicio, en condiciones de igualdad, de los derechos humanos y libertades fundamentales en las esfera política, económica, social, cultural o en cualquier otra esfera de la vida pública.”[36]

32. Ahora bien, la Comisión Primera de la Cámara de Representantes adelantó una audiencia pública con el proyecto de ley.[37] La nota característica de ese procedimiento fue su convocatoria amplia, puesto que fueron invitados y representados las más diversas minorías, no solo las raciales, sino las étnicas, culturales y de identidad y orientación sexual.[38] Así, como ya se explicó en fundamento jurídico anterior, a partir de esa instancia del trámite el proyecto incorporó reglas de derecho que buscaban la sanción penal a los actos discriminatorios contra esas diferentes minorías.[39] A su vez, estas formulaciones se preservaron hasta el texto definitivo objeto de control de constitucionalidad.

33. Se ha señalado en esta sentencia que los principios de consecutividad e identidad flexible no se ven afectados cuando las adiciones o modificaciones propuestas al proyecto de ley guardan unidad temática con los asuntos previamente debatidos, y esa unidad se muestra razonable. Visto el procedimiento legislativo que precedió la norma acusada, se encuentra que el Congreso, en una primera etapa, que correspondió al trámite en el Senado de la República, enfocó el proyecto de ley en la protección de las comunidades afrodescendientes. Sin embargo, en esa misma etapa advirtió que, a partir de la

Constitución y las normas del derecho internacional de los derechos humanos, la justificación de la iniciativa descansaba en una cláusula genérica de protección a las distintas minorías, no solo las afrodescendientes o las raciales.

Fue con esa preocupación en mente que, en una segunda etapa, la Cámara de Representantes optó por incorporar en la participación sobre la conveniencia del proyecto de ley a un espectro amplio de minorías tradicionalmente discriminadas. Esto, a su vez, impactó el texto del proyecto de ley, de modo que (i) fijó la tipificación penal para los actos de discriminación, racismo y hostigamiento contra esas distintas minorías; y (ii) adicionó el tipo penal de Apología al genocidio, para amparar los actos de antisemitismo, de manera que cubrió dentro del bien jurídico protegido por ese delito a la comunidad judía en tanto minoría racial históricamente discriminada.

34. A juicio de la Corte, en el caso analizado la razonabilidad de la unidad temática de la iniciativa es evidente. Es claro que la protección de las minorías afrodescendientes no fue un tema autónomo y separable, sino que desde el inicio del proceso legislativo se mantuvo la preocupación respecto de otros grupos sociales igualmente discriminados. De forma correlativa, la inclusión de otras minorías en el objeto regulado, precisamente se infirió de la mencionada preocupación, de modo que no es viable concluir que se trataba de temas autónomos y separables. Antes bien, si se aceptase la tesis de los demandantes, forzosamente tendría que concluirse que la protección a cada minoría debía tramitarse mediante proyectos de ley separados. Esta afirmación contradice tanto el modelo flexible explicado en el fundamento jurídico 29 de esta decisión, como el efecto útil del artículo 160 C.P., que permite que durante el segundo debate se introduzcan al proyecto de ley las modificaciones, adiciones y supresiones que cada cámara juzgue necesarias.

En últimas, lo que hizo el Congreso fue advertir, durante el trámite de la iniciativa, que el texto del proyecto podría incurrir en un déficit de protección de los derechos de las distintas minorías, todas ellas históricamente discriminadas, por lo que amplió el ámbito de regulación para que también fueran cobijadas por la protección derivada de la tipificación penal de las conductas discriminatorias. Para la Sala, una alternativa de esa naturaleza no solo no puede ser objeto de reproche a partir de los principios de identidad flexible y consecutividad, sino que se muestra como una acertada interpretación del principio constitucional de igualdad.

En consecuencia, se declarará la exequibilidad de la Ley 1482 de 2011 por los cargos por vicios de procedimiento planteados en la demanda.

VII. DECISIÓN

En mérito de lo expuesto, la Corte Constitucional administrando justicia en nombre del Pueblo y por mandato de la Constitución,

RESUELVE:

Declarar EXEQUIBLE la Ley 1482 de 2011 “por medio de la cual se modifica el Código Penal y se establecen otras disposiciones.”, por los cargos de falta de consulta previa a las comunidades indígenas y afrodescendientes, y de violación a los principios de consecutividad e identidad flexible.

Notifíquese, comuníquese, publíquese, insértese en la Gaceta de la Corte Constitucional, cúmplase y archívese el expediente.

JORGE IVÁN PALACIO PALACIO

Presidente

MARÍA VICTORIA CALLE CORREA

Magistrada

MAURICIO GONZÁLEZ CUERVO

Magistrado

Con aclaración de voto

LUIS GUILLERMO GUERRERO PÉREZ

Magistrado

GABRIEL EDUARDO MENDOZA MARTELO

Magistrado

NILSON PINILLA PINILLA

Magistrado

Con aclaración de voto

JORGE IGNACIO PRETELT CHALJUB

Ausente con excusa

ALEXEI JULIO ESTRADA

Magistrado

LUIS ERNESTO VARGAS SILVA

Magistrado

Con salvamento parcial de voto

MARTHA VICTORIA SÁCHICA MÉNDEZ

Secretaria General

ACLARACIÓN DE VOTO A LA SENTENCIA DEL MAGISTRADO

MAURICIO GONZALEZ CUERVO

A LA SENTENCIA C-194/13

Referencia: Expediente D-9252.

Demanda de inconstitucionalidad contra la Ley 1482 de 2012, “por medio de la cual se

modifica el Código Penal y se establecen otras disposiciones”.

Actores: Erick Andrés Pérez Álvarez y Diego Leonardo González González.

Magistrado Ponente: Luis Ernesto Vargas Silva.

Aclaro mi voto frente a la Sentencia de constitucionalidad C-194 de 2013, aprobada por la Sala Plena en sesión del diez (10) de abril de dos mil trece (2013), por las razones que a continuación expongo:

1. Comparto la decisión de declarar exequible la Ley 1482 de 2011, por los cargos de falta de consulta previa a las comunidades indígenas y afrodescendientes, y de vulneración de los principios de consecutividad y de identidad flexible. También comparto la consideración de que esta ley no debía someterse a consulta previa a las comunidades en comento.
2. En la sentencia se sostiene que la principal razón por la cual la ley no debía someterse a consulta previa, era la de que esta ley modifica el Código Penal para proteger a todos los individuos que pueden ser víctimas de discriminación, por diversos motivos, algunos de ellos ajenos a la raza o al origen étnico, y sin que sea necesario que la persona protegida tenga vínculos o pertenezca a determinada comunidad o pueblo indígena o tribal. En vista de esta circunstancia, la Corte encontró que no había una afectación directa y específica de las comunidades indígenas y afrodescendientes.
3. Pese a compartir la ratio de la sentencia, en el sentido de considerar que una norma que protege a todas las personas, sean o no miembros de una comunidad indígena o afrodescendiente, no genera una afectación directa y específica a estas comunidades, aclaro el voto en el sentido de considerar que la Corte debió haber fijado una regla, según la cual no hay afectación directa y específica de dichas comunidades cuando se trata de una norma protectora que atienda principios universales o derechos humanos, reconocidos por la Constitución y que estén dentro de los compromisos internacionales del Estado, adquiridos en varios tratados públicos sobre derechos humanos, debidamente ratificados.
4. Ni los principios universales ni los derechos humanos interesan de manera especial a una comunidad determinada, sea indígena, sea afrodescendiente, o sea de cualquier otro tipo, sino que interesan a todos los individuos de la especie humana, sin ninguna distinción

de raza, etnia, sexo, religión, opiniones, capacidad económica, etc.

Respetuosamente,

MAURICIO GONZALEZ CUERVO

Magistrado

SALVAMENTO PARCIAL DE VOTO DEL MAGISTRADO

LUIS ERNESTO VARGAS SILVA

A LA SENTENCIA C-194/13

1. El desacuerdo parcial con lo decidido por la Corte se centra en la necesidad de haberse efectuado la consulta previa respecto de aquellas normas penales referidas a la protección de derechos de comunidades indígenas y afrodescendientes.

Para la mayoría, en el presente caso la consulta previa no resultaba necesaria debido a que (i) las normas acusadas no prevén un sujeto calificado quien cometa la conducta objeto de reproche penal; y (ii) los tipos penales consagrados por la Ley 1482 de 2001 están unívocamente dirigidos a proteger el principio de igualdad, el cual tiene carácter universal y, por ende, no se trata de un asunto que guarde relación con la conformación de la identidad diferenciada de las comunidades tradicionales. En términos de la Corte "...el objetivo de la norma, en lo que respecta a las minorías étnicas, es sancionar conductas que les resulten discriminatorias, a partir de la naturaleza universal de esa prohibición, explicada en fundamento jurídico anterior. La medida legislativa, así comprendida, reconoce el carácter diferenciado de dichas comunidades étnicas e impone sanciones penales cuando esa especificidad, objeto de protección constitucional reforzada, opera en casos concretos como parámetro para la discriminación o el hostigamiento. Por lo tanto, la norma acusada no tiene la virtualidad de incidir en la conformación de esa identidad colectiva, como sí sucede con aquellas otras medidas legislativas que al regular aspectos que guardan relación con la cosmovisión particular de las comunidades indígenas y afrodescendientes, están sometidas al requisito de consulta previa."

2. Contrario a lo expuesto, considero que las expresiones contenidas en los tipos penales analizados, que referían a actos de racismo, al igual que la alusión a etnias, comunidades o pueblos, debieron ser objeto de consulta previa puesto que conformaban enunciados normativos que afectaban directamente a las comunidades étnicas. En ese sentido, la opción adoptada por la Corte, fundada en considerar que la norma acusada no conllevaba ese grado de afectación directa en tanto el sujeto activo de la conducta penal no era calificado, se muestra incompleta. Esto debido a que desde una interpretación conceptual, histórica y teleológica de la disposición, era claro que los titulares del bien jurídico protegido por el tipo penal eran, entre otras, las comunidades tradicionales. Por ende, como se está ante una regulación diferenciada a su favor, estaba demostrada la necesidad de la consulta.

Como lo expresé en la ponencia original, que ese apartado no fue aceptada por la Sala, la medida legislativa acusada sí incorpora una afectación directa a las comunidades étnicas, particularmente a los pueblos afrocolombianos. Ello debido a que les confiere una medida de protección contra la discriminación, que es específica para esas comunidades de identidad diferenciada, puesto que (i) hace referencia particular y concreta a los grupos étnicos en diversos apartados del texto acusado; y (ii) fue tramitada bajo la permanente consideración que se estaban prodigando instrumentos de protección para esas comunidades; y (iii) tanto del texto como de su trámite se colige que el objetivo unívoco del legislador fue salvaguardar a las comunidades étnicas de la discriminación, mediante el uso del derecho penal.

3. Sin embargo, también encuentro que contra esta conclusión se oponen dos tipos de argumentos que deben ser analizados. En primer lugar, debe definirse si la norma acusada, a pesar de estar dirigida a ofrecer grados de protección diferenciados para las comunidades étnicas, en todo caso las afectan directamente. En segundo lugar, debe responderse la cuestión relativa a que la medida legislativa no estaba sometida al procedimiento de consulta previa, en tanto (i) se trata de tipos penales cuyo destinatario es cualquier persona y no las comunidades étnicas; y (ii) no incorporan disposiciones que modifiquen o alteren su identidad diferenciada.

3.1. Para responder el primer grupo de cuestionamientos, es importante señalar que la consulta previa es un mecanismo dirigido unívocamente a otorgar eficacia al mandato

constitucional de protección a la diversidad étnica y cultural, el cual se opone radicalmente a una concepción paternalista de ese mecanismo, conclusión a la cual también arribó la mayoría. Por ende, la consulta previa cubre todo tipo de medidas, legislativas o administrativas, que afecten directamente a las comunidades étnicas, lo que comprende las políticas que, en abstracto, les son favorables o lesivas. Esto en razón que, precisamente, a la imperativa necesidad que sean dichos grupos diferenciados quienes tengan la opción de participar, mediante los requisitos propios de la consulta previa, en la definición de tales políticas, sin que sea admisible que desde una perspectiva externa a esas comunidades se defina qué les desfavorece o qué les protege.

La concepción paternalista, en ese orden de ideas, es particularmente lesiva frente al reconocimiento de la diversidad étnica y cultural. En efecto, si se acepta que las medidas prima facie favorables para las comunidades étnicas no están sometidas al procedimiento de consulta previa, en razón a que no las afectan directamente, se estaría tácitamente reconociendo que los grupos mayoritarios están habilitados para dirigir y ordenar un modelo de virtud o conveniencia para las comunidades étnicas. Advierto que ese escenario es abiertamente incompatible con la eficacia del mencionado mandato de protección de la diversidad étnica y cultural.

3.2. En el caso analizado, es claro que la medida legislativa consistente en prever tipos penales dirigidos a proteger bienes jurídicos relacionados con la protección de la diversidad, entre ellas la de carácter étnico y cultural de los pueblos y comunidades indígenas y afrodescendientes, afecta directamente a esas comunidades. Esto en al menos en los siguientes dos planos.

En primer lugar, debe resaltarse que la norma tipifica los actos de racismo y discriminación, en diversas circunstancias y modos. Considero que cuando el ordenamiento jurídico se pregunta acerca de qué es un acto discriminatorio o racista, la respuesta está estrechamente relacionada con la definición de la identidad diferenciada. Esto debido a que solo podrá determinarse cuál es el comportamiento que puede ser censurado, en esta oportunidad mediante el derecho penal, si se define el contenido y alcance de la diversidad étnica o cultural que conforma el bien jurídico tutelado. La respuesta a ese asunto pasa, obligatoriamente, por la participación efectiva de las comunidades tradicionales, quienes son las primeras llamadas a determinar cuál es ese ámbito jurídicamente protegido.

En mi criterio es un contrasentido afirmar, de un lado, que la norma acusada está unívocamente dirigida a proteger la diversidad étnica y cultural, y del otro, que no requiere ser objeto de consulta previa, porque no afecta directamente a las comunidades titulares de esa identidad diferenciada. Antes bien, la Corte considera que en este caso se mostraba imperativa la consulta previa, bajo una regla suficientemente definida: toda medida legislativa que tenga por objeto delimitar el ámbito de la identidad de las comunidades étnicas, incluso para efectos de su protección jurídica, las afecta directamente y, en consecuencia, está sometida a la consulta previa.

Las normas demandadas, en ese orden de ideas, imponen un estándar de protección diferenciado para esas comunidades, precisamente en razón del carácter particular y concreto de su identidad étnica y cultural. Acerca de este tópico debe señalarse, en consonancia con lo expresado por la Corte en otras decisiones, que aquellas medidas legislativas o administrativas que determinan estándares de protección jurídica diferenciados para las comunidades tradicionales, precisamente en razón de la naturaleza diversa de su identidad, están sometidas al procedimiento de consulta. Al respecto, el Relator Especial de las Naciones Unidas sobre la situación de los indígenas, ha explicado el concepto de afectación directa como asociado a afectación diferencial, al señalar cómo “... una interpretación de los diversos artículos pertinentes de la Declaración de las Naciones Unidas sobre los derechos de los pueblos indígenas basada en el propósito de dichos artículos, teniendo en cuenta otros instrumentos internacionales y la jurisprudencia conexa, conduce a la siguiente conclusión sobre el ámbito de aplicación del deber de celebrar consultas: es aplicable siempre que una decisión del Estado pueda afectar a los pueblos indígenas en modos no percibidos por otros individuos de la sociedad. Una incidencia diferenciada de esa índole se presenta cuando la decisión se relaciona con los intereses o las condiciones específicos de determinados pueblos indígenas, incluso si la decisión tiene efectos más amplios, como es el caso de ciertas leyes. Por ejemplo, la legislación sobre el uso de la tierra o de los recursos puede tener efecto general pero, al mismo tiempo, puede afectar los intereses de los pueblos indígenas de modos especiales debido a sus modelos tradicionales de tenencia de la tierra o a modelos culturales conexos, lo que, en consecuencia, da lugar al deber de celebrar consultas”[40]

3.3. En segundo lugar, considero que las comunidades étnicas también están llamadas a participar, a través del mecanismo de la consulta previa, sobre la naturaleza del mecanismo

de protección de sus derechos. En el asunto objeto de análisis, es claro que los pueblos indígenas y afrodescendientes debieron ser consultados, a efectos de definir si, con base en las particularidades propias de su identidad diferenciada, era el derecho penal y la imposición de las sanciones que le son anejas, el mecanismo que mejor se adaptaba a la protección de su diversidad étnica y cultural.

Considerar lo contrario estaría basado en la inaceptable premisa paternalista, conforme a la cual las mayorías políticas pueden definir, al margen de la opinión y deliberación de las comunidades tradicionales, cuáles son los mecanismos que el orden jurídico debe establecer para su protección. Ello debido a que una práctica de esa naturaleza desconoce que el núcleo esencial de la diversidad étnica y cultural descansa en reconocer que sus prácticas tradicionales difieren de las acciones y procedimientos de dichas mayorías y que, en consecuencia, su protección pasa obligatoriamente por el reconocimiento de esa diferencia.

Advierto que esta consideración es válida, incluso ante el carácter universal del principio de igualdad, en tanto esa característica no puede transmutarse en un criterio formal, según el cual toda norma que promueva la igualdad es neutra en términos de conformación de la identidad diferenciada. Antes bien, una comprensión material del principio de igualdad, que es precisamente la que promueve la jurisprudencia constitucional, obliga a concluir que la satisfacción de ese derecho se funda en el reconocimiento de la diferencia, en este caso de las particularidades de las comunidades tradicionales.

4. Ahora bien, una de las razones que justificó, en criterio de la mayoría, la ausencia de la consulta previa consiste en que, al tratarse de tipos penales que no tienen sujeto activo cualificado, sus destinatarios son todas aquellas personas que pudiesen cometer el delito. Por ende, el criterio de especificidad que se exige de aquellas medidas que deben someterse a la consulta previa, no sería cumplido en el caso analizado.

Considero que esta conclusión está basada en una comprensión parcial de los efectos de la medida legislativa demandada. En efecto, los destinatarios de los tipos penales contenidos en la Ley acusada son todas las personas, en tanto potenciales perpetradores de la conducta penalizada. Sin embargo, argumentos anteriormente planteados en el presente salvamento parcial de voto, demuestran que otro grupo de destinatarios de la medida

legislativa son las comunidades étnicas, quienes son titulares del bien jurídico protegido por los delitos que sancionan la discriminación y el racismo. Como se explicó, el objetivo de las disposiciones acusadas no es otro que proteger la identidad diferenciada de dichas comunidades, entre otras minorías, ante los recurrentes actos de racismo y discriminación de la que son víctimas.

La afectación directa a dichos colectivos se concreta, para el caso de las normas demandadas, en la estipulación de actos de racismo y discriminación objeto de sanción, los cuales no pueden comprenderse por fuera de la definición, por parte de los pueblos indígenas y afrodescendientes, de su identidad diferenciada objeto de protección por el derecho penal. Así, no hay lugar a dudas que, con base en las reglas jurisprudenciales fijadas por la Corte sobre la materia, se trataba de disposiciones que debieron consultarse.

5. Finalmente, debo también resaltar que el objetivo general de la Ley 1482 es la protección de diversas minorías, entre las cuales se encuentran las comunidades étnicas. En consecuencia, es evidente que solo aquellas proposiciones normativas que involucran a dichos pueblos son las que debieron consultarse, pues esas comunidades son las únicas que, en los términos de la Constitución, son titulares del derecho fundamental a la consulta previa, en los términos explicados en la sentencia de la que me aparto parcialmente.

6. En suma, es mi criterio que excluir in genere a las normas penales o aquellas que promueven el principio de igualdad, del deber de consulta previa es problemático, al menos en términos de eficacia del mandato constitucional de reconocimiento de la diversidad étnica y cultural. Ello en razón a que a través de esa vía puede llegar a configurarse un inadmisibles tratamiento paternalista desde el Estado, consistente en que la sociedad mayoritaria puede decidir, sin contar con la participación efectiva de las comunidades étnicas, cuáles son los mecanismos apropiados para la protección de sus derechos.

En consecuencia, la opción que a mi juicio se mostraba más garantista para la conservación de la identidad diferenciada de las comunidades indígenas y afrodescendientes era la exigibilidad de la consulta previa. Además, la decisión adoptada por la mayoría, si se interpreta de forma inadecuada y maximalista, podría llegar a comprenderse como un retroceso en el grado de protección que la jurisprudencia

constitucional ha determinado respecto del derecho fundamental a la consulta previa que se predica de las mencionadas comunidades.

Estos son los motivos de mi disenso.

Fecha ut supra,

LUIS ERNESTO VARGAS SILVA

Magistrado

[1] La demanda también fue suscrita por Luis Andrés Ramírez Pietro, Adrián Mirando Loaiza, Juan Felipe García Díaz y Wilmar Javier Medina Lozano, quienes se denominaron como coadyuvantes. Sin embargo, habida consideración que estas personas no realizaron la presentación personal de la demanda y, con ello, comprobado su condición de ciudadanos en ejercicio, no son tenidos en cuenta como demandantes en el presente proceso.

[2] La síntesis comprehensiva de este precedente se encuentra en la sentencia C-1052/01. Para el caso de presente decisión, se utiliza la exposición efectuada por la decisión C-370/06.

[3] En sentido análogo, la sentencia C-886/10 expresa que “La Corte no puede realizar un control de oficio. Una de las características del control de la Corte es su carácter no oficioso, pues esta Corporación solamente puede actuar en ejercicio de su competencia en los estrictos y precisos términos del artículo 241 de la Constitución. Está fuera del alcance de la Corte tratar de reconducir el alegato del accionante hasta lograr estructurar un cargo dotado de la suficiente idoneidad para provocar un pronunciamiento de fondo. En otras palabras, no puede la Corte Constitucional reelaborar, transformar, confeccionar o construir los planteamientos esbozados en la demanda con el propósito de que cumplan con los requisitos mínimos exigidos por la jurisprudencia constitucional para que la misma Corte se pronuncie de fondo; por cuanto podría estar actuando como parte interesada y juez. De ahí, que la Constitución y la jurisprudencia de esta Corporación hayan sido enfáticas en determinar que si bien debe tener suma importancia el principio pro actione, dicha valoración, no puede ir hasta el punto de que la misma Corte estructure o edifique los planteamientos esbozados por el accionante con el propósito de que se instituyan como

verdaderos cargos de constitucionalidad. Así las cosas, “la Corte no puede seleccionar las materias acerca de las cuales va a pronunciarse y menos aún inferir los cargos de inconstitucionalidad o directamente construirlos, so pretexto de la índole popular de la acción o del principio pro actione, dado que, si ese fuera el caso, desbordaría su competencia y sería juez y parte”.

[4] Corte Constitucional Auto 243/01.

[5] Corte Constitucional, sentencia C-175/09 y C-366/11.

[6] La sistematización de la jurisprudencia sobre los tipos de medidas legislativas objeto de consulta previa, así como los criterios interpretativos para su definición, ha sido realizada por la Corte en las sentencias C-196/12 y C-317/12. A su vez, estas decisiones compilan las reglas que sobre la misma materia han fijado los fallos C-030/08, C-175/09, C-063/10 y C-366/11.

[7] La norma en comento es la siguiente:

“Artículo 6

1. Al aplicar las disposiciones del presente Convenio, los gobiernos deberán:

a) consultar a los pueblos interesados, mediante procedimientos apropiados y en particular a través de sus instituciones representativas, cada vez que se prevean medidas legislativas o administrativas susceptibles de afectarles directamente;

b) establecer los medios a través de los cuales los pueblos interesados puedan participar libremente, por lo menos en la misma medida que otros sectores de la población, y a todos los niveles en la adopción de decisiones en instituciones electivas y organismos administrativos y de otra índole responsables de políticas y programas que les conciernan;

c) establecer los medios para el pleno desarrollo de las instituciones e iniciativas de esos pueblos, y en los casos apropiados proporcionar los recursos necesarios para este fin.

2. Las consultas llevadas a cabo en aplicación de este Convenio deberán efectuarse de

buena fe y de una manera apropiada a las circunstancias, con la finalidad de llegar a un acuerdo o lograr el consentimiento acerca de las medidas propuestas.”

[8] Corte Constitucional, sentencias C-063/10 y C-317/12.

[9] Corte Constitucional, sentencia C-702/10.

[10] Corte Constitucional, sentencias C-418/02, C-891/02, C-620/03, C-175/09 y C-063/10.

[11] Ejemplos de esta alternativa de análisis se encuentra en la sentencias C-620/03, C-175/09, C-615/09 y C-941/10.

[12] Corte Constitucional, sentencia C-620/03.

[13] Una tipología de estas decisiones fue realizada por la Corte en la sentencia C-317/12.

[14] Gaceta del Congreso 459/10 pp. 5-10.

[15] Gaceta del Congreso 1047/10 pp. 1-2.

[16] Gaceta del Congreso 571/11 pp. 47-48.

[17] Gaceta del Congreso 533/11, pp. 4 a 7.

[18] Gaceta del Congreso 1000/11 pp. 29-30.

[19] Sobre el particular, la sentencia SU-510/98 es ilustrativa al señalar que ““La pertenencia a una comunidad indígena, como la arahuaca, asentada en un territorio ancestral, y dotada de una fisonomía cultural propia, representa para sus miembros el derecho de ser beneficiarios de un estatuto especial que se concreta en ser titulares de un conjunto de facultades y situaciones que no se predicán de los demás nacionales. Los derechos diferenciados en función de grupo que la Constitución y la ley reconocen a las comunidades indígenas, se relacionan con su territorio, la autonomía en el manejo de sus propios asuntos, el uso de su lengua y, en fin, el ejercicio de la jurisdicción conforme a las normas y procedimientos plasmados en sus usos y costumbres, siempre que no sean

contrarios a la Constitución y a las leyes de la república. || A diferencia de otros vínculos asociativos, más o menos contingentes, que la persona traba en su decurso existencial, el vínculo comunitario indígena, se establece desde el nacimiento y, salvo que se abandone o libremente se renuncie a él, termina sólo con su muerte. Dada la naturaleza cultural del ligamen comunitario, el individuo no se ve involucrado en puntuales aspectos de su actividad, sino en un entero plexo de interacciones en cuanto que se hace partícipe de una forma definida de vida. La Constitución reconoce que dentro de la población colombiana y dentro de su territorio, coexiste junto a la generalidad de los ciudadanos, un conjunto de nacionales cuya diversidad étnica y cultural debe protegerse y garantizarse mediante instituciones que, en cierto grado, justamente por esta razón, se informan en el principio de autodeterminación. No ha juzgado, por tanto, incompatible la Constitución radicar en cabeza de los indígenas derechos y deberes comunes a todos y, al mismo tiempo, extender a éstos derechos especiales por causa de su pertenencia a su comunidad de origen. El arraigo etno-cultural, en este caso, se ha considerado valioso en sí mismo desde la perspectiva de la comunidad y de sus miembros.”

[20] Es por esta misma razón que el Artículo 1º Convenio 169 de la OIT, a identificar a los pueblos tribales sujetos de ese tratado internacional, determina lo siguiente:

“Artículo 1

a) a los pueblos tribales en países independientes, cuyas condiciones sociales culturales y económicas les distingan de otros sectores de la colectividad nacional, y que estén regidos total o parcialmente por sus propias costumbres o tradiciones o por una legislación especial;

b) a los pueblos en países independientes, considerados indígenas por el hecho de descender de poblaciones que habitaban en el país o en una región geográfica a la que pertenece el país en la época de la conquista o la colonización o del establecimiento de las actuales fronteras estatales y que, cualquiera que sea su situación jurídica, conserven todas sus propias instituciones sociales, económicas, culturales y políticas, o parte de ellas.

2. La conciencia de su identidad o tribal deberá considerarse un criterio fundamental para determinar los grupos a los que se aplican las disposiciones del presente Convenio. (...)”
(subrayas y negrillas ajenas al texto).

[21] En este apartado la Sala retoma las consideraciones efectuadas en la sentencia C-537/12.

[22] Corte Constitucional, sentencia C-490/11.

[23] Cfr. Corte Constitucional, sentencia C-208/05.

[24] Sentencia C-702 de 1999.

[25] Sentencia C-1190 de 2001. También se puede consultar la Sentencia C-950 de 2001.

[26] Sentencia C-702 de 1999.

[27] Ver Sentencia C-1108/01.

[28] Sentencias C-008 de 1995 y C-809 de 2001.

[29] Cfr. Corte Constitucional, sentencia C-706/05.

[30] Cfr. Corte Constitucional, sentencia C-453/06.

[31] Corte Constitucional, Sentencia C-801 de 2003, en este caso se examinó los cambios sufridos por el artículo 51 de la Ley 789 de 2003 (jornada laboral flexible), frente al cual el Congreso ensayó distintas fórmulas en todos los debates. El artículo, tal y como fue finalmente aprobado, no hizo parte ni del proyecto del gobierno, ni de la ponencia para primer debate en comisiones. En la ponencia para segundo debate en plenaria de la Cámara fue incluido y aprobado el artículo sobre jornada laboral flexible. En la ponencia para segundo debate en plenaria del Senado, no existía el artículo sobre jornada laboral flexible, pero sí el asunto de la jornada laboral. La comisión de conciliación adopta el artículo sobre jornada laboral flexible y fórmula que es aprobada por las Cámaras. Aun cuando el artículo como tal sólo es aprobado inicialmente en la Plenaria de la Cámara, el asunto sobre la regulación de la jornada laboral sí fue aprobado en los 4 debates.

[32] Corte Constitucional, sentencia C-1092 de 2003.

[33] Corte Constitucional, sentencia C-920 de 2001. La Corte declara la inexequibilidad de

una disposición. Introducida en el último debate, que constituía un asunto nuevo, sin relación con la materia debatida hasta ese momento.

[34] Ver Corte Constitucional, sentencia C-198 de 2002.

[35] Corte Constitucional, sentencia C-490/11.

[36] Gaceta del Congreso 799/10 pp.7-16.

[37] Cfr. Gaceta del Congreso 693/11.

[38] Así, en cuanto la convocatoria el Acta de la audiencia señala que “Igualmente, señor Presidente, la secretaría de acuerdo a la Resolución establecida por la Mesa y por instrucciones suyas, se dio invitación al Ministro del Interior y de Justicia, hoy está el señor Viceministro, el doctor Aurelio, al Presidente de la Confederación de Comunidades Judías en Colombia, al Director Ejecutivo igualmente, de la Confederación de Comunidades Judías de Colombia, a la Directora de Asuntos para Comunidades Negras, Afrocolombianas, Raizales y Palenqueras, la doctora Vanessa Palomeque Bohórquez, al doctor Pedro Santiago Posada, Director de Asuntos Indígenas, Minorías y Rom la Directora Ejecutiva de Colombia Diversa – Marcela Sánchez, a la Directora del Centro Cultural Islámico – Fanny Ochoa, a la Directora Marcela Prieto Botero del Instituto de Ciencia Política, al Coordinador de la Oficina de Atención Ciudadana del Congreso de la República, para que hiciera todas las informaciones del caso e hiciera conocer el evento de la audiencia a la ciudadanía.” Ibídem, p. 34.

[39] En ese orden de ideas, el texto propuesto para cuarto debate, realizado en la plenaria de la Cámara de Representantes fue el siguiente:

“TEXTO PROPUESTO PARA SEGUNDO DEBATE AL PROYECTO DE LEY NÚMERO 8 DE 2010
SENADO, 165 DE 2010 CÁMARA

por medio de la cual se modifica el Código Penal y se establecen otras disposiciones.

El Congreso de Colombia

DECRETA:

Artículo 1°. Objeto de la ley. Esta ley tiene por objeto garantizar la protección de los

derechos fundamentales de una persona, grupo de personas, comunidad o pueblo, que son vulnerados a través de actos de discriminación.

Artículo 2°. El título I del libro II del Código Penal tendrá un capítulo IX, del siguiente tenor:

CAPÍTULO IX

De los actos de discriminación

Artículo 3°. El Código Penal tendrá un artículo 134A del siguiente tenor:

Artículo 134 A. Actos de Discriminación. El que arbitrariamente impida, obstruya, restrinja o de algún modo menoscabe el pleno ejercicio de los derechos de las personas por razón de su raza, etnia, religión, nacionalidad, ideología política o filosófica, sexo u orientación sexual, incurrirá en prisión de doce (12) a treinta y seis (36) meses y multa de diez (10) a quince (15) salarios mínimos legales mensuales vigentes.

Artículo 134 B. Hostigamiento por motivos de raza, religión, ideología política, u origen nacional, étnico o cultural. El que promueva actos, conductas o comportamientos constitutivos de hostigamiento, orientados a causarle daño físico, psicológico, moral o patrimonial a una persona, grupo de personas, comunidad o pueblo, por razón de su raza, etnia, religión, nacionalidad, ideología política o filosófica, sexo u orientación sexual, incurrirá en prisión de doce (12) a treinta y seis (36) meses y multa de diez (10) a quince (15) salarios mínimos legales mensuales vigentes, salvo que la conducta constituya delito sancionable con pena mayor.

Artículo 5 °. El Código Penal tendrá un artículo 134C del siguiente tenor:

Artículo 134 C. Circunstancias de agravación punitiva. Las penas previstas en los artículos anteriores se aumentarán de una tercera parte a la mitad cuando:

1. La conducta se ejecute en espacio público, establecimiento público o lugar abierto al público.
2. La conducta se ejecute a través de la utilización de medios de comunicación de difusión

masiva.

3. La conducta se realice por servidor público o persona en ejercicio de funciones propias del cargo que ostenta.

4. La conducta se efectúe por causa o con ocasión de la prestación de un servicio público.

5. La conducta se dirija contra niño, niña, adolescente, persona de la tercera edad o adulto mayor.

6. Cuando los actos constitutivos de discriminación impiden al agredido el uso, goce y disfrute de uno o todos sus derechos fundamentales.

7. Cuando la conducta esté orientada a negar o restringir derechos laborales.

Artículo 6°. El Código Penal tendrá un artículo 134D del siguiente tenor:

Artículo 134 D. Circunstancias de Atenuación Punitiva. Las penas previstas en los artículos anteriores, se reducirán en una tercera parte cuando:

1. El sindicado o imputado se retracte públicamente de manera verbal y escrita de la conducta por la cual se le investiga.

2. Se dé cumplimiento a la prestación del servicio que se denegaba.

Artículo 7°. Modifíquese el artículo 102 del Código Penal.

Artículo 102. Apología del Genocidio. El que por cualquier medio difunda ideas o doctrinas que propicien, promuevan o justifiquen conductas constitutivas de genocidio, o pretendan la rehabilitación de regímenes o instituciones que amparen prácticas generadoras de las mismas, incurrirá en prisión de noventa y seis (96) a ciento ochenta (180) meses, multa de seiscientos sesenta y seis punto sesenta y seis (666.66) a mil quinientos (1.500) salarios mínimos legales mensuales vigentes, e inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas de ochenta (80) a ciento ochenta (180) meses.

Artículo 8°. Vigencia. La presente ley rige a partir de su promulgación y deroga todas las

disposiciones que le sean contrarias.” Cfr. Gaceta del Congreso 553/11 pp. 7

[40] Vid. Informe del Relator Especial de Naciones Unidas sobre la situación de los derechos humanos y las libertades fundamentales de los indígenas, James Anaya, (A/HRC/12/34. 15 de julio de 2009). Promoción y protección de todos los derechos humanos, civiles, políticos, económicos, sociales y culturales, incluido el derecho al desarrollo. La cita es tomada de la sentencia T-376/12.