C-257-16

Sentencia C-257/16

TIPIFICACION DE LAS CONDUCTAS PUNIBLES DE ACTOS DE DISCRIMINACION Y DE HOSTIGAMIENTO Y CAUSAL DE AGRAVACION PUNITIVA ESTABLECIDA EN EL CODIGO PENAL-No se incurrió en la omisión legislativa acusada, toda vez que, según lo previsto en las normas demandadas también se incurre en esos delitos, cuando el móvil sea la identidad de género

DEMANDA DE INCONSTITUCIONALIDAD-Prohibición de control oficioso no es absoluto/DEMANDA DE INCONSTITUCIONALIDAD-Extensión en el escrutinio judicial

Aunque en principio el escrutinio judicial se estructura en función de los cargos planteados en la demanda de inconstitucionalidad que activa el proceso judicial, en hipótesis excepcionales el juez constitucional se encuentra facultado para ampliar el espectro de juicio de validez, y para abordar la valoración de señalamientos no propuestos originalmente en el escrito de acusación. En efecto, sin perjuicio de la prohibición del control oficioso de la legislación, la Corte podría alterar el alcance y los términos del juicio de constitucionalidad propuesto en la demanda, en al menos dos hipótesis: (i) primero, cuando se satisfacen las condiciones para la integración normativa, y cuando por esta vía, el control recae sobre disposiciones legales no atacadas en la demanda de inconstitucionalidad; (ii) y segundo, cuando se advierte una inconstitucionalidad “grosera”, es decir, abierta, flagrante e indiscutible, o cuando se pone de presente a lo largo del proceso judicial por alguno de los intervinientes o por el propio Ministerio Público. Y cuando el juez constitucional valora señalamientos no esbozados en el escrito de acusación porque fueron esgrimidos posteriormente durante el desarrollo del debate constitucional o porque salen a flote vicios graves que ameritan la intervención judicial, la extensión del escrutinio judicial se justifica desde varias perspectivas: (i) de un lado, aunque las competencias de la Corte Constitucional deben ser ejercidas en los estrictos términos del artículo 241 de la Carta Política, esta misma norma, que le atribuye la función de resolver las demandas de inconstitucionalidad, de ninguna manera circunscribe el análisis a la valoración de los cargos del escrito de acusación; desde esta perspectiva, entonces, la Corte se encuentra facultada para evaluar señalamientos diferentes a los esgrimidos

expresamente por quien activó el control constitucional; (ii) y de otro lado, las competencias de este tribunal deben ser ejercidas en función de su misión institucional, que consiste justamente en preservar la integridad y supremacía de la Carta Política; y si a lo largo de un proceso judicial se pone en evidencia la oposición entre el precepto legal objeto del escrutinio judicial y el ordenamiento superior, se impone a la Corte el deber de pronunciarse sobre este presunto déficit.

TIPO PENAL DE ACTO DE RACISMO O DISCRIMINACION CONTENIDO EN NORMA QUE MODIFICA EL CODIGO PENAL-Jurisprudencia constitucional

DISCRIMINACION-Estándar de generalidad de las leyes/ESTANDAR DE GENERALIDAD DE LAS LEYES-Garantía

DELITOS DE ACTOS DE DISCRIMINACION Y HOSTIGAMIENTO-Demanda contra texto derogado sin tener en cuenta alteraciones de la Ley 1752 de 2015 donde no se encuentra la identidad de género

IDENTIDAD DE GENERO DE LAS PERSONAS-Penalización mediante Ley 1752 de 2015 de actos de discriminación y hostigamiento originados en cualquier móvil discriminatorio

CONSEJO SUPERIOR DE POLITICA CRIMINAL-Inclusión de fórmula genérica en actos de discriminación y hostigamiento con móviles discriminatorios y demás razones de discriminación

ACTOS DE DISCRIMINACION Y HOSTIGAMIENTO-Delitos se perfeccionan cuando conducta punible se encuentra motivada por la identidad de género de la víctima

SENTENCIAS DE CONSTITUCIONALIDAD ABSTRACTA-Efectos hacia el futuro/SENTENCIAS DE CONSTITUCIONALIDAD ABSTRACTA-Preservación del principio democrático y presunción de constitucionalidad del sistema jurídico

JUEZ CONSTITUCIONAL-Modulación de los efectos temporales de fallos de inexequibilidad otorgándoles efectos retroactivos o diferidos

FALLOS DE CONSTITUCIONALIDAD-Efectos retroactivos cuando se retire una disposición del ordenamiento jurídico/DECISIONES DE LA CORTE CONSTITUCIONAL-Posibilidad de retrotraer los efectos se predica de declaratorias de inexequibilidad simple y no de sentencias de constitucionalidad condicionada

EFECTOS RETROACTIVOS DE DECLARATORIA DE INEXEQUIBILIDAD-Jurisprudencia constitucional

DERECHO PENAL-Principios de irretroactividad y favorabilidad de la ley penal

DELITOS DE ACTOS DE DISCRIMINACION Y HOSTIGAMIENTO-Exclusión de la categoría de identidad de género/DELITOS DE ACTOS DE DISCRIMINACION Y HOSTIGAMIENTO-Principio de irretroactividad de la ley penal

La Corte concluye que no hay lugar a pronunciarse sobre la exequiblidad de los artículos 134A y 134B del Código Penal por la presunta exclusión tácita de la categoría de identidad de género en los delitos de actos de discriminación y de hostigamiento, como quiera que la supuesta falencia normativa identificada por el actor ya fue subsanada por el legislador en la Ley 1752 de 2015, al incorporar a los tipos penales una cláusula residual que incorpora todos los potenciales factores de discriminación, incluida la identidad de género. De igual modo, tampoco hay lugar a fijar con efectos vinculantes el alcance de dichos preceptos antes de la entrada en vigencia de la referida ley, pues esto implicaría la violación del principio de irretroactividad de la ley penal, con el agravante de que el condicionamiento con efectos retroactivos no tiene consecuencia restrictivas sobre los tipos penales, sino justamente la ampliación de su contenido y alcance.

JUEZ CONSTITUCIONAL-Autonomía

UNIDAD NORMATIVA-Conformación/UNIDAD NORMATIVA-Alcance

UNIDAD NORMATIVA-Jurisprudencia constitucional

JUICIO DE CONSTITUCIONALIDAD-Alcance

CONTROL DE DEMANDA DE INCONSTITUCIONALIDAD-Carácter rogado

CONTROVERSIAS CONSTITUCIONALES-Configuración

CONTROL ABSTRACTO DE CONSTITUCIONALIDAD-Configuración integral de controversias judiciales planteadas por los demandantes

PROCESOS CONSTITUCIONALES-Diseño

DEMANDA DE INCONSTITUCIONALIDAD-Presentación por cualquier ciudadano/DEMANDA DE INCONSTITUCIONALIDAD-Escrutinio judicial nunca se activa por iniciativa del juez constitucional sino por demanda ciudadana o excepcionalmente por ministerio de la ley

PROCESOS CONSTITUCIONALES-Intervenciones

DEMANDA DE INCONSTITUCIONALIDAD-Control automático

CONTROVERSIAS CONSTITUCIONALES-Margen de maniobra del juez es limitado y reducido

TIPO PENAL-Alcance/DELITOS DE ACTOS DE DISCRIMINACION Y HOSTIGAMIENTO-Alcance frente a conductas punibles realizadas en razón de la identidad de género de la víctima

DELITOS DE ACTOS DE DISCRIMINACION Y HOSTIGAMIENTO-Presunción de constitucionalidad

DELITOS DE ACTOS DE DISCRIMINACION Y HOSTIGAMIENTO-Sentido y alcance de la expresión “orientación sexual” prevista en los artículos 58.3, 134A y 134B del Código Penal

CIRCUNSTANCIAS DE MAYOR PUNIBILIDAD FRENTE A ACTOS DE DISCRIMINACION Y HOSTIGAMIENTO-Ejecución de la conducta punible inspirada en móviles de intolerancia por razón de la orientación sexual

CIRCUNSTANCIAS DE MAYOR PUNIBILIDAD FRENTE A ACTOS DE DISCRIMINACION Y HOSTIGAMIENTO-Configuración/CIRCUNSTANCIAS DE MAYOR PUNIBILIDAD FRENTE A ACTOS DE DISCRIMINACION Y HOSTIGAMIENTO-Coincidencia entre el móvil discriminatorio del victimario y la condición objetiva de la víctima

CODIGO PENAL-Precepto demandado penaliza delitos motivados por la intolerancia y

discriminación referida al sexo de las personas

AGRAVACION PUNITIVA PARA DELITOS CUYO MOVIL ES LA INTOLERANCIA O DISCRIMINACION REFERIDA AL SEXO DE LAS PERSONAS-Alcance

Referencia: Expediente D-10948

Demanda de inconstitucionalidad contra los artículos 58.3, 134A y 134B de la Ley 599 de 2000, “por la cual se expide el Código Penal”

Actor:

Luis Eduardo Montealegre Lynett

Magistrado Ponente:

LUIS GUILLERMO GUERRERO PÉREZ

Bogotá D. C., dieciocho (18) de mayo de dos dieciséis (2016)

La Sala Plena de la Corte Constitucional, en ejercicio de sus atribuciones constitucionales, profiere la presente sentencia con fundamento en los siguientes

1. La demanda de inconstitucionalidad

I.1. Normas demandadas

En ejercicio de la acción pública de constitucionalidad, el ciudadano Luis Eduardo Montealegre Lynett presentó demanda de inconstitucionalidad contra los artículos 58.3, 134A y 134B de la Ley 599 de 2000, cuyo texto se transcribe y subraya a continuación:

“LEY 599 DE 2000

(julio 24)

Diario Oficial No. 44.097 de 24 de julio del 2000

EL CONGRESO DE COLOMBIA

Por la cual se expide el Código Penal

DECRETA:

(…)

ARTICULO 58. CIRCUNSTANCIAS DE MAYOR PUNIBILIDAD. Son circunstancias de mayor punibilidad, siempre que no hayan sido previstas de otra manera:

(…)

3. Que la ejecución de la conducta punible esté inspirada en móviles de intolerancia y discriminación referidos a la raza, la etnia, la ideología, la religión, o las creencias, sexo u orientación sexual, o alguna enfermedad o minusvalía de la víctima.

(…)

ARTÍCULO 134A. <Artículo adicionado por el artículo 3 de la Ley 1482 de 2011 y modificado por el artículo 2 de la Ley 1752 de 2015. El nuevo texto es el siguiente:> El Código Penal tendrá un artículo 134A del siguiente tenor: Actos de 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, discapacidad y demás razones de discriminación, 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 4o. < El Código Penal tendrá un artículo 134B del siguiente tenor:

Artículo 134B. <Artículo adicionado por el artículo 4 de la Ley 1482 de 2011 y modificado por el artículo 3 de la Ley 1752 de 2015. El nuevo texto es el siguiente:> Hostigamiento. 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 o discapacidad y demás razones de discriminación, 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.

I.2. Cargos

A juicio del accionante, los preceptos demandados vulneran los artículos 13, 16 y 93 de la Constitución Política, así como los artículos 1 y 5 de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, los artículos 4, 5 y 24 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, y los artículos 1, 2, 3 y 11 de la Convención Interamericana contra Toda de Forma de Discriminación e Intolerancia.

Según el actor, la transgresión anterior tiene un doble origen: (i) en primer lugar, porque las normas señaladas no prevén la identidad de género como categoría autónoma en función de la cual se pueden estructurar los delitos de actos de discriminación y el de hostigamiento, o en función de la cual se pueden agravar los hechos punibles cuando a la conducta típica subyace un móvil discriminatorio; (ii) y en segundo lugar, porque las disposiciones impugnadas no precisan que la orientación sexual, en función de la cual se configuran los delitos de actos de discriminación y de hostigamiento y la circunstancia de mayor punibilidad, comprende tanto la orientación sexual real, como la percibida por el victimario.

A continuación, se sintetizan los argumentos del demandante en relación con cada una de las presuntas falencias.

I.2.1. La falta de previsión de la categoría de identidad de género en los tipos de penales de actos de discriminación y de hostigamiento, y en las circunstancias de mayor punibilidad.

I.2.1.1. Según el peticionario, las normas controvertidas criminalizan los actos de discriminación y el hostigamiento, y contemplan como circunstancia de mayor punibilidad el móvil discriminatorio o de intolerancia en la ejecución de las conductas típicas previstas en el Código Penal. Es así como el artículo 58 del Código Penal establece como causal de agravación punitiva "que la ejecución de la conducta punible esté inspirada en móviles de intolerancia y discriminación", y los artículos 134A y 134B del mismo cuerpo normativo tipifican como delito la limitación arbitraria el pleno ejercicio de los derechos y la promoción de actos de hostigamiento orientados a producir daños, cuando a estas conductas subyace el móvil de la intolerancia y la discriminación.

Sin embargo, en ninguno de estos preceptos se habría contemplado la mayor punibilidad o la estructuración del hecho punible cuando el móvil de la conducta es el rechazo hacia la identidad de género de la víctima, sino otros factores como la raza, la etnia, la ideología, la religión, la nacionalidad, las creencias, el sexo o la orientación sexual. Así, en los términos del artículo 58.3 del Código Penal, los delitos se agravan cuando se encuentran inspirados en móviles de intolerancia y discriminación "referidos a la raza, la etnia, la ideología, la religión, o las creencias, sexo u orientación sexual o alguna enfermedad o minusvalía de la víctima" (art. 58.3 C.P.). Por su parte, el delito de actos de discriminación se configura cuando la obstrucción o restricción al ejercicio de los derechos se produce "por razón de la raza, nacionalidad, sexo u orientación sexual" (art. 134A C.P.), y el de hostigamiento cuando la conducta típica se despliega en razón de la "raza, etnia, religión, nacionalidad, ideología política o filosófica, sexo u orientación sexual" de la víctima (art. 134B C.P.).

Ahora bien, en la medida en que las categorías del sexo y de la orientación sexual, que sí se encuentran contempladas en la normatividad demandada, no son equiparables a la de identidad de género, ni esta última puede ser subsumida en alguna de las primeras, y como además las normas que tipifican delitos o agravan una sanción penal no son susceptibles de ser interpretadas o aplicadas extensiva o analógicamente, el efecto jurídico de la falta de previsión del elemento normativo señalado es la imposibilidad de aplicar los incrementos punitivos previstos en el artículo 58.3 del Código Penal, y de imputar los delitos previstos en los artículos 134A y 134B del mismo código, en aquellas hipótesis en las que la agresión se encuentra motivada por este factor. En últimas, entonces, la falencia normativa se traduce en un déficit de protección en contra de las personas que tienen una identidad de género diversa, porque carecen de las referidas herramientas de protección penal, pese a que conforman un grupo de especial protección constitucional, por ser un colectivo históricamente discriminado y por encontrarse en una situación de especial vulnerabilidad.

Por ello, aunque la Fiscalía General de la Nación ha encontrado que muchas víctimas de delitos son personas trans, que los hechos punibles se han cometido en razón de esta condición, y que los patrones de violencia en contra de estas personas son sustancialmente distintos de los que caracterizan las agresiones en contra de las personas lesbianas o gays, en razón del déficit legislativo, la entidad "no puede imputar las circunstancias de mayor punibilidad ni los tipos penales de actos de racismo o discriminación y hostigamiento, en

aquellos eventos en los que las víctimas son personas con identidad de género diversa y los delitos son motivados por esta diversidad".

I.2.1.2. A juicio del actor, esta exclusión tácita es insostenible desde la perspectiva constitucional, por dos razones básicas.

Primero, porque como consecuencia de la falencia legal, las personas que son víctimas de delitos en razón de su identidad de género solo cuentan con una protección legal precaria e insuficiente, ya que los actos de discriminación y de hostigamiento ejercidos en contra de ellos no pueden ser penalizados, y porque los otros delitos cometidos por esta forma de intolerancia tampoco pueden ser objeto de una mayor punibilidad.

Y segundo, porque como las normas demandadas fueron concebidas para brindar protección a los grupos históricamente discriminados, y como precisamente las personas con identidad de género diversa conforman un grupo de esta naturaleza, las disposiciones provocan una situación de desigualdad negativa entre este colectivo y los demás que se encuentran en una posición fáctica semejante y que en cambio sí cuentan con el blindaje legal: "el legislador omitió incluir dentro de esta protección constitucional a las personas cuya identidad diversa no deviene de una orientación sexual distinta, sino de una identidad de género diversa. Ambas hacen parte de categorías identitarias diferentes, pero padecen tratos discriminatorios injustificados equivalentes. Se trata de una paradoja constitucional: grupos poblacionales sujetos de especial protección constitucional que padecen discriminaciones similares perciben un tratamiento diferenciado por parte de las instituciones jurídico-penales, debido a una omisión del legislador. Por medio de esta omisión relativa, se disminuyen los efectos jurídicos del amparo e incluso, se producen escenarios indeseados de vulneración de derechos fundamentales, en virtud de la desigualdad negativa que genera la ausencia de reconocimiento de la identidad de género dentro de la regulación normativa expedida".

Y aunque el legislador detenta un amplio margen de configuración en la determinación de la política criminal del Estado, en esta oportunidad la exclusión normativa carece de justificación. De hecho, durante el proceso de aprobación parlamentaria de las normas impugnadas no se esgrimió ningún argumento que pudiera respaldar la medida restrictiva y, en general, la salvedad se produjo de manera inopinada e irreflexiva. Por el contrario, lo

que se puede concluir de la revisión de este trámite, es que el Congreso quiso sancionar todas las formas de discriminación, pero que de manera inadvertida, y por una confusión conceptual entre la identidad de género y la orientación sexual, dejó de prever la primera de éstas como categoría independiente y autónoma.

I.2.1.3. En este orden de ideas, las normas demandadas configuran una omisión legislativa relativa, por la falta de previsión de la referida categoría en los preceptos que tipifican los delitos de actos de discriminación y de hostigamiento, y que prevén el móvil de la intolerancia y de la discriminación como circunstancia de mayor punibilidad.

I.2.1.4. Este déficit debe ser enmendado por el juez constitucional mediante una sentencia integradora que introduzca el elemento omitido, determinando "que el término 'orientación sexual' consagrado en el numeral 3º del artículo 58, y en los artículos 134A y 134B de la Ley 599 de 2000, incluye la categoría 'identidad de género' real o percibida".

Esta modalidad decisional es amdisible en esta oportunidad ya que aun cuando en principio las sentencias integradoras en materia penal pueden comprometer el principio de legalidad, cuando se configura una omisión legislativa relativa, como precisamente ocurre en este caso, sí es viable esta forma de intervención judicial.

De hecho, en múltiples ocasiones la Corte ha adoptado decisiones análogas, como en los siguientes fallos: (i) en la sentencia C-878 de 2000[1] se introdujo un condicionamiento a la norma que excluía de la jurisdicción ordinaria los delitos comunes cometidos por miembros de la fuerza pública en servicio activo, precisando que se encontraban excluidas del conocimiento de la jurisdicción penal militar las conductas abiertamente contrarias a la función constitucional de la fuerza pública y que por su sola comisión rompan el nexo funcional del agente con el servicio; (ii) en la sentencia C-209 de 2007[2] se adicionó una norma del Código de Procedimiento Penal, en el sentido de que las víctimas de delitos pueden solicitar la práctica de pruebas anticipadas al juez de control de garantías; (iii) en la sentencia C-516 de 2007[3] también se adicionaron las normas procesales penales, en el sentido de que las víctimas pueden intervenir en la celebración de acuerdos y preacuerdos entre la Fiscalía y el imputado o acusado; (iv) y en la sentencia C-100 de 2011 se optó por la misma línea, al determinar que el delito de desaparición forzada se agrava cuando existe un vínculo matrimonial o una unión permanente entre el victimario y la víctima.

I.2.2. Indeterminación de la expresión “orientación sexual”

1.2.2.1. Según el accionante, los preceptos demandados adolecen de otra deficiencia porque aun cuando prevén la orientación sexual como categoría a partir de la cual se configuran los delitos de actos de discriminación y de hostigamiento, y a partir de la cual se agravan los hechos punibles cuando están mediados por un móvil de intolerancia, no se precisa que la orientación sexual no es solo aquella que realmente tiene la víctima, sino también la percibida por el victimario. Esta indeterminación se traduciría en un déficit de protección frente a las personas en cuya contra se ejercen actos de agresión, violencia y discriminación en razón de una presunta, aunque no real orientación sexual, porque en estos casos no resulta admisible imputar la circunstancia de mayor punibilidad prevista en el artículo 58.3 del Código Penal ni los delitos contemplados en los artículos 134A y 134B del mismo cuerpo normativo.

En efecto, tal como se expresó anteriormente, los artículos 134A y 134B del Código Penal tipifican los delitos de actos de discriminación y de hostigamiento para sancionar la restricción, la limitación o la obstrucción arbitraria de derechos o la promoción o instigación de actos constitutivos de hostigamiento, motivados en la orientación sexual; asimismo, el artículo 58.3 del mismo código prevé como circunstancia de mayor punibilidad la ejecución de la conducta típica inspirada en móviles de intolerancia o discriminación referidas a la orientación sexual.

Ahora bien, como los preceptos legales aludidos no aclaran que la referida categoría comprende no solo la orientación sexual real sino también la meramente percibida por el agresor, los operadores jurídicos pueden optar por una línea hermenéutica restrictiva, y entender que los delitos y la agravación punitiva solo se configuran cuando la conducta típica se realiza en razón de una orientación sexual real de las personas, más no cuando el agresor supone que la víctima tiene una orientación sexual diversa, y en razón de este supuesto ataca a la víctima, y su hipótesis resulta siendo contraria a la realidad.

Para ilustrar esta problemática, el accionante expone un caso reseñado por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos[4] en el que dos hermanos salieron abrazados de una fiesta y fueron atacados por un grupo de personas mientras les gritaban “mujercitas”, hasta el punto de que uno de ellos murió desangrado y el otro sufrió graves lesiones. Este hecho,

analizado desde la perspectiva de la legislación colombiana, podría traducirse en una desprotección legal de las víctimas, ya que aunque la conducta criminal fue motivada por la creencia de que los hermanos eran gays, en realidad esto no era así porque el abrazo tuvo una connotación fraternal, y así las cosas, fiscales y jueces podrían concluir válidamente que en estas hipótesis de orientación sexual diversa supuesta para el victimario, pero no real, no se configuran los delitos de actos de discriminación ni de hostigamiento, así como tampoco la circunstancia de mayor punibilidad.

1.2.2.2. Sin embargo, como en los casos de orientación sexual percibida las víctimas también se encuentran en una situación de vulnerabilidad, y como además es la percepción social, más allá de la realidad, la que moviliza las conductas criminales, en distintos escenarios de protección de derechos humanos se ha concluido que son estas creencias sobre la pertenencia a un grupo social determinado el criterio para establecer la protección legal y las categorías sospechosas de discriminación, y no la condición real y efectiva de las personas.

De hecho, operadores jurídicos en las instancias nacionales, internacionales y transnacionales han acogido este criterio más amplio, en el entendido de que "la percepción lo es todo". Así por ejemplo, el Tribunal de Asilo e Inmigración del Reino Unido concluyó que la persecución hacia ciertos grupos sociales debía ser comprendida, analizada y tratada jurídicamente a partir de las percepciones sociales, más que a partir de las condiciones reales de los individuos, y que, por ejemplo, "puede resultar de gran relevancia para un individuo si es homosexual o no pero, seguramente en el contexto de Jamaica, si un individuo es o no es homosexual , bisexual o asexual no es tan importante como la pregunta de si es percibido como homosexual"[5]. Dentro de esta misma línea se encontrarían algunas decisiones de instancias como ACNUR, el Consejo de Estado francés y la Comisión Internacional de Juristas, en relación con categorías como la condición migratoria, la nacionalidad, el género, la orientación sexual y la identidad de género.

1.2.2.3. En este orden de ideas, el demandante concluye que el silencio del legislador sobre el alcance de la expresión "orientación sexual" en los preceptos demandados, configura una omisión legislativa relativa, y que esta falencia debe ser enmendada por el juez constitucional mediante un condicionamiento a los preceptos impugnados, en el sentido de que la ley penal criminaliza, tanto por vía de la agravación punitiva, como por vía

de la tipificación, las agresiones motivadas por la intolerancia hacia las orientaciones sexuales diversas de las víctimas, incluso cuando la percepción del agresor no coincide con la realidad.

1.3. Solicitud

De acuerdo con las consideraciones anteriores, el accionante presenta dos solicitudes a esta Corporación: (i) que establezca "que el término 'orientación sexual' consagrado en el numeral 3º del artículo 58, y en los artículos 134A y 134B de la Ley 599 de 2000, incluye la categoría 'identidad de género' real o percibida"; (ii) que determine que la expresión "orientación sexual", contenida en los artículos 58.3, 134A y 134B del Código Penal, comprende tanto la orientación sexual real, como la meramente percibida.

2. Trámite procesal

2.1. Mediante auto del día 4 de septiembre de 2015, el magistrado sustanciador admitió la demanda.

2.2. Dentro del auto admisorio se decretaron las siguientes medidas en materia probatoria:

– Primero, se ordenó el traslado de los documentos que constan en el expediente D-10118, relacionados con la audiencia pública que se realizó en el marco de dicho proceso de constitucionalidad.

Este requerimiento se explica porque en la referida audiencia se debatieron asuntos que tienen un vínculo material con los que ahora se abordan, y porque por este motivo, el debate allí estructurado podría suministrar insumos y elementos de juicio para la valoración que deberá emprender la Corte. Es así como en dicho evento se analizaron cuestiones como las características del fenómeno discriminatorio y las manifestaciones del mismo en razón de la discapacidad, la raza y la orientación sexual, la idoneidad de las herramientas penales en la prevención y en la erradicación del fenómeno discriminatorio, y la compatibilidad de los tipos penales de actos de discriminación y de hostigamiento con las libertades individuales y los principios que orientan la política criminal del Estado.

En este orden de ideas, el magistrado sustanciador estimó necesario trasladar este

material, con el objeto de enriquecer el proceso deliberativo.

– Segundo, se requirió información a la Fiscalía General de la Nación sobre los siguientes aspectos puntuales que a juicio del demandante resultaban relevantes en el escrutinio judicial: (i) las diferencias en los patrones de discriminación y de violencia en razón de la orientación sexual y en razón de la identidad de género; en este sentido, se solicitó un informe que suministre y explique los hallazgos de la Fiscalía en esta materia, y que den cuenta de las diferencias en las dinámicas de discriminación y violencia en función de estos dos factores; (ii) las razones por las que la Fiscalía General de la Nación se ha encontrado impedida para imputar las circunstancias de mayor punibilidad y los tipos de penales de actos de discriminación y de hostigamiento en aquellos eventos en que las víctimas son personas con identidad de género diversa y los delitos son motivados por esta diversidad; en este sentido, se solicitó a la Fiscalía que indique los casos que han llegado a su conocimiento por la presunta realización de distintos actos de agresión en contra de las mujeres o de los hombres trans, y en los que no ha sido posible imputar las circunstancias de mayor punibilidad o los tipos penales previstos en los artículos 134A y 134B del Código Penal, en razón del déficit legislativo alegado; (iii) los procesos de investigación y acusación que se han adelantado en la Fiscalía por la presunta comisión de los delitos de actos de discriminación y de hostigamiento desde la entrada en vigencia de la Ley 1482 de 2011 hasta la fecha, con indicación del número de denuncias, casos archivados, imputaciones y acusaciones.

2.3. Se libraron las comunicaciones del caso, y, en consecuencia:

– Se corrió traslado de la demanda al Procurador General de la Nación.

– Se fijó en lista la disposición acusada, con el objeto de que fuese impugnada o defendida por cualquier ciudadano.

– Se invitó a participar dentro del proceso a las siguientes instituciones, para que se pronunciaran sobre las pretensiones de la demanda o para que suministran insumos técnicos para caracterizar el fenómeno discriminatorio en razón de la identidad de género, y determinar la eficacia de las herramientas penales en la prevención y en la erradicación del fenómeno discriminatorio, la conveniencia y la viabilidad de la extensión por vía judicial de los tipos penales, y la compatibilidad entre las leyes que penalizan la discriminación y las

libertades públicas: (i) El Instituto de Derecho Penal y Ciencias Criminológicas "José Vicente Concha" de la Universidad Sergio Arboleda, el Instituto de Ciencias Penales y Criminológicas de la Universidad Externado de Colombia, el Programa de Acción por la Igualdad y la Inclusión Social (PAIIS) de la Universidad de los Andes, y el Grupo de Investigación en Derecho Penal de la Universidad del Rosario; (ii) las facultades de Derecho de la Pontificia Universidad Javeriana, Sabana y Nacional de Colombia; (iii) la facultad de Ciencias Políticas de la Pontificia Universidad Javeriana; (iv) la Academia Colombiana de Jurisprudencia, la Comisión Colombiana de Juristas y el Instituto Colombiano de Derecho Procesal Constitucional; (v) Colombia Diversa, Instituto Pensar, y el Centro de Estudios Derecho, Justicia y Sociedad (Dejusticia).

3. Contenido de la audiencia pública de cuyos documentos se ordenó el traslado

3.1. Tal como se explicó en el acápite precedente, en el auto admisorio de la demanda se ordenó el traslado de los documentos relativos a la audiencia pública que se realizó en el marco del proceso D-10118, como quiera que en esta se abordaron temáticas que por su afinidad con las que se debaten en esta oportunidad, podrían suministrar insumos para el presente juicio de constitucionalidad.

Pasa entonces la Corte a sistematizar el debate que se estructuró en aquella oportunidad.

3.2. En primer lugar, el académico Juan Camilo Cárdenas, el experto Jaime Arocha, y representantes de las organizaciones Cimarrón, Colombia Diversa y PAIIS ofrecieron una caracterización del fenómeno discriminatorio y de algunas de sus manifestaciones puntuales.

En este sentido, Juan Camilo Cárdenas destacó dos rasgos. Por un lado, se sostuvo que la discriminación constituye un fenómeno estructural y sistémico que se encuentra vinculado inescindiblemente a los esquemas básicos de organización social, económica y política, y que, por tanto, los casos más visibles de intolerancia que se registran en los medios de comunicación constituyen tan solo una expresión puntual y superficial de problemáticas y dinámicas más profundas que deben ser identificadas, comprendidas y tratadas adecuadamente. Por otro lado, el referido experto enfatizó en que justamente por la connotación estructural de la discriminación, este fenómeno incide en forma decisiva en todas las esferas vitales de las personas, afectando negativamente la inclusión de distintos

segmentos sociales en los diferentes escenarios de la vida económica, política y cultural. Estudios experimentales darían cuenta de la manera en que factores como la raza o el género son determinantes en el acceso a los bienes sociales básicos como el trabajo o la educación; en el caso colombiano, por ejemplo, estudios de este tipo han demostrado que las personas afro-descendientes tienen menos probabilidad de ser vinculados laboralmente que otros grupos poblacionales, por el solo hecho de su color de piel o de su pertenencia étnica.

Coincidiendo con estas apreciaciones, la representante de PAIIS dio cuenta del vínculo entre las estructuras sociales y la exclusión sistemática de las personas con discapacidad. En este sentido, se explicó que a diferencia de lo que suele suponerse, la vulneración de los derechos de este colectivo proviene no tanto de actos individuales y deliberados de rechazo y exclusión, sino de las barreras físicas, arquitectónicas, comunicacionales y semejantes que se construyen colectivamente, aunque muchas de manera silenciosa e inadvertida. Inexistencia de rampas en los andenes, servicio público de transporte diseñado exclusivamente para personas que pueden caminar por sí mismas, medios de comunicación que no se ajustan a las peculiaridades de las personas sordas o ciegas, un sistema educativo que no permite la incorporación de niños con deficiencias sensoriales o mentales, entre muchos otros, constituyen el tipo de factores que moldean y dan forma a la discriminación.

Matizando la idea anterior, el representante de Cimarrón explicó que la discriminación tiene multiplicidad de manifestaciones, y que aunque en muchos contextos tiene un carácter impersonal, en otros escenarios el fenómeno sí responde a actos individuales y deliberados de odio, rechazo y exclusión, tal como ha ocurrido en Colombia con el rechazo consciente y deliberado hacia la población afrocolombiana, rechazo que en este caso sí ha tenido un componente de violencia y agresividad; y aunque estos elementos se han venido diluyendo o matizando a lo largo del tiempo, aún permanecen vigentes.

3.3. Un segundo núcleo de consideraciones giró en torno a la eficacia de la criminalización en la prevención y eliminación del fenómeno discriminatorio.

Una primera postura, representada por el académico Iván Garzón Vallejo y la representante de PAIIS, considera que la penalización constituye una herramienta precaria para combatir

esta problemática. Iván Garzón Vallejo sostuvo que la criminalización parte del falso supuesto de que los problemas sociales, económicos y culturales más profundos de una sociedad pueden ser afrontados punitivamente; por ello, la tipificación de los delitos de actos de discriminación y de hostigamiento no solo es ineficaz para combatir el fenómeno, sino que además es contraproducente, porque en lugar de prevenirlo y eliminarlo, fomenta y promueve una cultura de la sospecha, del miedo y de la intolerancia, sobredimensiona y distorsiona el problema, confiere el mismo tratamiento a conductas que tienen distinta gravedad, atribuye una connotación discriminatoria a conductas que originalmente no tenían este sesgo, y promueve una cultura de "lo políticamente correcto" en la que se mantienen los prejuicios sobre la raza, la etnia, la nacionalidad, la condición migratoria, el sexo o la orientación sexual, pero se ocultan y encubren bajo el manto de un lenguaje y unas maneras discretas y prudentes, pero mentirosas. Dentro de esta misma línea, la representante de PAIIS sostuvo que, en el caso específico de la discriminación en razón de la condición de discapacidad, la herramienta penal carece de eficacia, toda vez que la fuente de la vulneración de los derechos de las personas con discapacidad no proviene de los actos de rechazo y exclusión sancionados en los correspondientes tipos penales, sino de factores estructurales más profundos que son invisibilizados en la legislación.

Una segunda aproximación sugiere que la herramienta penal, aunque precaria e insuficiente, puede tener algún impacto en las dinámicas de discriminación. En este sentido, el experto César Rodríguez Garavito sostuvo que aunque la eficacia material de este tipo de leyes es escasa porque no atacan la dimensión estructural del problema sino conductas particulares que únicamente son el reflejo de las dinámicas sociales sobre las cuales se asienta la organización política, económica y social, pueden tener un impacto simbólico significativo que podría justificar su implementación. En cualquier caso, esta estrategia debería ser complementada con la creación de medidas promocionales de acción afirmativa, la participación empoderada de los grupos discriminados y la visibilidad estadística. Por su parte, Ana Margarita González afirmó que las estrategias para combatir la discriminación deben ser consistentes con su naturaleza, y atender a la pluralidad de sus manifestaciones; en este orden de ideas, debe diseñarse un entramado de medidas complementarias entre sí, las cuales no deben sustentarse exclusivamente en un modelo sancionatorio punitivo, sino también en un modelo sancionatorio no punitivo que apunte algunas expresiones puntuales del fenómeno, como las medidas pedagógicas, patrimoniales, policivas, administrativas y patrimoniales, y sobre todo, en acciones

afirmativas o de acción positiva, cuyo objeto es remediar los efectos estructurales del fenómeno, como la creación de oportunidades de movilidad social, y la neutralización de estereotipos creados en contextos micro-sociales. Finalmente, para el representante de Colombia Diversa la penalización constituye una herramienta de eficacia limitada, y en el caso de la discriminación en razón de la orientación sexual y de la identidad de género, debe ser complementada con medida prioritarias como el reconocimiento del matrimonio igualitario, la plena protección de los hijos de parejas del mismo sexo, el diseño e implementación de esquemas de protección de las personas trans, entre otros.

3.4. La tercera problemática abordada en la audiencia se refirió a la valoración de los artículos 134A y 134B del Código Penal, por su posible tensión con otros principios constitucionales.

Sobre este punto se presentaron distintas posturas. Para la primera de ellas, respaldada por la Fiscalía General de la Nación y por los académicos Mario Andrés Ospina y Juan Antonio Lascuraín Sánchez, sostiene que la penalización prevista en los preceptos cuestionados no se opone a las libertades fundamentales ni a los principios del derecho penal, y en todo caso, los eventuales choques de esta normatividad con los demás preceptos constitucionales, pueden ser solventados por vía interpretativa. En este sentido, se destacó que los tipos penales responden al amplio margen de configuración que detenta el legislador para diseñar e implementar la política criminal del Estado, y que, aunque eventualmente pueden implicar una restricción al ejercicio de las libertades de expresión, religiosa y de conciencia, esta limitación se encuentra justificada por la necesidad de materializar la prohibición de discriminación.

En contraste, para otros participantes los delitos en cuestión representan una amenaza para los derechos fundamentales.

A juicio de la Procuraduría General de la Nación, la ley partió de una visión manifiestamente inadecuada del principio de igualdad y de la prohibición de discriminación. Es así como los referidos tipos penales criminalizaron las conductas que no se ajustan a las ideas sociales dominante y “políticamente incorrectas”, e impusieron una suerte de igualitarismo en el que los particulares tienen la carga de garantizar el acceso de todas las personas a los bienes sociales y la de darles un trato equivalente en todas las esferas de la vida social,

independientemente de las diferencias empíricas entre ellas y de la relevancias que estas diferencias puedan tener, a pesar de que esta carga en realidad es únicamente atribuible al Estado.

En segundo lugar, porque a juicio del académico y experto Álvaro Paúl Díaz, la ley no satisface el estándar de generalidad, orientado a que todas las potenciales víctimas de la discriminación cuenten con la protección legal de orden penal, y no solo algunas de ellas. En este caso particular, aunque los tipos penales analizados se estructuraron en función de categorías abstractas como la raza, la etnia, la nacionalidad, el sexo y la orientación sexual, y no en función de grupos determinados (las mujeres, los indígenas, las personas transgénero), no se incluyeron todos los factores de intolerancia, como ocurrió en su momento con la condición de discapacidad, que no fue prevista originalmente en la Ley 1482 de 2011. El efecto jurídico de ello es que la ley no extiende su protección a todas las personas, sino únicamente a las minorías influyentes y visibilizadas.

Este peligro advertido "en abstracto" por el experto Álvaro Paúl Díaz, fue ratificado por el entonces congresista Carlos Alberto Baena, para quien los tipos penales demandados han sido utilizados en Colombia en beneficio de algunas pocas élites políticas, en perjuicio de otros colectivos que también se encuentran en una posición de vulnerabilidad y que también pueden ser víctimas de discriminación, tal como ocurre, precisamente, con las personas que profesan públicamente una religión. Y como el delito de actos de discriminación no sanciona penalmente las agresiones realizadas en función de las creencias religiosas, algunas minorías influyentes han utilizado la ley en favor suyo, contando con una especie de inmunidad legal para atacar a grupos políticos y religiosos, sin la amenaza de la sanción penal.

En tercer lugar, para los expertos Álvaro Paúl Díaz y Eduardo Bertoni tampoco se satisface el estándar de precisión, porque los tipos penales no indican de manera taxativa y precisa el repertorio de conductas prohibidas, ni tampoco los criterios para su individualización, y en su lugar, apelan a fórmulas vagas, ambiguas y equívocas, como ocurre con la calificaciones modales de la conducta como "la limitación arbitraria al pleno ejercicio de los derechos" o con definiciones circulares como la correspondiente al delito de hostigamiento, a través de una fórmula del tipo "promoción o instigación de conductas o comportamientos constitutivos de hostigamiento".

Finalmente, para Álvaro Paúl Díaz, Eduardo Bertoni e Iván Garzón Vallejo los tipos penales no satisfacen el estándar de proporcionalidad, porque con el propósito de sancionar la discriminación, se terminan anulando de manera injustificada las libertades individuales. Se trataría entonces de una normatividad autoritaria que censura las manifestaciones básicas de la libertad, que no asume los riesgos propios del uso inadecuado de la libertad, que hace depender la configuración del delito de la mayor o menor sensibilidad de las víctimas, sensibilidad que se incrementa exponencialmente día a día, y que termina por criminalizar actos que pueden ser tan solo actos contrarios a las buenas maneras, a las buenas costumbres o a ciertos modelos éticos.

4. Informe de la Fiscalía General de la Nación

Teniendo en cuenta el requerimiento del magistrado sustanciador a la Fiscalía General de la Nación, el día 5 de octubre de 2015 la referida entidad presentó un informe dando respuesta a los interrogantes planteados, tal como se indica a continuación. Sin embargo, no se suministró información sobre los casos de conocimiento de la entidad en los que, habiéndose cometido un delito contra una persona transexual en razón de esta condición, la punibilidad no pudo ser agravada por el déficit normativo alegado en la demanda, o en los que habiéndose ejecutado las conductas previstas en los artículos 134A y 134B del Código Penal contra estos mismos sujetos y por las mismas razones, el delito no pudo ser imputado por la restricción legal objeto de cuestionamiento.

4.1. Las dinámicas de la violencia motivada por la identidad de género y por la orientación sexual de la víctima

(i) A nivel institucional, se ha tendido a equiparar la identidad de género con la orientación sexual, ya que la policía judicial, los expertos forenses, los fiscales y los jueces asumen que las personas LGBTI conforman un grupo homogéneo, y que la agresión en contra de estos colectivos responde a los mismos patrones.

(ii) Según las estadísticas de la Fiscalía, del total de homicidios LGBTI ocurrido entre enero de 2005 y mayo de 2015, el 7.6% corresponde a mujeres lesbianas, el 71.8% a hombres gays, y el 16.1% a mujeres trans.

(iii) Normalmente en los homicidio LGBTI hay señales de sevicia, ensañamiento, tratos

crueles y tortura, lo que demuestra que, en términos generales, la actividad delictiva no solo está orientada a la supresión de la vida, que la violencia excede la finalidad homicida y que, en últimas, la víctima constituye un instrumento para transmitir mensajes sobre la necesidad de eliminar la diferencia, y para intimidar e infundir terror y miedo a los individuos que hacen parte de este grupo.

(iv) La violencia contra las personas con orientación sexual diversa supone el conocimiento, por parte del agresor, de las relaciones interpersonales de la víctima, bien sea por percibirlas directamente, o por inferirlas a partir de exteriorizaciones públicas o privadas de afecto entre los individuos. Estas manifestaciones, sin embargo, no son directamente accesibles al victimario porque pueden ser ocultadas a la sociedad hasta que se estime socialmente conveniente (por ejemplo, hasta que se adquiere la independencia económica), y porque estas expresiones no siempre son claras e inequívocas y, en consecuencia, pueden ser percibidas e interpretadas de distintos modos.

(v) El registro de homicidio de hombres gays es particularmente alto frente a los demás colectivos LGBTI. Este fenómeno se explica, entre otras cosas, por el mayor reconocimiento público y visibilidad de este sub-grupo y porque, en términos generales, éste tiene mayor nivel de confianza y de dominio del sistema judicial, dado que los gays y las lesbianas suelen ser más respetadas que las personas trans, y dado que, en promedio, sus estándares educativos y su capacidad económica son más altos, y gozan de mayores privilegios sociales.

Y aunque en muchas ocasiones la violencia contra los hombres gays es seguida de ataques a su patrimonio, se ha logrado determinar que no siempre el móvil de la agresión es el provecho económico sino la orientación sexual misma, aunque posteriormente el victimario obtenga un aprovechamiento de orden patrimonial, que en todo caso suele ser insignificante frente a la gravedad de la violencia ejercida. Y cuando la motivación sí es el robo, existe una predisposición en la selección de la víctima, originada en su orientación sexual.

Asimismo, una parte significativa de los hechos violentos contra hombres gays tiene origen en lugares de homosocialización como bares o redes sociales diseñadas específicamente para este grupo.

(vi) Los patrones de violencia en contra de mujeres lesbianas aún no han sido identificados con precisión, ya que normalmente las instituciones estatales la subsumen dentro de la categoría de violencia de género, asumiendo que la persona fue atacada por su condición de mujer, y no por su particular orientación sexual.

(vii) Las personas transgénero se encuentran más expuestas socialmente que aquellas que tienen una orientación sexual diversa, pues mientras en este último caso la visibilización social depende de demostraciones concretas y específicas de afecto que bien se pueden ocultar, así como de la decisión personal de hacer pública la orientación sexual, en el primero la visibilización del proceso de construcción de identidad es inevitable.

Esta circunstancia tiene como efecto colateral la restricción en el goce de los derechos, garantías y privilegios de este grupo social, por fenómenos como la expulsión del hogar a temprana edad, las limitaciones en el acceso a la educación, y las dificultades para la incorporación al mercado laboral calificado. La confluencia de todos estos factores conduce a que normalmente las personas transgénero vivan en contextos de marginalidad que las hace más vulnerables a actos de agresión y de violencia en su contra.

(viii) La violencia contra las mujeres trans reviste particular gravedad, ya que por el contexto en el que se desenvuelven son juzgadas no solo por su identidad, sino también porque son asociadas a males sociales como el hurto, el micro-tráfico, el exhibicionismo, el proxenitismo, el consumo de drogas, la prostitución y la transmisión de enfermedades sexuales. Esta misma circunstancia no solo ha provocado el crecimiento en los hechos violentos en contra de este grupo, sino también que en ocasiones sean las propias instituciones públicas las que realizan estos actos de agresión, tal como ocurre con los hechos de violencia policial, ampliamente conocidos y documentados.

(ix) También ha existido dificultad para identificar los patrones de violencia contra los hombres trans, nuevamente porque las agresiones contra estas personas son interpretadas y procesadas como una modalidad de violencia de género. Aunque hasta el momento no existe documentación sobre casos de homicidio contra hombres transgénero, sí se han registrado abusos por parte de las autoridades públicas hacia estas personas que podrían tener origen en esta condición específica.

4.2. Estadísticas sobre los delitos de actos de discriminación y de racismo.

Al respecto, la Fiscalía reportó la siguiente información:

(i) Se han presentado 417 denuncias por los referidos delitos, de las cuales 277 se encuentran en indagación preliminar, dos en investigación, una en juicio, 104 archivadas, y 33 en estado inactivo por causas distintas al archivo, como la extinción de la acción penal por desistimiento, la inasistencia del querellante y del querellado, conciliación con acuerdo, y acumulación por conexidad procesal.

(ii) Se han formulado cinco imputaciones y cinco acusaciones.

5. Intervenciones[6]

5.1. Intervenciones que solicitan la declaratoria de exequibilidad simple (Academia Colombiana de Jurisprudencia[7], Ministerio del Interior[8], Alliance Defending Freedom[9], Centro de Investigación en Política Criminal de la Universidad Externado de Colombia[10])

Según los intervinientes señalados, los preceptos demandados deben ser objeto de una declaratoria de exequibilidad simple.

5.1.1. Con respecto a la falta de incorporación de la categoría de identidad de género en las normas que tipifican los delitos de actos de discriminación y de hostigamiento (arts. 134A y 134B C.P.), y que establecen como circunstancias de mayor punibilidad el móvil de la intolerancia en la realización de los hechos punibles (art. 58.3 C.P.), se sostiene que el presunto déficit legislativo ya fue enmendado en la Ley 1752 de 2015, y que, en cualquier caso, no existe un deber del Estado de criminalizar la modalidad de discriminación alegada por el peticionario, y que, aun existiendo, el juez constitucional no se encuentra habilitado para ampliar el poder represivo del Estado mediante la introducción de nuevos elementos en las normas penales analizadas.

5.1.1.1. En efecto, en relación con los artículos 134A y 134B del Código Penal, actualmente carece de sentido el pronunciamiento judicial, como quiera que la Ley 1752 de 2015 estableció una categoría residual para sancionar los actos de intolerancia allí previstos en razón de cualquier móvil discriminatorio, y que, por obvias razones, comprende el de la identidad de género. Es así como actualmente el delito de actos de discriminación se

configura cuando de manera arbitraria se obstruye, impide o limita el pleno ejercicio de los derechos de las personas por razón de su raza, nacionalidad, sexo, orientación sexual, discapacidad y “demás razones de discriminación”. Análogamente, el hostigamiento se perfecciona cuando se promueven o instigan actos, conductas o comportamientos constitutivos de hostigamiento, orientados a causarle daño físico o moral a la víctima en razón de su etnia, raza, religión, nacionalidad, ideología política o filosófica, sexo u orientación, discapacidad “y demás razones de discriminación”. En este orden de ideas, actualmente la legislación sanciona implícitamente los actos de discriminación y el hostigamiento fundados en la identidad de género, de modo que la normatividad demandada no adolece del déficit que se le atribuyó en el escrito de acusación, y por ende no hay lugar a la intervención judicial, salvo para definir el alcance de los delitos antes de la entrada en vigencia de la Ley 1752 de 2015[11].

5.1.1.2. Por lo demás, en realidad el legislador no estaba obligado a imponer la sanción penal exigida por el actor, no solo porque no hay lugar a penalizar todas las conductas que cuestionen los intereses e inclinaciones individuales, como las derivadas de la identidad de género, sino también porque la criminalización constituye una herramienta muy precaria del Estado para enfrentar el fenómeno discriminatorio.

En efecto, la identidad de género es un fenómeno difuso que tiene como trasfondo las propias experiencias y preferencias personales, y el Estado no tiene el deber de criminalizar las conductas que cuestionen los intereses e inclinaciones individuales[12].

Además, en la medida en que la herramienta penal carece de la idoneidad para enfrentar exitosa y eficazmente el fenómeno de la discriminación por razones de identidad de género, el legislador no está obligado a sancionar penalmente las correspondientes conductas[13]. En efecto, la criminalización constituye un instrumento muy precario del Estado para modular la conducta humana, motivo por el cual solo se puede apelar a este mecanismo en casos extremos cuya gravedad amerite la intervención en este nivel invasivo de la libertad individual, y solo cuando la penalización sea consistente con la naturaleza del fenómeno cuya neutralización se requiere. En este caso, sin embargo, como la discriminación por razones de identidad de género obedece a prejuicios construidos socialmente, la represión penal no tiene la virtualidad de deconstruir y de sustituir los imaginarios sociales, y, por el contrario, la problemática puede ser enfrentada mediante herramientas alternativas más

eficaces, como la intensificación y robustecimiento de los mecanismos de protección directa a las comunidades LGBTI. De hecho, la pretensión del demandante de que se sancione esta nueva modalidad de discriminación carece toda base empírica, pues en el escrito de acusación no se aportó ningún insumo o elemento de juicio sobre la incidencia o repercusión que pueda tener la criminalización en la prevención y eliminación de la discriminación, ni sobre su idoneidad y necesidad en relación con los demás instrumentos de política pública[14].

5.1.1.3. Finalmente, incluso suponiendo que el legislador se encuentra constitucionalmente obligado a penalizar la discriminación en razón de la identidad de género, no sería viable la intervención judicial propuesta por el accionante.

En efecto, este presunto deber de criminalización constituye un estándar constitucional reciente que se fijó con posterioridad a la expedición del Código Penal, y no es admisible para el juez constitucional valorar la legislación a partir de referentes estructurados con posterioridad a su expedición. En este orden de ideas, corresponde al Congreso, y no al juez constitucional, la incorporación a la legislación de nuevos elementos o ingredientes normativos en los tipos penales existentes, a efectos de adecuarla a las nuevas realidades y a los nuevos estándares de protección[15].

Además, el juez tiene vedada la posibilidad de extender el alcance de unos tipos penales que, en sí mismos considerados, son problemáticos desde la perspectiva constitucional. La razón de ello es que por la forma en que fueron configurados, los delitos de actos de discriminación y el de hostigamiento anulan los derechos reconocidos en el derecho internacional de los derechos humanos. Esto ocurre porque aun cuando el principio de igualdad y la prohibición de discriminación constituyen normas de derecho imperativo, en cualquier caso tienen la misma jerarquía abstracta de los demás derechos y libertades individuales, y pese a ello, la fórmula legislativa termina por sobredimensionarlos, por adjudicarles un carácter absoluto e incondicionado y una jerarquía superior, por desconocer el contenido de los demás derechos, como el derecho a la identidad, la libertad religiosa, la libertad de asociación y la libertad de expresión, y por debilitar de manera injustificada y desproporcionada, en nombre de unas minorías, el pluralismo de opiniones y el disenso, necesario en cualquier democracia[16].

5.1.2. Con respecto a la presunta indeterminación del concepto de orientación sexual, por no haberse precisado que la protección legal prevista en las normas demandadas se extiende no solo a la orientación sexual real sino también a la meramente percibida por el victimario, se sostiene igualmente que no hay lugar a la declaración interpretativa, por las siguientes razones: (i) primero, porque la orientación sexual no constituye una categoría sospechosa de discriminación que obligue al legislador a penalizar las agresiones que tengan este móvil[17]; (ii) segundo, porque no existe un estándar constitucional que haga imperativa la penalización de la discriminación en razón de la orientación sexual meramente percibida, y en caso de existir, este estándar se estructuró con posterioridad a la expedición del Código Penal, y no resulta admisible valorar la legislación a la luz de estos nuevos criterios[18]; (iii) tercero, la extensión del alcance del tipo penal contraviene los principios de legalidad, necesidad y ultima ratio, por las mismas razones esbozadas en el acápite inmediatamente anterior[19]; (iv) por último, corresponde al órgano legislativo, y no al juez constitucional, valorar la necesidad de extender el espectro de la protección penal[20].

5.2. Intervenciones que solicitan un exhorto al Congreso Nacional para que regule el alcance de la expresión "identidad de género" (Ministerio del Interior[21]).

El interviniente referido solicita a esta Corporación que exhorte al Congreso Nacional "para que desarrolle el contenido de la categoría 'identidad de género real o percibida" en el Código Penal Colombiano". A su juicio, no es al juez constitucional a quien corresponde definir la política criminal del Estado, ni valorar la legislación a la luz de estándares que se estructuran y consolidan con posterioridad a la expedición de las leyes, sino el propio legislador quien debe definir los delitos y las penas, según las variaciones en el contexto social y en el contexto normativo.

5.3. Intervenciones que solicitan una sentencia integradora que incorpore la categoría de identidad de género en los tipos penales de actos de discriminación y de hostigamiento, así como en las circunstancias de mayor punibilidad (Grupo de Litigio de Interés Público de la Universidad del Norte[22], Caribe Afirmativo, Grupo de Acciones Públicas de la Pontificia Universidad Javeriana[23]).

5.3.1. Los intervinientes señalados solicitaron a esta Corporación acoger las pretensiones de

la demanda, y por ende, expedir una sentencia integradora que incorpore a los artículos 58.3, 134A y 134B del Código Penal el elemento normativo propuesto en el escrito de acusación, con el objeto de que se configuren los delitos de actos de discriminación y de hostigamiento, así como una circunstancia de mayor punibilidad de los delitos, cuando las conductas punibles sean motivadas por la identidad de género de la víctima.

5.3.2. Siguiendo la misma línea argumentativa del accionante, los intervinientes sostienen, por un lado, que la inclusión de la identidad de género dentro de las normas penales demandadas constituye un imperativo constitucional, y por otro, que las disposiciones impugnadas no prevén esta categoría, y que, por tanto, es necesaria su incorporación por vía judicial a través de una sentencia integradora.

5.3.3. Así, se sostiene que el legislador estaba obligado a prever en las disposiciones penales el elemento reseñado, al menos desde dos puntos de vista: de un lado, porque si la herramienta de protección penal se otorgó a grupos históricamente discriminados, y si precisamente este colectivo se encuentra en esta posición de desventaja[24], negarles este mecanismo constituiría una nueva forma de discriminación; y de otro lado, porque no prever este mecanismo de defensa para las personas con identidad de género diversa desconoce la obligación del Estado de brindarles una protección reforzada.

En efecto, el artículo 58.3 del Código Penal prevé las circunstancias de mayor punibilidad de los delitos cuando son ejecutados por razones de intolerancia o discriminación referidas a la raza, la etnia, la ideología, la religión, las creencias o la orientación sexual, y los artículos 134A y 134B del mismo cuerpo normativo consagran los delitos de actos de discriminación y de hostigamiento, cuando la restricción de los derechos o los actos de hostigamiento son ejecutados por estos mismos motivos. Como puede advertirse, las personas con identidad de género diversa no son beneficiarias de la normatividad penal aludida, ya que, ni los delitos mencionados, ni la circunstancia de agravación punitiva aludida, se estructuran en función de esta condición sino en función de otros criterios como el sexo y la orientación sexual, y no es posible entender que la identidad de género queda subsumida en alguna de estos dos conceptos, dada la diferencia analítica entre todos éstos, y dada la necesidad de interpretar restrictivamente los tipos penales por el principio de legalidad y de favorabilidad.

5.3.5. En este orden de ideas, y debido al déficit de protección de este colectivo y a la desigualdad negativa que existe entre este grupo y los demás que sí cuentan con una herramienta legal para la garantía de sus derechos, el juez constitucional debe enmendar la falencia normativa mediante la introducción de la categoría de identidad de género en los preceptos demandados.

5.4. Intervenciones que solicitan una sentencia interpretativa en la que se determine que la identidad de género se encuentra comprendida dentro de las categorías del sexo o de la orientación sexual (Programa de Acción por la Igualdad y la Inclusión Social –PAIIS- de la Universidad de los Andes, Área de Derecho de la Universidad del Rosario[25] y Dejusticia-Colombia Diversa[26])

5.4.1. Los intervinientes señalados estiman que el legislador se encuentra constitucionalmente obligado a penalizar los actos de discriminación y el hostigamiento en razón de la identidad de género, así como a prever como circunstancia de mayor punibilidad la realización de delitos motivados por razones de intolerancia referidos a esta misma identidad. Sin embargo, estiman que la preceptiva legal no adolece del déficit normativo que el accionante le atribuye, porque, aun cuando las referidas disposiciones no contienen expresamente la categoría en cuestión, las de sexo y de orientación sexual, sí previstas en las normas demandadas, correctamente entendidas, incluyen y comprenden aquella otra. Por tanto, mediante una sentencia interpretativa el juez constitucional puede aclarar el sentido y alcance de los preceptos atacados para que los tipos penales y la circunstancia de mayor punibilidad se configuren cuando la conducta típica esté motivada por la identidad de género de la víctima, y para que por este medio se pueda satisfacer el imperativo constitucional de protección, sin que por otro lado se extienda o amplíe el poder punitivo del Estado por vía judicial[27].

En este entendido, el argumento de los intervinientes tiene la siguiente estructura: (i) primero, se demuestra la existencia del imperativo constitucional de penalización, en los términos señalados anteriormente; (ii) segundo, se demuestra la inexistencia de una omisión legislativa relativa, indicando las razones por las que las categorías de sexo o de orientación sexual, previstas en la normatividad demandada, comprenden la de identidad de género; (iii) y finalmente, se indican las razones por las que esta línea hermenéutica debe ser acogida por el juez constitucional, mediante una sentencia interpretativa.

5.4.2. Con respecto al deber constitucional del criminalización, se reiteran los argumentos del escrito de acusación y de los intervinientes que solicitan una sentencia integradora, esbozados en el acápite inmediatamente anterior.

Adicionalmente, se aclara que este deber de penalización existe independientemente de que las personas transexuales sean víctimas del tipo de discriminación que según la sentencia C-671 de 2014[28] fue acogida en el Código Penal al tipificar los delitos de actos de discriminación y de hostigamiento, es decir, de la discriminación propia de los delitos de odio.

La razón de ello es que en la Ley 1752 de 2015 el legislador abandonó este modelo, porque sancionó cualquier modalidad de discriminación y no solo aquella que se ajusta al arquetipo de los delitos de odio, y en este sentido se criminaliza, por ejemplo, la que se ejerce en contra de las personas con discapacidad, que evidentemente no obedece a sentimientos de rechazo y animadversión hacia este colectivo. Así las cosas, el odio no puede considerarse actualmente como elemento subjetivo del tipo, tal como se entendió en la sentencia C-671 de 2014, y, por ende, no se puede supeditar la consagración de la sanción penal a que los delitos contra las personas transexuales estén atravesados por este componente

Esta nueva línea hermenéutica, además, tendría la virtualidad de coincidir con la aproximación generalizada en la comunidad jurídica sobre la naturaleza y alcance de la sanción de estas formas de agresión. En efecto, actualmente se entiende que en delitos como el feminicidio, la tipificación o la agravación se configura, no en razón de los sentimientos de odio o de animadversión, sino en función de la intencionalidad de mantener relaciones de subordinación y dominación entre el victimario y la víctima. Por ello, el análisis no debe recaer en la noción de crimen de odio sino en la noción del perjuicio surgido en contextos hetero-patriarcales[29].

5.4.3. Con respecto al fundamento de la línea hermenéutica propuesta, en el sentido de que en el contexto de los 58.3, 134A y 134B del Código Penal las expresiones “sexo” y “orientación sexual” incluyen la identidad de género, se presentan tres tipos de argumentos:

– En primer lugar, en la comunidad jurídica se ha tendido a asimilar la identidad de género y la orientación sexual, tal como se puede evidenciar en la propia jurisprudencia de

la Corte Constitucional, corporación que tan solo hasta el año 2014 comenzó a decantar la diferenciación conceptual, en las decisiones de distintos organismos de los sistemas mundial y regional de derechos humanos, y en las instancias locales de protección de derechos como la Unidad para la Atención y Reparación Integral a las Víctimas y el Ministerio del Interior[30].

Asimismo, los instrumentos internacionales de derechos humanos usualmente prohíben la discriminación en razón del sexo y no en razón de la orientación sexual ni de la identidad de género, y no obstante ello, los operadores jurídicos han entendido que esta prohibición comprende estas otras dos modalidades de discriminación, tal como consta en las Observaciones del Comité de Derechos Humanos de la ONU, del Comité sobre los Derechos Económicos, Sociales y Culturales y del Comité de la CEDAW, y en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

Siendo este el entendimiento dominante en la comunidad jurídica, debe concluirse que cuando el legislador penalizó la discriminación o el hostigamiento en razón del sexo, y cuando agravó los delitos cuya motivación es la intolerancia basada en el sexo de la víctima, pretendía también sancionar las conductas motivadas en la identidad de género[31].

– En segundo lugar, la discriminación por la orientación sexual y por la identidad de género tienen el mismo origen y obedecen a los mismos patrones, pues en uno y otro caso los actos de agresión, violencia e intolerancia se explican, desde la perspectiva del agresor, porque la víctima ha roto el modelo heterosexual dominante, y se acude al delito para crear, mantener y potencializar los sistemas preponderantes de sexualidad, y para afianzar y reforzar las jerarquías propias del sistema hetero-normativo. En razón de estas similitudes estructurales en los patrones y en las dinámicas delincuenciales, el tratamiento penal de la discriminación debe ser equivalente en uno y otro caso[32].

– Por último, propiamente hablando, la diferenciación entre el sexo y el género sería artificiosa, ya que en ambos casos se trata de construcciones e invenciones sociales diseñadas como mecanismo de control y poder, y en ambos casos la diferenciación entre hombres y mujeres constituye una reducción ilegítima a dos arquetipos únicos. Existiendo entonces esta semejanza estructural entre ambas categorías, carecería de todo sentido y

de toda justificación sancionar exclusivamente la discriminación por el sexo y no por el género; incluso, este tratamiento diferenciado en materia penal podría configurar una hipótesis de discriminación indirecta, en cuanto el espectro de protección de las normas penales resultaría insuficiente frente a realidades que son asimilables[33].

5.4.4. Finalmente, la tercera línea argumentativa se orienta a demostrar que el juez constitucional se encuentra habilitado, y también obligado, a expedir una sentencia interpretativa que aclare el alcance de los preceptos demandados.

En efecto, aunque en la sentencia C-671 de 2014[34] la Corte se abstuvo de incluir la categoría de discapacidad en los tipos penales hoy demandados, sobre la base de que la declaración judicial recaería sobre materias en las que el legislador detenta un amplio margen de configuración, de que la intervención del juez constitucional implicaría introducir nuevos elementos o ingredientes a normas penales, y de que la declaración judicial tendría como efecto jurídico la ampliación del poder punitivo del Estado, sin que por otro lado la eficacia de tal penalización sea verificable, las particularidades del presente caso sí justifican el condicionamiento requerido. Tres razones explican esta conclusión.

Segundo, en múltiples oportunidades el juez constitucional ha apelado a sentencias de constitucionalidad condicionada de disposiciones penales, incluso cuando el efecto jurídico de dicha intervención ha sido el incremento de las conductas sancionadas penalmente, tal como ha ocurrido en las sentencias C-878 de 2000[37], C-317 de 2002[38], C-798 de 2008[39], C-029 de 2009[40] y C-100 de 2011[41]. En estos fallos judiciales se ha restringido la competencia de la justicia penal militar para juzgar no solo los crímenes de tortura, desaparición forzada y genocidio previstos originalmente en la legislación penal, sino también todas las conductas contrarias a la función constitucional de las Fuerzas Armadas y las que rompen el nexo causal con el agente (sentencia C-878 de 2000); en el delito de desaparición forzada se eliminó el requisito sobre la pertenencia del sujeto activo a un grupo armado al margen de la ley (sentencia C-317 de 2002); se ha amplió el repertorio de sujetos activos y pasivos de distintos delitos, especialmente en el contexto de los derechos de las parejas del mismo sexo, en el caso de los delitos de inasistencia alimentaria, malversación y dilapidación de bienes familiares, violencia intrafamiliar y amenazas a testigo, y desaparición forzada (sentencias C-798 de 2000, C-029 de 2009 y C-100 de 2011)[42].

Por último, aunque no es claro que la herramienta penal tenga una eficacia preventiva frente al fenómeno discriminatorio, esta circunstancia por sí sola no le resta legitimidad a la penalización de estas conductas, porque en todo caso la criminalización cumple una función retributiva[43], y la declaración judicial no configura una restricción indebida a la libertad de expresión porque propiamente, ni en el delito de hostigamiento ni en el de actos de discriminación se sanciona el discurso, sino tan solo las actuaciones que tienen por objeto o efecto la limitación, la restricción o la obstrucción del ejercicio de los derechos, o la provocación de un daño físico o moral a un colectivo históricamente discriminado[44].

5.5. Intervinientes que solicitan una sentencia interpretativa en la que se determine que la orientación sexual es la orientación sexual real y la percibida (Área de Derecho de la Universidad del Rosario y Programa de Acción por la Igualdad y la Inclusión Social de la Universidad de los Andes – PAIIS)-

Los intervinientes referidos estiman que la Corte debe condicionar la interpretación de la expresión "orientación sexual" prevista en los artículos 58.3, 134A y 134B del Código Penal, aclarando que los delitos de actos de discriminación y de hostigamiento y la circunstancia de agravación punitiva se configuran no solo cuando la víctima es una persona con identidad de género diversa, sino también cuando el victimario supone que la tiene, y el móvil de la conducta prohibida es esta percepción.

A su juicio, en la vida real la violencia basada en prejuicios no depende de las condiciones objetivas de la víctima sino de la percepción social y de la propia percepción del victimario sobre la víctima. Para ilustrar este punto, en la intervención de la Universidad del Rosario se refiere un caso en el que una persona fue víctima del delito de homicidio en razón de una identidad de género percibida que no necesariamente corresponde a la realidad. En este sentido, se sintetizan los hechos que rodearon la muerte de una menor de edad a manos de quien fuera su pareja sentimental y de un amigo de este último, caso en el que se pudo evidenciar que el acto criminal fue motivado por la creencia de que la víctima sostenía relaciones lésbicas, creencia que nunca fue corroborada y que correspondía, presuntamente, a rumores infundados sobre sus inclinaciones y preferencias afectivas y sexuales.

En este escenario, entonces, el móvil de la intolerancia previsto en el artículo 58.3 del

Código Penal constituye una circunstancia subjetiva de mayor punibilidad, de modo que en estas hipótesis el criterio relevante es la propia percepción del agresor sobre las condiciones de la víctima, independientemente de que esta percepción coincida con la realidad objetiva.

Por ello, y para disipar cualquier duda en torno al alcance de las normas demandadas, la Corte debe aclarar que la causal de agravación punitiva se configura no solo cuando la víctima tiene efectivamente una identidad de género diversa, sino también cuando el victimario así lo asume, aun cuando esta apreciación no se ajuste a la realidad.

6. Concepto del Ministerio Público

Mediante concepto rendido el día 7 de diciembre de 2015, la Procuraduría General de la Nación presentó a esta Corporación dos requerimientos: en primer lugar, como pretensión principal, solicitó la declaratoria de inexequibilidad de los artículos 134A y 134B de la Ley 599 de 2000 y la exequibilidad simple del artículo 59 de la misma ley; y como pretensión subsidiaria, pidió la declaratoria de exequibilidad de todos estos estos preceptos, en relación con los cargos propuestos y analizados, debido a la inexistencia de la omisión legislativa relativa propuesta por el actor. A continuación se indican los argumentos que respaldan cada una de estas peticiones.

6.1. La solicitud de declaratoria de inexequibilidad de los artículos 134A y 134 B del Código Penal

El Ministerio Público estima que los preceptos legales que tipifican los delitos de discriminación y de hostigamiento deben ser declarados inexequibles, por su oposición al principio de igualdad, a las libertades públicas, y en particular a las libertades de expresión, de conciencia y de religión, y a los principios que deben orientar la política criminal del Estado, como los de legalidad, lesividad y ultima ratio.

Ahora bien, en la medida en que la demanda de inconstitucionalidad está orientada, no a evaluar la pretensión de retirar los referidos preceptos del sistema jurídico sino a extender su alcance, y en la medida en que los cargos del escrito de acusación son materialmente distintos de los que ahora plantea la Vista Fiscal, la defensa de la Procuraduría se encamina, por un lado, a demostrar la competencia de la Corte para efectuar el juicio de

constitucionalidad en los términos y con el alcance propuesto por esta entidad, más allá del planteado por el accionante, y por otro, a acreditar la incompatibilidad entre las disposiciones acusadas y el ordenamiento superior.

A continuación se explican sucintamente los dos tipos de consideraciones.

6.1.1. Competencia de la Corte para pronunciarse sobre la pretensión de inexequibilidad de los preceptos impugnados

6.1.1.1. La Vista Fiscal estima que no solo no es admisible el requerimiento del demandante para que se amplíe el alcance de los preceptos legales que consagran los delitos de actos discriminación y de hostigamiento por vía de una sentencia integradora, sino que, además, al ser estos tipos penales contrarios al ordenamiento superior, deben ser declarados inexequibles por este tribunal. No obstante, como quiera que esta problemática no fue esbozada por el actor en el escrito de acusación, escrito que en principio constituye el punto de referencia del escrutinio judicial, la entidad expone las razones por las cuales esta corporación estaría habilitada para declarar la inexequibilidad de estas disposiciones a partir de cargos no propuestos en la demanda que dio lugar al presente proceso judicial.

6.1.1.2. En este sentido, la entidad aclara que, aunque en principio el escrutinio judicial se estructura en función de los cargos planteados en la demanda de inconstitucionalidad que activa el proceso judicial, en hipótesis excepcionales el juez constitucional se encuentra facultado para ampliar el espectro de juicio de validez, y para abordar la valoración de señalamientos no propuestos originalmente en el escrito de acusación.

En efecto, sin perjuicio de la prohibición del control oficioso de la legislación, la Corte podría alterar el alcance y los términos del juicio de constitucionalidad propuesto en la demanda, en al menos dos hipótesis: (i) primero, cuando se satisfacen las condiciones para la integración normativa, y cuando por esta vía, el control recae sobre disposiciones legales no atacadas en la demanda de inconstitucionalidad; (ii) y segundo, cuando se advierte una inconstitucionalidad “grosera”, es decir, abierta, flagrante e indiscutible, o cuando se pone de presente a lo largo del proceso judicial por alguno de los intervinientes o por el propio Ministerio Público.

Y cuando el juez constitucional valora señalamientos no esbozados en el escrito de acusación porque fueron esgrimidos posteriormente durante el desarrollo del debate constitucional o porque salen a flote vicios graves que ameritan la intervención judicial, la extensión del escrutinio judicial se justifica desde varias perspectivas: (i) de un lado, aunque las competencias de la Corte Constitucional deben ser ejercidas en los estrictos términos del artículo 241 de la Carta Política, esta misma norma, que le atribuye la función de resolver las demandas de inconstitucionalidad, de ninguna manera circunscribe el análisis a la valoración de los cargos del escrito de acusación; desde esta perspectiva, entonces, la Corte se encuentra facultada para evaluar señalamientos diferentes a los esgrimidos expresamente por quien activó el control constitucional; (ii) y de otro lado, las competencias de este tribunal deben ser ejercidas en función de su misión institucional, que consiste justamente en preservar la integridad y supremacía de la Carta Política; y si a lo largo de un proceso judicial se pone en evidencia la oposición entre el precepto legal objeto del escrutinio judicial y el ordenamiento superior, se impone a la Corte el deber de pronunciarse sobre este presunto déficit.

A partir de este análisis, la entidad concluye que no existe una prohibición absoluta para abordar el examen de cargos no planteados en la demanda de inconstitucionalidad y que, por el contrario, ello depende de que se evidencie una inconstitucionalidad “grosera”, o de que la controversia haya sido planteada en el proceso judicial por algunos de los intervinientes o por la propia Procuraduría General de la Nación.

6.1.1.3. Partiendo de estas premisas, la Vista Fiscal analiza el caso concreto, esgrimiendo las razones por las cuales estima viable el pronunciamiento judicial con el alcance propuesto, y que apunta, no a demostrar la necesidad de introducir un nuevo ingrediente a los delitos de actos de discriminación y de hostigamiento, sino a acreditar la incompatibilidad de tales normas con el ordenamiento superior, y, por ende, la necesidad de declarar su inexequibilidad.

En este sentido, la Vista Fiscal considera que la extensión en el escrutinio judicial se justifica por la confluencia de las siguientes razones:

(i) Primero, porque las normas impugnadas ya han sido objeto de un amplio y profundo debate constitucional, no solo en el marco del presente proceso, sino también en el marco

de los que dieron lugar a las sentencias C-282 de 2013[49] y C-671 de 2014[50].

En el primer caso, el demandante estimó que los tipos penales previstos en las normas demandadas eran incompatibles con diversos principios y derechos constitucionales, y en particular con el principio de igualdad, con las libertades de expresión, de religión y de conciencia, y con algunos principios del derecho penal. Si bien en su momento la Corte se abstuvo de valorar estas acusaciones al considerar que no se habían satisfecho las condiciones para estructurar el juicio de constitucionalidad, la controversia quedó planteada desde aquel entonces, y tanto la Procuraduría como una parte significativa de los intervinientes sentaron su posición sobre esta problemática.

Por su parte, el proceso que dio lugar a la sentencia C-671 de 2014 fue particularmente decisivo en este sentido, por las siguientes razones: (i) primero, porque en el marco de este proceso se celebró una audiencia pública en la que estructuró un auténtico debate sobre la posible oposición entre la normatividad demandada y el ordenamiento superior; y en este escenario, distintos actores manifestaron que los delitos de discriminación y hostigamiento no satisfacían el umbral mínimo de tolerancia, que no preveían un tratamiento diferencial para los discursos especialmente protegidos, que tenían un efecto intimidatorio irrazonable en razón de la naturaleza penal de la sanción, que desconocían la interdependencia e igual jerarquía de los derechos humanos al otorgar una prevalencia absoluta e incondicionada al principio de igualdad y a la prohibición de discriminación en detrimento de la libertad de expresión, de conciencia y de religión, que los términos en que fueron consagrados impedían determinar con precisión el catálogo de conductas prohibidas, en perjuicio del principio de legalidad, y que como sancionan conductas que no siempre tienen la potencialidad de vulnerar el principio de igualdad, podrían quebrantar en estas hipótesis el principio de lesividad y el de la utilización del derecho penal como última ratio; (ii) porque la Vista Fiscal solicitó expresamente a esta Corporación la declaratoria de inexequibilidad de los referidos preceptos, y por esta vía se reabrió nuevamente el debate constitucional; (iii) porque en la referida sentencia la Corte se abstuvo de extender el alcance de los tipos penales, en otras razones, por existir cuestionamientos concretos y precisos a la ley por la posible afectación de las libertades públicas y de los principios básicos del derecho penal; es decir, la Corte no solo fue receptiva a la controversia, sino que además la asumió como propia y estructuró sus decisiones en función de tal proceso deliberativo, de modo que la ratio decidendi del fallo giró justamente en torno a esta problemática.

Y finalmente, en el presente proceso la misma Procuraduría General de la Nación reiteró las razones de la inconstitucionalidad de la ley, de modo que al día de hoy el debate ya ha madurado suficientemente en el escenario judicial.

(ii) En segundo lugar, el debate constitucional no solo se ha desarrollado progresivamente en los estrados judiciales, sino que además existe una inconstitucionalidad abierta, palmaria e indiscutible de los preceptos demandados, tal como se explicará a continuación, y esta circunstancia también habilita por sí sola a la Corte para pronunciarse sobre la exequibilidad de las referidas normas, dada su misión institucional de garantizar la integridad y supremacía de la Carta Política.

6.1.1.4. En este orden de ideas, antes de abordar la problemática planteada por el accionante, la Corte debería establecer si la normatividad demandada se ajusta a la preceptiva constitucional, teniendo en cuenta los señalamientos que tanto la propia Procuraduría como la academia, la ciudadanía y otros actores sociales han formulado en su contra tanto en el marco de este proceso, como en el de los otros trámites judiciales señalados anteriormente.

6.1.2. Razones de la inconstitucionalidad de los delitos de discriminación y de hostigamiento

6.1.2.1. Una vez indicadas las razones que justifican el análisis de cargos no planteados por el demandante, la Vista Fiscal expone las razones de la inconstitucionalidad de la normatividad impugnada.

6.1.2.2. En primer lugar, los delitos de actos de discriminación y de hostigamiento desconocen el principio y el derecho a la igualdad, e incluso podrían provocar nuevas y más graves formas y modalidades de discriminación, en la medida en que tales tipos penales parten de una comprensión y de un entendimiento manifiestamente inadecuado de la igualdad, al asimilarla con la exigencia de dar un trato idéntico a todos los sujetos de derecho, independientemente de las diferencias fácticas constitucionalmente relevantes entre ellos que podría justificar, e incluso hacer necesario, un tratamiento diferenciado. Adicionalmente, el efecto probable de la normatividad acusada no es la garantía del principio de igualdad material, sino la imposición de las convicciones e intereses de ciertas minorías o grupos a la colectividad en su conjunto, para que actúen y se expresen de

acuerdo con tales preferencias, so pena de ser criminalizados. En últimas, entonces, por vía de la penalización, se deja “la persecución e imposición de unos sobre otros al criterio ilimitado y arbitrario de los jueces de turno”.

6.1.2.3. En segundo lugar, los términos de la tipificación impiden determinar con claridad y precisión el catálogo de conductas prohibidas y sancionadas, en la medida en que no se establece un sujeto activo específico o calificado, no se especifican los criterios para individualizar las conductas constitutivas del impedimento, obstrucción o restricción de los derechos ajenos o del hostigamiento, y se consagran fines tan amplios y generales, que en últimas, casi cualquier comportamiento podría encuadrar dentro de estas categorías genéricas. Así las cosas, los preceptos demandados contravienen directamente el principio de legalidad.

6.1.2.4. En tercer lugar, la criminalización de estas conductas tiene la potencialidad de anular o restringir indebidamente las libertades individuales como la libertad de expresión, la libertad de conciencia y la libertad de religión.

Este peligro se explicaría por la confluencia de las siguientes circunstancias: (i) primero, porque los preceptos demandados dotan al derecho a la igualdad de una jerarquía supra constitucional que termina por desconocer la interdependencia e igual jerarquía de los derechos, y por quebrantar los demás derechos, libertades y garantías constitucionales; (ii) porque los términos vagos, genéricos y ambiguos en que fueron redactados los tipos penales permiten sancionar cualquier conducta que implique un trato diferencial entre sujetos, incluso cuando este trato se encuentre protegido constitucionalmente, por ser la manifestación de principios, derechos o garantías previstas en la Carta Política.

Esta amenaza latente resulta particularmente peligrosa porque la sanción penal se orienta a criminalizar facetas de las libertades públicas que cuentan con una protección reforzada en la Carta Política y en los instrumentos internacionales de derechos humanos, y en particular, conductas discursivas que deberían estar blindadas frente al aparato represivo del Estado. Tal como se indicó en la sentencia C-671 de 2014[51], la Ley 1482 de 2011 apunta a sancionar la dimensión discursiva de la libertad, como lo demuestra el hecho de que los actos denunciados ante, y procesados por la Fiscalía General de la Nación, se enfilan hacia esta modalidad de actos verbalizados: las afirmaciones de un sacerdote sobre la

ineptitud de las personas con orientación sexual diversa para adoptar, las aserciones de una congresista en Twitter sobre el futuro del alma de Gabriel García Márquez y de Fidel Castro en el infierno o sobre el 'síndrome de Estocolmo" que padecería una víctima de las FARC, las aseveraciones de un político sobre el 'cáncer' que representan para el pueblo colombiano las problemáticas asociadas a los indígenas o a los desplazados, las afirmaciones de una líder religiosa sobre las enseñanzas de la Biblia acerca las limitaciones de las personas 'sin un brazo' o 'minusválidas', los asertos de un dirigente deportivo sobre el carácter enfermizo de la homosexualidad, o el comentario burlesco en Twitter de un estudiante por la trágica muerte de 32 niños en un bus incendiado, debido a su origen costeño.

6.1.2.5. En cuarto lugar, en este caso se apeló al máximo poder represivo del Estado para atacar conductas cuya inconstitucionalidad es dudosa, cuando el principio de lesividad exige que esta herramienta sea utilizada en hipótesis excepcionales, cuando no existen otros mecanismos idóneos para prevenir las conductas que se pretenden evitar, y existe una necesidad imperiosa de reprimirlas por ser abiertamente contrarias a la preceptiva constitucional. En este sentido, entonces, la normativa acusada supone "el ejercicio desmedido de la más severa herramienta de intervención o restricción de la libertad de las personas con la que cuenta el Estado de Derecho para, supuestamente, intentar promover la igualdad, pero en realidad, restringiendo desproporcionadamente otras libertades y derechos igualmente fundamentales para las personas y esenciales para una auténtica sociedad libre y democrática".

6.1.2.6. De hecho, en pronunciamientos anteriores la propia Corte Constitucional ha reconocido el peligro iusfundamental que representa la normatividad demandada. En la ya mencionada sentencia C-671 de 2014[52], por ejemplo, este tribunal debía establecer si había lugar a extender el alcance de los tipos penales, para que los delitos de discriminación y de hostigamiento se estructuraran en función de la categoría de discapacidad. Este tribunal respondió negativamente a este interrogante, argumentando que las restricciones y las violaciones de los derechos de las personas con discapacidad no se produce por el tipo de discriminación previsto en la legislación penal, que por vía judicial no era posible introducir nuevos elementos al tipo penal que se tradujeran en una ampliación en el poder punitivo del Estado, y que en todo caso tampoco era factible extender el alcance de disposiciones legales respecto de las cuales existían

cuestionamientos concretos y plausibles a su constitucionalidad, por su aparente oposición con el propio principio de igualdad, con las libertades públicas, y con los principios que orientan la formulación de la política criminal del Estado. De este modo, entonces, la propia Corte ha acogido como propias las dudas sobre la constitucionalidad de los preceptos demandados, y sobre esta base ha configurado sus decisiones judiciales.

6.1.2.7. En definitiva, las disposiciones legales que tipifican los delitos de discriminación y de hostigamiento deben ser valoradas no solo a partir de los cargos propuestos por el accionante, sino también a la luz de los señalamientos de la Vista Fiscal que acreditan la oposición de las mismas con el propio derecho a la igualdad, con las libertades de expresión, de conciencia y de religión, y con los principios de legalidad, ultima ratio y lesividad del derecho penal. Esto, en cuanto el debate propuesto ya se encuentra madurado en la comunidad jurídica, y en cuanto existen indicios claros, ciertos y concretos sobre la inconstitucionalidad de los referidos preceptos. Este análisis debe conducir a la declaratoria de inexequibilidad de los tipos penales demandados.

6.2. La solicitud de declaratoria de exequibilidad de los preceptos demandados

6.2.1. Por otra parte, la Vista Fiscal solicita a esta Corporación que declare la exequibilidad del artículo 58.3 del Código Penal, que establece como circunstancia de mayor punibilidad la ejecución de la conducta punible inspirada en móviles de intolerancia y discriminación, y, de manera subsidiaria, la exequibilidad de los artículos 134A y 134B del mismo cuerpo normativo, que consagran los delitos de discriminación y de hostigamiento, en caso de que la Corte opte por no retirarlos del ordenamiento jurídico. En uno y otro caso la decisión se explicaría porque ninguno de los preceptos demandados adolece del déficit que le atribuye el accionante y porque, en consecuencia, no se configura la omisión legislativa con fundamento en la cual se estructuró la demanda de inconstitucionalidad.

La defensa de esta pretensión se estructura a partir de dos tipos de argumentos: (i) de una parte, se sostiene que el legislador no tenía el deber jurídico de criminalizar, ni por vía de la tipificación ni por vía de la agravación punitiva, la discriminación en razón de la orientación sexual ni en razón de la identidad de género; (ii) y de otra parte, se argumenta que incluso existiendo este deber, el juez constitucional no se encuentra facultado para introducir los correspondientes ingredientes normativos en los preceptos impugnados.

6.2.2. Con respecto al primer argumento, se expresa que la pretensión del demandante parte de la falsa premisa a la luz de la cual el legislador tendría la obligación de penalizar la discriminación fundada en la orientación sexual o en la identidad de género de la víctima, cuando en realidad este deber es inexistente.

6.2.2.1. Para defender esta tesis, la Vista Fiscal introduce una serie de consideraciones sobre la condición jurídica de las categorías de identidad de género y de orientación sexual, concluyendo que tienen un status precario dentro del ordenamiento jurídico, y que a partir de estas categorías difusas y controvertibles no se podría configurar el deber constitucional del legislador supuesto por el accionante en el escrito de acusación.

En efecto, a su juicio la identidad de género y la orientación sexual no constituyen criterios constitucionalmente vinculantes, porque no existe en el ordenamiento jurídico colombiano ningún mandato que les otorgue la condición, ni de criterio sospechoso de discriminación, ni de pauta constitucionalmente relevante de diferenciación jurídica entre las personas. Por este motivo, la demanda se sustenta en instrumentos normativos que no son constitucionalmente vinculantes y que tampoco integran el bloque de constitucionalidad, como son los Principios de Yogyakarta y la Convención Interamericana contra Toda Forma de Discriminación e Intolerancia; los primeros ni siquiera son un tratado, y por ende no son susceptibles de ser suscritos por el Estado colombiano, y la segunda aún no ha sido incorporada al derecho interno.

Propiamente hablando, las referidas categorías son únicamente la expresión de la ideología de género, es decir, de "una pseudoteoría con pretensiones de cientificidad que, contra-fácticamente, sostiene que las diferencias entre el varón y la mujer, a pesar de las obvias diferencias genéticas, anatómicas y psicológicas, no están determinadas necesariamente por el sexo biológico (…) y que por el contrario, estas diferencias son el producto de la cultura de una época y lugar determinados, que le asigna a cada grupo de personas una serie de características que se explican por las convicciones de las estructuras sociales de dicha sociedad. Y que, como consecuencia de esto (…) lo masculino y lo femenino se reducen a 'roles' que cada quien asume libremente según la orientación sexual que elija". Sobre esta base débil que desconoce la realidad ontológica y constitutiva de la persona, y que únicamente se orienta a demostrar la irrelevancia del sexo en la determinación de la

identidad sexual de las personas y la exaltación y sobredimensionamiento de la autonomía personal, no se podría construir un imperativo constitucional.

Y no solo no son un estándar constitucional, sino que además estas categorías chocan abiertamente con las directrices de la Carta Política y de los instrumentos internacionales de derechos humanos, que en cambio optan directa y deliberadamente por acoger los datos biológicos sexuales de las personas como criterio constitucionalmente relevante de diferenciación entre los individuos.

Es así como el artículo 13 de la Carta Política establece que el sexo como dato biológico constituye un criterio legítimo para hacer la diferenciación entre hombres y mujeres, y varios preceptos del mismo cuerpo normativo apelan a la diferenciación sexual para fijar efectos jurídicos; es así como el artículo 42 dispone que la familia se constituye por la decisión libre de un hombre y de una mujer de contraer matrimonio o por la voluntad responsable de conformarla, y el artículo 43 determina que el hombre y la mujer tienen iguales derechos y oportunidades. En el mismo sentido, otros instrumentos de los sistemas mundial y regional de derechos humanos acogen esta misma directriz, tal como se evidencia en la siguiente normatividad: (i) los artículos 1.1. y 17.2 de la Convención Americana de Derechos Humanos, que proscriben la discriminación por razones de sexo y reconocen la distinción sexuada para efectos matrimoniales, respectivamente; (ii) la Convención para la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer, cuyo primer artículo prohíbe la discriminación fundada en el sexo y reconoce la diferenciación biológica entre hombre y mujer.

Así las cosas, en la medida en que la orientación sexual y particularmente la identidad de género constituyen artificios teóricos diseñados para blindar las preferencias personales, y no auténticos estándares constitucionales, el legislador no estaba obligado a sancionar penalmente la discriminación fundada en tales categorías.

6.2.2.2. Además, incluso suponiendo que esas categorías tuviesen el status que el accionante les atribuye, tampoco existe el deber de criminalización supuesto en la demanda de inconstitucionalidad.

La razón de ello es que el legislador detenta un amplio margen de configuración de la política criminal del Estado que lo habilitaba para no criminalizar los actos de discriminación

y de hostigamiento en razón de estos criterios. Por ello, aunque la prohibición de discriminación comprende cualquier manifestación de la misma y aunque el Estado tiene el deber de prevenir y combatir la discriminación en contra de todos grupos y minorías históricamente discriminados, de lo anterior no se desprende la necesidad de otorgar efectos penales a este deber genérico de protección, por cuanto la herramienta penal constituye un mecanismo de última ratio, y máxime cuando la identidad de género no constituye un criterio sospechoso de discriminación.

Además, aunque el legislador si sancionó penalmente la discriminación fundada en la orientación sexual, a partir de esta previsión normativa no se podría justificar su extensión a la identidad de género, pues se trata de categorías autónomas y no asimilables: mientras la orientación sexual es el resultado de una elección personal que parte de la distinción sexuada entre las personas, la segunda apunta destruir el parámetro constitucional del sexo y la distinción objetiva entre hombres y mujeres. En otras palabras, mientras la orientación sexual no supone un quebrantamiento de un estándar constitucional como lo es el sexo de las personas, el segundo sí, y esta diferencia constitucionalmente relevante habilita al legislador para fijar un tratamiento diferenciado en la normatividad penal.

Por último, como los términos en que fueron previstos los delitos de discriminación y de hostigamiento tiene un alto nivel de indeterminación, de modo que por esta vía se terminan criminalizando una amplia de conductas, incluso aquellas que no representan una lesión grave al principio de igualdad, la extensión del tipo de penal debe operar de manera excepcional, y frente a conductas o modalidades de discriminación cuya represión constituye un imperativo, lo cual no ocurre en la hipótesis analizada. En conclusión, “como la condición amplia del tipo descarta que se trate de un deber de mínimos, se concluye que tampoco hay un imperativo de incluir grupos o móviles discriminatorios, por el riesgo de terminar por criminalizar la conducta como primera ratio, en lugar de hacerlo solo en los casos más graves. En suma, como no se trata de un caso donde el legislador desconoce un mínimo constitucional, no existiría una vulneración a una obligación penal sino incluye todo tipo de grupos en el referido tipo”.

6.2.3. En segundo argumento de la Vista Fiscal apunta a demostrar que incluso suponiendo que el legislador tuviese el deber constitucional de penalizar la discriminación en razón de la identidad de género, no es viable la extensión de las normas penales demandadas por vía

judicial. A juicio de la Procuraduría, el juez constitucional no se encuentra habilitado para introducir un nuevo elemento en los tipos penales que se traduzca en la ampliación del poder represivo del Estado, ni cuando existen cuestionamientos concretos, ciertos y plausibles a la constitucionalidad del referido tipo penal, tal como se expuso en la sentencia C-671 de 2014[53], cuando se evaluó la pretensión de extender los delitos de discriminación y de hostigamiento a las conductas típicas ejecutadas en razón de la condición de discapacidad.

6.3. De acuerdo con las consideraciones anteriores, la Vista Fiscal solicita a esta Corporación, en primer lugar, declarar la inexequibilidad de los artículos 134A y 134B del Código Penal, y la exequibilidad del artículo 59.3 del mismo cuerpo normativo, por los cargos analizados. Y, en segundo lugar, de manera subsidiaria, solicita que todos estos preceptos sean declarados exequibles por los cargos analizados, por la inexistencia de la omisión legislativa relativa propuesta por el demandante.

II. CONSIDERACIONES

1. Competencia

En virtud del artículo 241.4 de la Carta Política, esta Corporación es competente para pronunciarse sobre la constitucionalidad de los textos demandados, como quiera se trata de un enunciado contenido en una ley de la República.

2. Asuntos a resolver

2.1. De acuerdo con los antecedentes expuestos, la Corte debe resolver los siguientes asuntos.

2.2. En primer lugar, debe establecerse la viabilidad y el alcance del pronunciamiento judicial, ya que a lo largo del proceso se pusieron en evidencia dos circunstancias que eventualmente podrían, o tornar inocua, o hacer necesaria la extensión del juicio de constitucionalidad propuesto en el escrito de acusación.

Por un lado, la Academia Colombiana de Jurisprudencia y la Universidad del Rosario aclararon que los artículos 134A y 134B fueron reformados por la Ley 1752 de 2015, y que con esta modificación decaía el fundamento de los reparos del demandante sobre el

alcance restrictivo de los delitos de actos de discriminación y de hostigamiento. En efecto, para el accionante los referidos tipos penales se configuran cuando los actos de agresión están motivados por la raza, la nacionalidad, el sexo, la orientación sexual, la etnia, la religión o de la ideología política o filosófica de las víctimas, más no cuando el móvil es su identidad de género. Sin embargo, actualmente esta acusación carecería de referente normativo, como quiera que el artículo 2 de la Ley 1752 de 2015 modificó los artículos 134A y 134B del Código Penal, en el sentido de que tanto el delito de actos de discriminación como el de hostigamiento se perfeccionan cuando la conducta típica se despliega "por razón de las (…) demás razones de discriminación". Así las cosas, la Corte debe establecer si hay lugar a un pronunciamiento judicial a pesar de la cláusula residual reseñada.

Y, por otro lado, la Procuraduría General de la Nación solicita a esta Corporación la declaratoria de inexequibilidad de los preceptos demandados, a partir de cargos no planteados por el demandante ni por los demás intervinientes en el proceso judicial. En efecto, a juicio de la Vista Fiscal, el déficit normativo de las disposiciones que tipifican los delitos de actos de discriminación y de hostigamiento no radica en su alcance restringido por no sancionar las agresiones motivadas por la identidad de género, sino en que los términos en que se consagraron estos tipos penales anulan las libertades de conciencia, de expresión y de religión, hacen nugatorios los principios que deben orientan la política criminal del Estado, como los principios de legalidad, tipicidad, lesividad y de mínima intervención, y finalmente, terminan por desconocer la naturaleza del principio de igualdad y de la prohibición de discriminación. Como puede advertirse, el Ministerio Público plantea, en relación con los mismos preceptos impugnados por el demandante, una controversia sustancialmente distinta de la esbozada originalmente, por lo cual, esta Corte debe establecer si es factible el examen judicial propuesto por la Vista Fiscal.

Teniendo en cuenta lo anterior, la Corte debe determinar la viabilidad y el alcance del pronunciamiento judicial, absolviendo dos interrogantes: (i) primero, si hay lugar al juicio de constitucionalidad en relación con los artículos 134A y 134B del Código Penal por la presunta falta de previsión de la categoría de identidad de género, teniendo en cuenta que el artículo 2 de la Ley 1752 de 2015 incorporó a los delitos de actos de discriminación y de hostigamiento una cláusula residual de discriminación; (ii) y segundo, si hay lugar a valorar las acusaciones de la Procuraduría General de la Nación en relación con los preceptos que tipifican los delitos de actos de discriminación y de hostigamiento, por su presunta

oposición con las libertades públicas, con los principios del derecho penal, y con el principio de igualdad, cuestionamientos que no fueron esbozados ni por el demandante ni por los intervinientes.

2.3. En caso de ser procedente el examen judicial anterior, la Corte establecerá la compatibilidad de los preceptos demandados con el ordenamiento constitucional, y en particular lo siguiente:

Por un lado, si las normas legales que tipifican los delitos de actos de discriminación y de hostigamiento anulan, restringen de manera injustificada o desconocen el derecho a la igualdad, las libertades individuales o los principios que orientan el derecho penal, y si, por tanto, deben ser retiradas del ordenamiento jurídico mediante una declaratoria de inexequibilidad.

Y por otro lado, si los preceptos demandados vulneran el principio de igualdad por desconocer el deber del Estado de proteger a las minorías históricamente discriminadas y de combatir eficazmente toda modalidad de discriminación, por dos razones: (i) primero, por no sancionar penalmente, ni por vía de la agravación punitiva ni por vía de la tipificación, los ataques y las agresiones motivadas por la identidad de género de las víctimas, mientras que sí se sancionan cuando están motivadas por su raza, etnia, nacionalidad, ideología, la religión, creencias, sexo, orientación sexual o condición de discapacidad; (ii) segundo, por no sancionar penalmente, ni por la vía de la agravación punitiva ni por vía de la tipificación, las agresiones motivadas por una orientación sexual que se atribuye a la víctima, pero que no corresponde a sus inclinaciones y preferencias emocionales y sexuales reales.

2.4. A continuación se abordarán estos interrogantes.

3. Viabilidad del escrutinio en relación con los artículos 134A y 134B del Código Penal, por la expedición de la Ley 1752 de 2015

3.1. Tal como lo indicaron algunos de los intervinientes, los artículos 3 y 4 de la Ley 1482 de 2011, que tipificaron los delitos de actos de racismo o discriminación y el de hostigamiento respectivamente, fueron modificados por los artículos 3 y 4 de la Ley 1752 de 2015 en el punto cuestionado por el demandante.

En efecto, originalmente el denominado delito de “actos de racismo o discriminación” se configuraba cuando la limitación arbitraria al pleno ejercicio de los derechos de las personas, se realizaba en razón de la raza, de la nacionalidad, del sexo o de la orientación sexual de la víctima[54]; y por su parte, el de hostigamiento se perfeccionaba cuando la promoción o instigación de actos, conductas o comportamientos constitutivos de hostigamiento, orientados a provocar daño a una persona o grupo de personas, comunidad o pueblo, se realizaba en razón de su raza, etnia, religión, nacionalidad, ideología política o filosófica, sexo u orientación sexual[55]. Es decir, la ley contemplaba un repertorio cerrado de factores de discriminación.

Posteriormente, sin embargo, los artículos 2 y 3 de la Ley 1752 de 2015 modificaron los preceptos legales anteriores, introduciendo una cláusula residual que permite criminalizar las conductas típicas desplegadas en razón de cualquier factor de discriminación. De este modo, el hoy denominado delito de “actos de discriminación” se perfecciona cuando se impide, obstruye o restringe arbitrariamente el pleno ejercicio de cualquier derecho en razón de la raza, nacionalidad, sexo, orientación, condición de discapacidad de la víctima, o por las “demás razones de discriminación”. Análogamente, el delito de hostigamiento se perfecciona cuando la promoción o instigación de las conductas orientadas a producir un daño físico o moral a una persona, grupo de personas, comunidad o pueblo, se produce en razón de su raza, etnia, religión, nacionalidad, ideología política o filosófica, condición de discapacidad, o “por las demás razones de discriminación”.

Bajo esta fórmula, entonces, la legislación colombiana incorporó el denominado “estándar de generalidad”, al que según parte de la doctrina deberían estar sometidas las leyes que criminalizan la discriminación[56]. Y este esquema proporciona dos tipos de garantías: de una parte, se asegura que la defensa se otorga, no en función de la pertenencia a un grupo determinado, sino en función de una condición personal susceptible dar lugar a hechos o conductas discriminatorias; y por esta vía la ley protege a todos los grupos susceptibles de ser discriminados, y no solo a algunas minorías, en detrimento de otras con menor visibilidad; así, se tutelan las convicciones religiosas y no a los católicos o a los judíos per se, se ampara la raza y la etnia y no a los blancos, los negros o a los indígenas como tal, o se protege el sexo, y no particularmente a las mujeres. Y de otra parte, la ley sanciona todas las condiciones susceptibles de provocar actos y conductas discriminatorias, y no solo algunas de ellas, como ocurría antes de la entrada en vigencia de la Ley 1752 de 2015,

en la que el espectro de protección se extendía únicamente a la raza, la etnia, la nacionalidad, el sexo y la orientación sexual, en el caso del delito de actos de discriminación, y a la raza, la etnia, la religión, la nacionalidad, la ideología política o filosófica, el sexo y la orientación sexual, en el caso del delito de hostigamiento, dejando por fuera condiciones relevantes como el estado de salud, la lengua, el estado civil, el pasado judicial, la condición migratoria, la condición socio-económica, entre muchas otras.

Y pese a que la reforma normativa entró en vigencia antes de la fecha en que fue presentado el escrito de acusación[57], la demanda se entabló en contra del texto ya derogado, sin tener en cuenta las alteraciones introducidas en la Ley 1752 de 2015, y sobre esta base se estructuraron los señalamientos. Es así como en la demanda se transcribe como texto demandado el que corresponde a los artículos 3 y 4 de la Ley 1782 de 2011, y los cargos parten de la premisa de que los delitos de actos de discriminación y de hostigamiento criminalizan las conductas punibles realizadas en función de un catálogo cerrado de criterios de discriminación, dentro del cual no se encontraría comprendido el de la identidad de género.

En este orden de ideas, corresponde a la Corte determinar el efecto jurídico de la circunstancia anterior, es decir, del hecho de que los cargos de la demanda hayan prescindido del referido elemento normativo; en particular, se debe establecer si hay lugar a un pronunciamiento de fondo en relación con las acusaciones frente a los artículos 134A y 134B del Código Penal por no incluir la categoría de la identidad de género, cuando actualmente estos preceptos ya tienen incorporada una cláusula residual de factores de discriminación.

3.2. Existen tres posibles respuestas al interrogante anterior: (i) por un lado, podría entenderse que habiéndose superado el déficit normativo, no hay lugar a un pronunciamiento de fondo, y que por tanto, la Corte debe emitir un fallo inhibitorio; (ii) en segundo lugar, podría pensarse que aunque efectivamente el legislador enmendó la presunta falencia identificada por el accionante, la intervención judicial tiene sentido a efectos de que se dilucide el alcance de los delitos demandados antes de la entrada en vigencia de la Ley 1752 de 2015; (iii) finalmente, también podría entenderse que la reforma normativa no torna inocuo el análisis propuesto por el demandante, ya que aunque la Ley

1752 de 2015 efectivamente amplió el alcance de los delitos objeto de la demanda al introducir una cláusula residual de factores de discriminación, en todo caso no incorporó expresamente la categoría de identidad de género, que es justamente la insuficiencia que según el accionante torna inconstitucionales los preceptos impugnados.

3.3. La Corte estima que no hay lugar a la revisión judicial en relación con los artículos 134A y 134B del Código por el cargo referido a la falta de inclusión de la categoría de la identidad de género, en la medida en que, por un lado, con la reforma legal se superó, aunque tácitamente, el déficit que el accionante atribuía a los preceptos demandados, y en la media en que, por otro lado, no corresponde a la Corte definir el alcance de los tipos penales antes de la entrada en vigencia de la Ley 1752 de 2015.

3.4. Con respecto a la primera de estas tesis, este tribunal estima que una interpretación textual, contextual y teleológica de la preceptiva legal, descarta de plano la falencia que a juicio del actor justifica el pronunciamiento judicial.

3.4.1. En primer lugar, la Ley 1752 de 2015 fue concebida por el legislador para que fuesen penalizados los actos de discriminación y los hostigamientos originados en cualquier móvil discriminatorio, incluido, entonces, el de la identidad de género de las personas.

En efecto, aunque el proyecto que dio lugar a la Ley 1752 de 2015 únicamente extendía los delitos en cuestión a las conductas punibles desplegadas en contra de las personas con discapacidad[58], a lo largo del trámite parlamentario se puso en evidencia la necesidad de sancionar cualquier móvil discriminatorio. Es así como el Consejo Superior de Política Criminal intervino en el Congreso para conceptuar sobre el proyecto de ley aprobado inicialmente por la Cámara de Representantes, indicando, entre otras cosas, que la iniciativa de incluir la categoría de discapacidad, al lado de las de raza, nacionalidad, sexo, orientación sexual, etnia, religión e ideología política o filosófica, ya previstas en el Código Penal, resultaba claramente inconveniente; primero, porque se trataba de una reforma reactiva y coyuntural, que pretendía responder a sucesos puntuales con alto impacto mediático que habían hecho visible la discriminación en contra de las personas con discapacidad, pero no al fenómeno de la discriminación en su integridad; y segundo, porque la pretensión de individualizar uno a uno los móviles discriminatorios tiene el problema de dejar siempre por fuera algunos otros, como ocurriría, por ejemplo, con las agresiones por

razones familiares, de lengua, religión, o de opinión, y plantearía entonces la necesidad de reformar y actualizar permanentemente el derecho positivo, en la medida en que se vayan visibilizando nuevas modalidades de discriminación. En este sentido, se expresó que "luego del examen del proyecto de ley, se encuentra que resulta inconveniente desde el punto de vista político – criminal una reforma de este tipo. El carácter reactivo y coyuntural de la propuesta, que surge como respuesta a un acto concreto que cobró relevancia mediática sin desconocer su gravedad, plantea un problema en relación con el modo de actualizar los elementos del tipo frente a las circunstancias de discriminación que se presentan en el país (…) sin desconocer la necesidad de respuesta a un tipo de discriminación específica, el proyecto de ley bajo análisis plantea una gran dificultad para la elaboración de normas penales debido a que por la lógica misma del proyecto, luego habría que hacerse una nueva reforma del tipo penal para incluir otras formas de discriminación que no han sido contempladas aún"[59]. En este orden de ideas, y sin perjuicio de que a juicio del Consejo Superior de Política Criminal no existe una obligación del Estado de penalizar todas las modalidades y formas de discriminación, el referido organismo propuso la inclusión en los tipos penales de actos de discriminación y de hostigamiento una fórmula genérica que permitiese incluir todos los posibles móviles discriminatorios, del tipo "y demás razones de discriminación" o "u otro criterio análogo"[60].

Esta propuesta del Consejo Superior de Política Criminal fue acogida a través de la fórmula "y demás razones de discriminación", en el entendido de que con ella se sancionan todos los potenciales factores de discriminación y no solo los indicados expresamente en los tipos penales como la raza, el sexo, la orientación sexual, la nacionalidad, la etnia o la religión.[61]

Como puede advertirse, la reforma legislativa analizada estuvo directa y reflexivamente encaminada a sancionar penalmente los actos de discriminación y de hostigamiento realizados en función de cualquier factor discriminatorio, dentro de los cuales se encuentra también el de la identidad de género.

3.4.2. A esta misma conclusión se arriba a partir de una interpretación textual de la normatividad demandada, pues con la fórmula "y demás razones de discriminación" quedan comprendidos todos los factores potencialmente discriminatorios, incluido, obviamente, el de la identidad de género.

Aunque con fundamento en el principio hermenéutico del efecto útil podría argumentarse que la acusación del demandante tiene asidero incluso bajo el nuevo modelo de penalización, ya que en cualquier caso el legislador incluyó expresamente un catálogo de categorías en los preceptos demandados, dentro del cual no quedó comprendida la identidad de género, y tal listado debería tener algún efecto jurídico, lo cierto es que esta línea interpretativa resulta inaceptable porque anularía los efectos de la cláusula residual introducida con la Ley 1752 de 2015. Lo que debe entenderse, entonces, es que bajo el nuevo esquema sancionatorio se criminalizaron las conductas punibles realizadas por cualquier móvil discriminatorio, dentro de los cuales, a título enunciativo y no exhaustivo, se encuentran los asociados a la raza, la nacionalidad, el sexo, la orientación sexual, la condición de discapacidad, la etnia, la religión y la ideología política o religiosa. En otras palabras, con la Ley 1752 de 2015 el listado de categorías previstas en los artículos 134ª y 134B del Código Penal dejó de tener un carácter cerrado y exhaustivo, a tener un carácter meramente enunciativo y abierto.

3.4.3. Finalmente, una aproximación teleológica también respalda la conclusión anterior.

Siendo esta la racionalidad subyacente a la fórmula legislativa, habría que concluir que tanto el delito de actos de discriminación como el de hostigamiento se perfeccionan cuando la conducta punible se encuentra motivada por la identidad de género de la víctima.

3.4.4. Ahora bien. Como para el demandante la inconstitucionalidad de los artículos 134A y 134B del Código Penal se origina en que éstos no penalizan las agresiones motivadas por la identidad de género de las víctimas, y como para esta Corporación es incontrovertible que dentro del nuevo modelo legislativo esta modalidad de discriminación sí se encuentra sancionada en los mismos términos de la discriminación en razón de la orientación sexual y del sexo, la Corte concluye que no hay lugar al pronunciamiento judicial.

3.5. No obstante, aún subsiste el interrogante sobre la viabilidad del juicio de constitucionalidad en relación con el alcance de estos mismos preceptos antes de la entrada en vigencia de la Ley 1752 de 2015. En efecto, como el presunto déficit legislativo solo fue enmendado con esta normatividad, las conductas constitutivas de discriminación y de hostigamiento ejecutadas en razón de la identidad de género de las víctimas antes de la entrada en vigencia de la referida ley, en principio no configurarían un

hecho punible. En este escenario, entonces, la Universidad del Rosario y Dejusticia-Colombia Diversa estiman que la intervención de la Corte se justifica, precisamente, para identificar el sentido constitucionalmente admisible de los preceptos legales antes de que fuesen modificados con la reforma del año 2015.

La Corte considera, sin embargo, que tampoco hay lugar a un pronunciamiento de esta naturaleza ya que esta aproximación lo que se sugiere es que la Corte fije el alcance de los preceptos legales, y que además le otorgue efectos retroactivos al condicionamiento interpretativo. No obstante, en esta oportunidad no se satisfacen las condiciones para un fallo de esta índole.

3.5.1. En efecto, las sentencias de constitucionalidad abstracta tienen, por regla general, efectos hacia el futuro, regla general que responde a la necesidad de preservar el principio democrático y la presunción de constitucionalidad del sistema jurídico, y con ello, la de resguardar la integridad misma de la Carta Política, así como los valores y principios vinculados a tal presunción, como la seguridad jurídica y la buena fe[62]. En principio, entonces, los pronunciamientos del juez constitucional deben sujetarse a esta directriz general, y la pretensión de que se fije el alcance de los tipos penales, tal como estaba configurados antes de la entrada en vigencia de la Ley 1752 de 2015, implicaría sustraerse de esta pauta general.

Ahora bien. Aunque esta Corporación ha entendido que el juez constitucional puede modular los efectos temporales de sus fallos de inexequibilidad, otorgándoles efectos retroactivos o diferidos, esta línea exceptiva no es procedente en este caso, no solo porque no se cumplen los requisitos para ello, sino porque además las particularidades del caso desaconsejan esta línea[63].

3.5.2. De una parte, debe hacerse notar que la Corte ha dado efectos retroactivos a los fallos de constitucionalidad, pero en contextos en los que la decisión consiste en retirar una disposición del ordenamiento jurídico, y no en un escenario como éste, en el que el fallo apunta a fijar el sentido constitucionalmente admisible del precepto legal objeto de control. Es decir, en principio, la posibilidad de retrotraer los efectos de las decisiones se predica de las declaratorias de inexequibilidad simple, en las que este tribunal declara la invalidez de una disposición legal y ordena su retiro del ordenamiento jurídico, y no de las sentencias

de constitucionalidad condicionada, que precisan el contenido de tal normatividad.

Esta distinción es constitucionalmente relevante en este escenario, ya que en el primer caso la Corte actúa como legislador negativo para excluir un precepto legal del sistema jurídico, mientras que, en el segundo, el juez constitucional rebasa este papel, fijando directamente las reglas de la vida social. Y retrotraer los efectos de una decisión del primer tipo no comporta el desconocimiento de los principios fundamentales que rigen el proceso de producción normativa, como el principio democrático y la exigencia de publicidad de las leyes como condición para su entrada en vigencia, mientras que retrotraer los efectos de una decisión del segundo tipo, sí.

3.5.3. Pero, además, la línea decisoria que se propone ha obedecido a una racionalidad distinta de la que se propone en este caso.

En efecto, cuando esta Corporación ha dado efectos retroactivos a una declaratoria de inexequibilidad, lo ha hecho con el objeto de evitar la configuración o consolidación de situaciones jurídicas inconstitucionales, y en particular, para evitar una transgresión abierta e injustificada de los derechos fundamentales de las personas. En este caso, sin embargo, el efecto jurídico es otro, porque no apunta a la protección iusfundamental, sino a extender el poder represivo del Estado.

En la sentencia C-558 de 2009[64], por ejemplo, se examinó la validez del Acto Legislativo 01 de 2008, que ordenó la suspensión de algunos concursos públicos para la vinculación de personal a la función pública y que dispuso una serie de inscripciones extraordinarias e ingresos automáticos en la carrera administrativa. Como a juicio de la Corte esta medida suprimía temporalmente un eje fundamental de la Carta Política por desconocer el derecho de las personas de acceder a la función pública a través del concurso público en condiciones de igualdad, declaró la inexequibilidad de las correspondientes disposiciones y confirió efectos retroactivos a la referida declaratoria; en este sentido, se dispuso la reanudación de los trámites relacionados con los concursos públicos suspendidos, así como la invalidez de las inscripciones extraordinarias y los ingresos automáticos en la carrera administrativas, todo con el objeto de impedir que las situaciones irregulares ocurridas en razón del referido Acto Legislativo, se tradujera en la vulneración de los derechos de las personas interesadas en el acceso a la función pública.

Por su parte, en la sentencia C-870 de 1999[65] se declaró la inexequiblidad con efectos retroactivos del precepto legal que ordenaba la extinción de la pensión reconocida a los hijos por la muerte de su padre en calidad de oficial o de suboficial de la Policía Nacional en servicio activo o en goce de asignación de retiro o pensión oficial, por el hecho de contraer matrimonio. Como a juicio de esta Corporación la circunstancia de contraer nupcias no genera una independencia económica, y como por este motivo la referida regla era incompatible con el derecho a la igualdad, el derecho al libre desarrollo de la personalidad y con el derecho a la seguridad social, se declaró la inexequibilidad del correspondiente precepto legal. Pero además, como al amparo de dicha normatividad algunas personas fueron privadas de su pensión por el hecho de haber contraído matrimonio a pesar de no haber adquirido la independencia económica, se dio efectos retroactivos a la declaratoria de inconstitucionalidad, determinado que los hijos que con posterioridad al 7 de julio de 1991 (fecha de entrada en vigencia de la Constitución de 1991) hubieren contraído nupcias, y que por esa circunstancia hubieren perdido el derecho a la pensión, podían reclamar las prestaciones a que hubiere lugar.

Y dentro de esta misma línea decisoria, en la sentencia C-444 de 2011[66] se declaró la inexequibilidad de la norma que dispuso la entrada en vigencia del Código Penal Militar antes de su sanción y promulgación, es decir, el 1 de enero de 2010. Debido a que esta norma desconocía la prohibición de retroactividad de las leyes penales, la Corte declaró la inexequiblidad del precepto legal, pero además dispuso que para impedir la vulneración de los derechos de las personas que eventualmente podrían verse afectadas por la aplicación del Código Penal antes de que hubiese sido promulgado, el fallo tendría efectos desde la publicación de la ley en el Diario Oficial.

Asimismo, en la sentencia C-113 de 1993[67] la Corte evaluó la validez de unos preceptos legales que dispusieron una inversión forzosa en bonos (Bonos para Desarrollo Social y Seguridad Interna – BDSI) durante el año 1992, teniendo en cuenta las condiciones económicas de los contribuyentes en el año 1991. La Corte concluyó que esta inversión forzosa correspondía en realidad a una auténtica obligación tributaria, y que no se habían satisfecho las exigencias constitucionales para imponer una carga semejante, básicamente por el desconocimiento de la prohibición de retroactividad. No obstante, como quiera que al momento del pronunciamiento judicial la norma ya habría producido todos sus efectos, pues las obligaciones se causaron en el año de 1992 y el fallo se produjo en 1993, la Corte llamó

la atención sobre los pagos realizados irregularmente por los contribuyentes al Estado, y sobre los procesos investigativos y sancionatorios que eventualmente habría iniciado la administración pública en contra de las personas reacias al pago. Dado que esta situación generaría la vulneración de los derechos de personas determinadas o determinables, se dio efectos retroactivos a la declaratoria de inexequibilidad, ordenando al Ministerio de Hacienda y Crédito Público reintegrar la totalidad de las sumas recaudadas con fundamento en la norma declarada inexequible, así como a la DIAN cesar todo procedimiento investigativo o sancionatorio que tuviera este mismo origen.

De igual modo, en la sentencia C-333 de 2010[68] la Corte declaró la inexequibilidad de algunos preceptos sobre normalización de cartera en materia tributaria que, por ser abiertamente ajenos a la materia dominante regulada en la ley en la que fueron incorporadas tardíamente dentro del proceso de aprobación parlamentaria, vulneraron el principio de unidad de materia y los principios de consecutividad e identidad flexible. Como a juicio de esta Corporación la inconstitucionalidad fue notoria, abierta y deliberada, y como además los procesos de normalización de cartera allí previstos debían surtirse dentro de los seis meses siguientes a la entrada en vigencia de la ley, es decir, antes de que produjese el fallo de constitucionalidad, se optó por otorgar efectos retroactivos a la declaratoria de inexequibilidad, como mecanismo para dotar de eficacia el fallo judicial.

Como puede advertirse, la declaratoria de inexequiblidad con efectos retroactivos constituye una herramienta del juez constitucional para evitar que se avalen situaciones irregulares e ilegítimas de vulneración de derechos de los destinatarios de la ley, ocasionadas por la aplicación de un precepto inconstitucional declarado inexequible posteriormente.

En el presente caso, sin embargo, por la naturaleza penal y por el contenido de los preceptos analizados, el efecto jurídico de una intervención semejante no sería la protección de derechos de personas determinadas que han sido amenazados o vulnerados al amparo de una ley inconstitucional. Por el contrario, una decisión semejante implicaría una reconfiguración de los tipos penales de actos de discriminación y de hostigamiento que se traduce en una ampliación del poder punitivo del Estado, y también hacer vinculante esta reconfiguración frente a hipótesis fácticas ocurridas antes de la decisión judicial.

En efecto, a la luz de una interpretación textual de la ley los tipos penales analizados, los delitos de actos de discriminación y de hostigamiento no se perfeccionaban cuando las conductas punibles se desplegaban en razón de la identidad de género de la víctima. Con la intervención judicial, estas mismas conductas, realizadas con la convicción de que no constituían un delito, vendrían a ser ahora calificadas a posterior como tales por la Corte Constitucional. Esto constituiría una afrenta al principio de buena fe, a la prohibición de retroactividad de las leyes penales, y a los límites del juez constitucionales para ampliar el espectro del poder represivo el Estado.

Y aunque esta ampliación en el poder punitivo del Estado eventualmente podría implicar un mayor estándar de protección a las víctimas, esta eventual e incierta ganancia en términos de verdad, justicia y reparación no compensaría el certero e inexorable sacrificio y la anulación de los principios constitucionales que deben orientar el derecho penal, como el principio de irretroactividad de la ley penal y el principio de favorabilidad.

Por lo demás, cabe señalar que un pronunciamiento semejante parece tener poca utilidad. En efecto, según el planteamiento de la Universidad del Rosario y de Dejusticia-Colombia Diversa, la intervención judicial se ampara en la necesidad de proteger a las víctimas de los delitos de discriminación y de hostigamiento ocurridos entre los años 2011 y 2015. No obstante, los informes oficiales de la Fiscalía y de Caribe Afirmativo que dan cuenta de los patrones de violencia en contra de la población LGBTI, apuntan a demostrar que la vulneración de los derechos de este grupo proviene fundamentalmente la comisión de delitos contra la vida y la integridad personal (homicidios y lesiones personales) y contra el patrimonio económico de estas personas, y no por los delitos de actos de discriminación y de hostigamiento; en este escenario, entonces, la eventual protección de los derechos de las víctimas se materializaría, no a través de un fallo sobre el alcance de los delitos de actos de discriminación y de hostigamiento, sino mediante un pronunciamiento sobre la circunstancia de mayor punibilidad prevista en el artículo 58.3 del Código Penal, también demandada en este proceso judicial[69].

3.6. Así las cosas, la Corte concluye que no hay lugar a pronunciarse sobre la exequiblidad de los artículos 134A y 134B del Código Penal por la presunta exclusión tácita de la categoría de identidad de género en los delitos de actos de discriminación y de hostigamiento, como quiera que la supuesta falencia normativa identificada por el actor ya

fue subsanada por el legislador en la Ley 1752 de 2015, al incorporar a los tipos penales una cláusula residual que incorpora todos los potenciales factores de discriminación, incluida la identidad de género.

De igual modo, tampoco hay lugar a fijar con efectos vinculantes el alcance de dichos preceptos antes de la entrada en vigencia de la referida ley, pues esto implicaría la violación del principio de irretroactividad de la ley penal, con el agravante de que el condicionamiento con efectos retroactivos no tiene consecuencia restrictivas sobre los tipos penales, sino justamente la ampliación de su contenido y alcance.

Lo anterior no excluye la viabilidad del juicio de constitucionalidad en relación con el artículo 58.3 el Código Penal, frente al cual se alegó una presunta omisión legislativa por no contemplar el móvil de la intolerancia y de la discriminación referida a la identidad de género como circunstancia de mayor punibilidad, así como tampoco en relación con los mismos artículos 134A y 134B del Código Penal y frente al mismo artículo 58.3 del mismo cuerpo normativo, por la presunta indeterminación normativa resultante de no precisar que la orientación sexual como factor de discriminación no es solo la real que detenta la víctima, sino también la meramente percibida por el victimario.

4. Viabilidad del examen de constitucionalidad propuesto por la Procuraduría General de la Nación

4.1. Tal como se explicó en los acápites precedentes, la Procuraduría General de la Nación solicita a esta Corporación declarar la inexequibilidad de los artículos 134A y 134B de la Carta Política pues, a su juicio, los delitos previstos en tales preceptos lesionan el ordenamiento superior, y en particular, el mandato de igualdad, los principios que deben orientar la política criminal del Estado, como los de legalidad, lesividad y última ratio, y las libertades individuales como la libertad de expresión, la libertad de conciencia y la libertad religiosa.

Como puede advertirse, los planteamientos de la Vista Fiscal difieren de los del demandante, al menos desde tres perspectivas: (i) en primer lugar, aunque en ambos casos las acusaciones recaen sobre los mismos preceptos, vale decir, sobre los artículos 134A y 134B del Código Penal, los señalamientos versan sobre contenidos normativos distintos: los ataques del accionante se dirigen contra la presunta norma que excluye de los delitos las

conductas motivadas en la identidad de género de la víctima, mientras que los del Ministerio Público apuntan a las normas que sancionan los actos de discriminación y el hostigamiento; es decir, pese a que ambos sujetos procesales controvierten las mismas disposiciones, el demandante impugna el contenido negativo de estos preceptos, y la Vista Fiscal su contenido positivo; (ii) en segundo lugar, los cargos planteados son distintos en uno y otro caso, pues mientras el actor evalúa los artículos 58.3, 134A y 134B del Código Penal a la luz del principio de igualdad y del deber del Estado de proteger a los grupos vulnerables históricamente discriminados, el Ministerio Público lo hace a partir de otros referentes, como los principios del derecho penal y las libertades individuales; es decir, los parámetros del juicio de validez difieren en uno y otro caso; (iii) finalmente, también existen discrepancias en las pretensiones de los sujetos procesales, en función de las cuales se estructura la controversia judicial; así, el efecto jurídico al que aspira al demandante con la intervención judicial es la ampliación en el alcance de los delitos de actos de discriminación y de hostigamiento, mientras que la Procuraduría pretende que el juez constitucional retire las disposiciones demandadas del ordenamiento jurídico, y estos dos efectos jurídicos, a su vez, son incompatibles entre sí.

En definitiva, entonces, la Vista Fiscal propone una reconfiguración plena e integral de la litis constitucional

En este escenario, corresponde a la Corte establecer si el examen de constitucionalidad debe estructurarse exclusivamente en función de la controversia planteada por el actor, o si previamente debe abordarse el debate propuesto por el Ministerio Público, y si por tanto, antes de valorar las acusaciones por la presunta configuración de una omisión legislativa relativa, se debe establecer si la normativa impugnada es, en sí misma considerada, inconstitucional.

4.2. Los antecedentes jurisprudenciales sobre la autonomía del juez en la configuración de los litigios constitucionales no arrojan una respuesta concluyente, no solo porque las reglas de la Corte en esta materia han atendido a una realidad procesal distinta de la que se presenta en esta ocasión, sino también porque estas mismas reglas, y sobre todo las prácticas institucionales en este campo, no han sido uniformes y homogéneas.

4.2.1. Lo primero que cabe advertir es que normalmente, cuando se examina la posibilidad

de introducir alguna variación al juicio de constitucionalidad propuesto por el demandante, las posibles modificaciones versan, o sobre el precepto legal objeto de control, o sobre los estándares del escrutinio judicial, pero no sobre todos los elementos constitutivos del debate, como sí ocurre en esta oportunidad. En este sentido, entonces, las reglas jurisprudenciales sobre la autonomía del juez constitucional en la estructuración del litigio, se han elaborado en contextos procesales distintos.

Es así como la Corte ha decantado algunas reglas sobre la procedencia de la conformación de la unidad normativa, para establecer los casos en que el control constitucional puede recaer no solo sobre el precepto impugnado, sino también sobre otras disposiciones no controvertidas por el accionante, pero cuyo contenido es parcial o totalmente coincidente con el de aquel[70]. De este modo, la figura de la unidad normativa está diseñada para determinar la viabilidad del examen judicial frente a otras disposiciones no demandadas pero vinculadas materialmente a las que sí lo fueron, pero manteniéndose el objeto, los estándares y el efecto jurídico del escrutinio judicial. En esta oportunidad, en cambio, se trata de introducir variaciones a todos los elementos estructurales de la controversia, incluido el contenido normativo respecto del cual se realiza el juicio de constitucionalidad.

Por tan solo mencionar un ejemplo, en la sentencia C-055 de 2010[71] este tribunal debía, en principio, pronunciarse sobre la constitucionalidad del fragmento del artículo 158 del Código de la Infancia y la Adolescencia que ordena la suspensión de los procesos penales contra adolescentes hasta tanto se logre su comparecencia a los mismos, ya que, según el demandante, esta regla favorecía de manera injustificada a los menores de edad y menoscababa la función persecutoria de los delitos en cabeza del Estado, sin que por otro lado esta medida pudiese redundar en beneficio de estos sujetos. La Corte concluyó que el examen judicial debía recaer no solo sobre este precepto, sino también sobre aquellos otros del mismo Código de la Infancia y la Adolescencia de los cuales derivaba su fundamento material, y en particular, sobre la prohibición general de juzgamiento en ausencia de adolescentes, también contenida en el artículo 158 del CIA. Como puede advertirse, en la revisión judicial de ambas reglas, la problemática planteada por el actor se mantuvo, tanto en su objeto material, como en los cuestionamientos a la legislación y en la pretensión, fenómeno que no ocurre en esta ocasión.

Asimismo, las reglas sobre el control integral han sido diseñadas para establecer los casos

en que el escrutinio judicial se puede efectuar a partir de estándares normativos no identificados por el demandante, pero en el entendido de que la valoración judicial recae sobre unos mismos contenidos y de que el objeto de la intervención judicial se mantiene. En esta ocasión, sin embargo, el giro propuesto por la Procuraduría apunta no solo a que el examen se efectúa a partir de otros parámetros, sino también a que el control recaiga sobre otros contenidos y a que varíe el objeto de la intervención judicial. Así, la Procuraduría sugiere no solo que el escrutinio se debe estructurar desde las libertades individuales y desde los principios del derecho penal, no invocados por el actor, sino también que, con fundamento en estos nuevos estándares, se juzgue, no una presunta omisión, sino la criminalización misma a través de los tipos penales de actos de discriminación y de hostigamiento, y a efectos, no de extender el alcance de la normatividad demandada, sino de expulsarla del ordenamiento.

Así por ejemplo, en la sentencia C-474 de 2003[72] la Corte debía pronunciarse sobre la validez del precepto legal que, en relación con el patrimonio cultural sumergido, reconocía el derecho de los denunciantes a obtener un porcentaje del valor bruto de las especies náufragas según reglamentación del gobierno nacional, en aquellos eventos en los que como consecuencia de la denuncia se produce el rescate en las coordenadas geográficas señaladas por el denunciante. Aunque según el actor la inconstitucionalidad de la medida legislativa se originaba en el presunto desconocimiento del carácter inalienable, inembargable e imprescriptible del patrimonio cultural del Estado previsto en los artículos 63 y 72 de la Carta Política, la Corte optó por evaluar la misma disposición no solo a la luz de esta directriz, sino también a la luz de las competencias normativas del Ejecutivo, concluyendo, por un lado, que el derecho del denunciante no podía ser pagado directamente con las especies náufragas que confirman el patrimonio arqueológico y cultural de la Nación y por otro, que las atribuciones normativas conferidas al gobierno nacional eran inconstitucionales.

Asimismo, en la sentencia C-531 de 1995[73] la Corte debía pronunciarse sobre las acusaciones en contra de los apartes del artículo 116 de la Ley 6ª de 1992 que circunscribían el ajuste de las pensiones del sector público, al nivel nacional. Aunque el demandante sostuvo que se habría configurado una infracción del principio de igualdad, por haberse concedido un beneficio prestacional a los servidores del nivel nacional, y no a los que pertenecen a los demás niveles territoriales, este tribunal consideró que, en razón del

deber del control integral de la legislación, el examen judicial debía efectuarse también a la luz del principio de unidad de materia, y justamente a la luz de este estándar concluyó que el precepto era inconstitucional. En este orden de ideas, la Corte declaró la inexequibilidad del referido precepto.

Como puede advertirse, aunque en estas hipótesis existe una alteración de la controversia planteada por el demandante, el giro es tan solo parcial porque el juicio de constitucionalidad recae sobre la misma disposición y el mismo contenido normativo, y el efecto jurídico que se somete a discusión es el mismo. En el presente caso la mutación que propone la Vista Fiscal es plena, porque se modifican todos los ejes o pilares básicos del litigio, y en últimas, los efectos jurídicos pretendidos uno y otro actor son incompatibles entre sí.

Tan solo de manera excepcional este tribunal se ha afrontado a una problemáticas similares. Este es el caso de la sentencia C-239 de 1997[74], reseñada también por la Vista Fiscal como ejemplo paradigmático de mutación integral en la configuración de la controversia judicial. En dicha oportunidad el demandante cuestionó la constitucionalidad del precepto del Código Penal que tipificaba el delito de homicidio por piedad como un tipo penal especial atenuado en relación con los delitos de homicidio simple y homicidio agravado. A juicio del actor, la circunstancia de que la legislación estableciera una pena menor para los homicidios realizados en contra de personas con graves enfermedades o lesiones no solo infringía el mandato general de igualdad, sino que además representaba una amenaza grave y directa para un grupo de personas que requiere una protección reforzada por parte del Estado, como son las personas que padecen una grave enfermedad o lesión que le provoca grandes sufrimientos. En este fallo la Corte no solo no acogió el planteamiento del actor, sino que además optó por abordar una problemática distinta, relativa a la constitucionalidad misma de la penalización de la eutanasia, concluyendo que en las hipótesis en las que la supresión de la vida se realiza en “enfermos terminales en que concurra la voluntad libre del sujeto pasivo del acto, no podrá derivarse responsabilidad penal para el médico autor, pues la conducta está justificada”.

Al igual que en el caso que se aborda en esta oportunidad, el escrutinio judicial efectuado por la Corte recayó sobre un contenido distinto del atacado por el actor, pues en un caso se controvirtió la reducción punitiva, mientras que en el otro la penalización de la eutanasia.

Los estándares del juicio de constitucionalidad también variaron, pues en un caso el eje fue el derecho a la igualdad y el deber de protección de la vida de las personas en situación de vulnerabilidad, mientras que en el otro fue la autonomía individual. Y finalmente, mientras el efecto jurídico pretendido por el demandante era la eliminación de la norma demandada, a efectos de que las hipótesis de homicidio por piedad fuesen sancionadas en los mismos términos del homicidio simple o del homicidio agravado, la revisión judicial efectuada por la Corte se orientó justamente al efecto contrario, es decir, a que las conductas correspondientes no fuesen penalizadas de ningún modo.

En esta sentencia, sin embargo, la viabilidad de la mutación en los elementos estructurales del litigio no fue abordada por esta Corporación como problema jurídico autónomo, probablemente porque se asumió que la hipótesis procesal podía ser resuelta a partir de la figura del control integral del derecho positivo. La sentencia C-239 de 1996, entonces, no justificó la reconfiguración integral del litigio.

Por su parte, en la sentencia C-671 de 2014[75] la Corte también se enfrentó a una situación análoga, y justamente en relación con los artículos 134A y 134B del Código Penal, hoy demandados. En efecto, originalmente el escrito de acusación se orientaba a cuestionar el contenido negativo de los referidos preceptos, en la medida en que los tipos penales de actos de discriminación y de hostigamiento no sancionaban las conductas punibles motivadas por la discapacidad de la víctima, por lo que, en virtud del principio de igualdad y del deber del Estado de proteger a este colectivo, la intervención judicial debía estar encaminada a ampliar el espectro de los correspondientes tipos penales. La Procuraduría, sin embargo, solicitó a esta Corporación declarar la inconstitucionalidad del contenido positivo de los preceptos impugnados, en la medida en que la criminalización de las conductas típicas implicaba, a su juicio, una restricción indebida de las libertades individuales, y además, un desconocimiento de los principios básicos que deben orientar la política criminal del Estado.

A diferencia de la sentencia C-239 de 1997, en la sentencia C-671 de 2014 sí se abordó este interrogante, y la Corte se preguntó si era posible extender el alcance del escrutinio judicial en los términos propuestos por la Procuraduría.

Este tribunal advirtió que a lo largo del trámite judicial los sujetos procesales se habían

pronunciado no solo sobre los cargos y pretensiones de la demanda, es decir, sobre la necesidad de extender el alcance de los delitos de actos de discriminación y de hostigamiento para que comprenda también las conductas punibles estructuradas en razón de la discapacidad de las víctimas, sino también sobre otras presuntas deficiencias de la ley penal. En particular, se indicó que como algunos de los intervinientes, algunos de los invitados a la audiencia pública que se realizó en el marco de este proceso, y la propia Procuraduría, sostuvieron que los tipos penales eran incompatibles con el principio democrático, las libertades de conciencia, religión y expresión, y los principios del derecho penal, debía absolverse el interrogante sobre si el escrutinio judicial debía abordar esta nueva problemática.

La Corte dio una respuesta negativa al interrogante anterior. En primer lugar, se argumentó que esta solución no se imponía en desarrollo del deber de control integral de la legislación, pues en esta hipótesis no solo se solicitaba evaluar un mismo precepto a la luz de otros estándares, sino revisar la constitucionalidad de otros contenidos normativos. En segundo lugar, se aclaró que una alteración en el litigio implicaría una lesión grave y seria del debido proceso y del principio democrático, principios en razón de los cuales los pronunciamientos de esta Corporación debían estar precedidos no solo de una demanda ciudadana que cuestione la disposición jurídica objeto del pronunciamiento judicial, sino también de un debate público y abierto sobre todas las cuestiones de las que depende el correspondiente juicio de validez, debate que es justamente el que suministra al juez todos los insumos del escrutinio judicial, y que cuando unilateralmente se muta la controversia, se elude todo este proceso del que depende la legitimidad del fallo, y también, en buena medida, su pertinencia y corrección.

Se señaló, no obstante, que aunque las advertencias de los sujetos procesales sobre la posible inconstitucionalidad de los preceptos que tipifican los delitos de hostigamiento y de actos de discriminación no podían dar lugar a un nuevo pronunciamiento judicial en el marco de dicho proceso, en todo caso sí podían llegar a ser elementos relevantes de análisis para la valoración de los cargos de la demanda de inconstitucionalidad. Y de hecho, en este fallo la Corte se abstuvo de extender el alcance de los referidos tipos penales no solo por considerar que exclusión normativa no se traducía en la vulneración de los derechos de las personas con discapacidad, sino también porque no tendría sentido extender el alcance de una norma que constituye la expresión del poder represivo del

Estado, y frente a la cual se hicieron cuestionamientos concretos, específicos, claros y pertinentes en relación con su constitucionalidad. De este modo, aunque no se variaron los elementos del litigio, los reparos a los tipos penales demandados constituyeron un criterio material de decisión.

En definitiva, las reglas jurisprudenciales sobre la autonomía de juez en la configuración de las controversias constitucionales resultan insuficientes para resolver la problemática planteada en esta oportunidad, porque estas reglas fueron creadas en contextos distintos en los que no se había propuesto un viraje en todos los elementos estructurales del litigio.

4.2.2. La segunda dificultad para responder el interrogante a partir de los precedentes judiciales, radica en que aunque a nivel discursivo existe una jurisprudencia aparentemente pacífica y consistente, las prácticas institucionales que subyacen a tales discursos son variadas y heterogéneas.

Esto es lo que ocurre, por ejemplo, con la figura sobre el deber de control integral de la legislación, particularmente en el contexto del control rogado, es decir, aquel que se activa mediante una demanda de inconstitucionalidad. Es así como el artículo 46 de la Ley Estatutaria de Administración de Justicia y el artículo 22 del Decreto 2067 de 1991 establecen que "la Corte Constitucional deberá confrontar las disposiciones sometidas a su control con la totalidad de los preceptos de la Constitución", y particularmente con los derechos fundamentales. Esta directriz, sin embargo, ha sido entendida y aplicada de distintas maneras.

En los primeros años de funcionamiento de la Corte se entendió esta cláusula con una gran amplitud, y con fundamento en ella se configuraron las controversias constitucionales con especial laxitud, a veces incluso al margen de las acusaciones de la demanda, de las intervenciones y del concepto de la Procuraduría General de la Nación. En la sentencia C-443 de 1997[76], por ejemplo, se examinó la validez de unas disposiciones que establecían un régimen disciplinario especial y que, a juicio del accionante, eran inconstitucionales por remitir a normas que se encontraban derogadas, y por desconocer, por tanto, el principio de legalidad. La Corte encontró que el cargo no estaba llamado a ser valorado en el escenario del control abstracto de constitucionalidad, como quiera que las

disposiciones objeto de la remisión seguían produciendo efectos jurídicos a pesar de la derogación, y porque en todo caso, la sola remisión a normas derogadas no configuraba una vulneración del principio de legalidad. Pese a ello, se estimó conveniente avanzar en el análisis y efectuar el escrutinio a la luz del principio de igualdad, que no había sido invocado ni por el demandante ni por ninguno de los intervinientes, y se concluyó que la previsión de unos regímenes disciplinarios especiales no era incompatible con este principio.

Dentro de esta misma lógica, en múltiples oportunidades se ha declarado la inexequibilidad de preceptos legales con fundamento en señalamientos no contemplados en la demanda de inconstitucionalidad, y en muchos casos, ni siquiera planteados por los intervinientes o por la Procuraduría General de la Nación. Así, en la sentencia C-397 de 1997[77] se declaró la inexequibilidad del precepto legal que atribuía al gobierno nacional la competencia para reglamentar las recompensas para las personas que hacen posible el hallazgo de patrimonios culturales sumergidos[78]; aunque para el accionante la inconstitucionalidad se originaba en el desconocimiento de la inalienabilidad del patrimonio cultural del Estado, la Corte concentró el análisis en el principio de reserva de ley, a su juicio infringido por atribuir al gobierno nacional la facultad para reglamentar las correspondientes recompensas; de este modo, la figura del control integral sirvió no solo para evaluar la normatividad demandada a la luz de señalamientos no planteados por el demandante, sino para centrar el control en contenidos normativos distintos. Por su parte, en la sentencia C-402 de 1997[79] se declaró la inexequibilidad de una norma de la Ley General de Presupuesto que establecía la responsabilidad fiscal de los funcionarios judiciales que ordenan el embargo de los recursos del Presupuesto, por ser ajena al contenido propio de las leyes de presupuesto, cuando el cuestionamiento del demandante versaba sobre el desconocimiento de los derechos de las personas que tienen acreencias con el Estado[80]. Y en la sentencia C-281 de 2004[81] se declaró la inexequibilidad de una norma que limitaba el reconocimiento académico de la judicatura a las labores desempeñadas en algunas superintendencias y no en todas[82], pero no por el cargo esbozado por el actor, que apuntaba a demostrar la afectación del principio de igualdad, del derecho al trabajo y del derecho al libre desarrollo de la personalidad, sino por el exceso en el ejercicio de las facultades extraordinarias otorgadas por el Congreso al Ejecutivo. Una línea decisoria y argumentativa semejante se encuentra en las sentencias C-562 de 1996[83], C-531 de 1995[84], C-1074 de 2002[85], C-497 de 1998[86], C-402 de 1997[87], C-022 de 2004[88], C-017 de 1996[89], C-474 de 2003[90], C-281 de 2004[91], C-443 de 1997[92], C-209 de 1997[93] y C-1074 de

2002[94].

Quizás el ejemplo paradigmático de esta aproximación se encuentra en la sentencia C-239 de 1997, ya reseñada en los párrafos precedentes, en la que este tribunal reconfiguró integralmente los ejes fundamentales de la controversia constitucional planteada por el actor, pasando de preguntarse si el delito de homicidio por piedad desconocía el derecho de las personas enfermas o con graves lesiones a que su vida sea protegida en los mismos términos del homicidio simple y del homicidio agravado, a la pregunta por la legitimidad de criminalizar la eutanasia voluntaria en enfermos terminales.

Con el paso del tiempo, sin embargo, esta libertad en la configuración de los litigios constitucionales a partir del deber de control integral se ha venido restringiendo y debilitando, sobre la base de que para garantizar el debido proceso, los elementos de la litis deben quedar definitivamente establecidos desde el inicio del proceso, con el escrito de acusación y el auto admisorio de la demanda, elementos a partir de los cuales se estructuran las intervenciones y posteriormente el fallo que resuelve la litis. En cualquier caso, las decisiones y las prácticas de la Corte no han sido uniformes.

Es así como en algunos casos puntuales se altera escrutinio judicial propuesto por el demandante a partir de una aproximación robustecida al deber de control integral, mientras que en muchas otras oportunidades se articula esta figura con el debido proceso, y sobre esta base se restringe la posibilidad de introducir variaciones a la controversia constitucional planteada por el demandante.

En la sentencia C-284 de 2014[95], por ejemplo, esta corporación se pronunció sobre la constitucionalidad del precepto legal que establecía el régimen de las medidas cautelares dictadas en el marco de procesos que tenían por objeto la protección de los derechos e intereses colectivos, y en el marco de procesos de tutela tramitados en la jurisdicción de lo contencioso administrativo, sometiéndolas al Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo. El escrutinio judicial se efectuó no solo a la luz de los señalamientos de la demanda, que apuntaban a poner en evidencia el déficit en la protección de los derechos fundamentales y colectivos, sino fundamentalmente a la luz de la cláusula de reserva de ley estatutaria, cláusula no invocada en el escrito de acusación ni por ninguno de los intervinientes. La Corte justificó su proceder argumentando que las

demandas de inconstitucionalidad fijan el marco de referencia para determinar el objeto del control constitucional, es decir, las disposiciones sobre las que recae el escrutinio judicial, pero no para delimitar los estándares del control. En este entendido, en el referido fallo se concluyó que el mandato legal era admisible en el contexto de los procesos que tienen por objeto la protección de los derechos colectivos, más no en el marco de los procesos de tutela, no solo porque ello representaba un déficit de protección en la defensa de los derechos fundamentales, sino básicamente porque el legislador carecía de la competencia para adoptar una medida semejante en el escenario de una ley ordinaria.

No obstante, esta política no se ha sido acogida de manera consistente. En la sentencia C-017 de 2016[96], por ejemplo, se evaluaron las acusaciones formuladas en contra del artículo 8 de la Ley 1474 de 2011, que contempla la existencia de un jefe de control interno en todas las entidades de la administración pública, pero que establece un régimen diferenciado según el nivel territorial de la entidad; así, en las del nivel nacional estos servidores son designados por el Presidente de la República y son de libre nombramiento y remoción, mientras que en las del orden local la designación es efectuada por los alcaldes y gobernadores, según el caso, y tienen un período fijo de cuatro años. Aunque en la demanda se estimó que el régimen previsto para las entidades del orden local era inconstitucional porque, en oposición al artículo 125 de la Carta Política, se obviaba el concurso público y se creaba una nueva categoría de funcionarios públicos, otros intervinientes estimaron que la inconstitucionalidad no tenía origen en esa circunstancia, sino en que el legislador no tenía la competencia para definir la estructura y las reglas de funcionamiento de la administración pública del orden local. La Corte se abstuvo de evaluar este nuevo cargo planteado por uno de los intervinientes advirtiendo, por un lado, que el deber de control integral tiene un alcance diferente en el contexto del control automático de la legislación, pues en este caso, al no existir una demanda de inconstitucionalidad, tampoco existe un marco de referencia que delimite los elementos de la controversia constitucional, y por ello, el escrutinio judicial es por principio es abierto, y el juez tiene amplias facultades para configurar la litis; por el contrario, cuando el control se activa mediante una demanda de inconstitucionalidad, esta constituye el marco de referencia para el debate, el análisis y la decisión judicial. Y por otro lado, se argumentó que para garantizar la supremacía de la Carta Política dentro del ordenamiento jurídico, las determinaciones del juez constitucional debían estar antecedidas de un proceso deliberativo público, abierto y participativo, de modo que cuando el juez constitucional se pronuncia sobre cargos o

acusaciones que no fueron objeto de este debate, se pone en peligro no solo el debido proceso, sino fundamentalmente la supremacía constitucional. En este orden de ideas, como la acusación del interviniente por la presunta afectación de las competencias de las entidades territoriales en la definición de la estructura y funcionamiento de la administración pública local no fue objeto de este proceso deliberativo, y solo fue planteada tardíamente por uno de los intervinientes, esta corporación se inhibió de valorar esta acusación.

Una línea argumentativa y decisoria semejante se encuentra en la sentencia C-728 de 2015[97]. En este fallo la Corte debía pronunciarse sobre la constitucionalidad de las disposiciones que establecían el régimen jurídico de los trabajadores de Satena S.A., una vez materializado el cambio en su naturaleza jurídica como sociedad de economía mixta. A juicio del demandante esta normatividad era contraria al principio de unidad de materia, a las reglas sobre el proceso de aprobación parlamentaria, y a los derechos constitucionales laborales previstos en el artículo 53 de la Carta Política[98]. Al igual que en el caso anterior, y sobre la base de las mismas consideraciones de la sentencia C-017 de 2016, la Corte se abstuvo de valorar las consideraciones planteadas por el Colegio de Abogados del Trabajo, para quien la inconstitucionalidad no se derivaba de ninguna de las circunstancias anteriores, sino de que la ley no contemplaba un régimen de transición en materia laboral, hecho que a su juicio, configuraba una omisión legislativa.

Así las cosas, la propia jurisprudencia constitucional no ofrece una respuesta unívoca y concluyente al problema planteado sobre la libertad de la Corte en la configuración de las controversias constitucionales.

4.3. Sin perjuicio de las dificultades anteriores, la propia Constitución Política, las pautas legales[99] y la racionalidad subyacente a las reglas jurisprudenciales sobre la conformación de la unidad normativa y sobre el contenido y alcance del deber de control integral, ofrecen elementos de juicio para determinar si el juez constitucional se encuentra habilitado para reconfigurar integralmente las controversias judiciales planteadas por los demandantes en el marco del control abstracto de constitucionalidad.

En efecto, la revisión de esta normatividad demuestra que cuando en la Carta Política se asignó a la Corte Constitucional el rol de garante institucional de la superioridad e

integridad del ordenamiento superior, y que cuando se diseñaron los mecanismos procesales para la materialización de esta función, sea acogió un modelo específico de control constitucional en el que los procesos deliberativos, abiertos, democráticos y participativos confieren legitimidad, racionalidad, validez y justicia material a las decisiones judiciales, y en el que, por consiguiente, el rol de este tribunal no consiste en construir oficiosa, aislada y unilateralmente las decisiones sobre la constitucionalidad del sistema jurídico, sino en liderar un proceso de construcción colectiva en un asunto esencialmente público, precisando y orientando el debate y la deliberación pública, organizando y sistematizando los insumos que resulten de este proceso de reflexión colectiva, valorando y sopesando las distintas opciones y alternativas que surgen de este mismo proceso, y finalmente, adoptando una decisión.

En este marco general, entonces, entienden las dos pautas fundamentales que orientaron el diseño de los procesos constitucionales

De una parte, se proscribió el control oficioso de la legislación, pues por regla general éste se activa mediante una demanda que puede presentar cualquier ciudadano (arts. 242.1, 241.1, 241.4, 241.5 C.P.), y excepcionalmente opera de manera automática cuando recae sobre proyectos de leyes estatutarias (art. 241.8 C.P), tratados internacionales y sus leyes aprobatorias (art. 241.10 C.P.), decretos legislativos (art. 241.7 C.P.), leyes objetadas por el gobierno nacional por razones de inconstitucionalidad (art. 241.8 C.P.), convocatorias a referendo o a Asamblea Nacional Constituyente para reformar la Carta Política (art. 241.2 C.P.), referendos sobre leyes y consultas populares y plebiscitos del orden nacional (art. 241.3 C.P.). Así pues, el escrutinio judicial nunca se activa por iniciativa del juez constitucional, sino por una demanda ciudadana o excepcionalmente por ministerio de la ley.

Y por otro lado, la adopción de las decisiones judiciales en esta materia se encuentra antecedida de un debate público en el que los distintos actores políticos y sociales pueden participar en el proceso para suministrar los elementos de juicio al juez constitucional para adoptar la decisión judicial. Así, cualquier ciudadano puede intervenir en el trámite defendiendo o impugnando la constitucionalidad del precepto legal (art. 242.2 C.P.), los órganos que participaron en la elaboración y expedición de las disposiciones sobre las que recae el control también pueden participar en este debate (art. 244 C.P. y art. 11 del

Decreto 2067 de 1991), el Procurador General de la Nación debe presentar un concepto (art. 242.2 C.P.), y el juez constitucional puede invitar a entidades públicas, a organizaciones privadas y a expertos en las materiales relacionadas con el objeto de la decisión, para que presenten conceptos sobre aspectos relevantes de juicio de constitucionalidad (art. 13 del Decreto 2067 de 1991). Adicionalmente, esta Corporación puede convocar a audiencias públicas, para que el propio demandante, el órgano que expidió la norma, el Procurador General de la Nación, los intervinientes en el proceso, entidades públicas o privadas y expertos en la materia, ofrezcan a este tribunal los elementos de juicio para resolver la controversia (arts. 12 y 13 del Decreto 2067 de 1991).

4.4. La racionalidad que subyace al modelo de control permite concluir que el margen de maniobra con el que cuenta la Corte para configurar las controversias constitucionales depende del tipo de proceso en el que éstas se enmarquen.

En el caso del control automático, que se activa por ministerio de la ley, como ocurre con los tratados internacionales, las leyes orgánicas, las leyes estatutarias o los decretos legislativos, esta libertad de configuración es particularmente amplia, pues como no existe una demanda de inconstitucionalidad que identifique y precise los elementos estructurales de la litis, por principio el debate es abierto, y solo puede ser precisado después de que se surta el proceso deliberativo que antecede la decisión judicial.

Esta apertura, sin embargo, no suprime la dinámica general de los procesos en la que el juez constitucional obtiene los insumos de análisis a partir de la “materia prima” que provee el debate público. Lo que ocurre es que estos elementos de juicio insumos por la ciudadanía, por las entidades públicas que participaron en la elaboración o expedición de la normatividad demandada, por las organizaciones sociales y por los expertos en la materia, tienen en este contexto la función de servir como sugerencias de líneas de acción, tanto para delimitar y precisar la controversia jurídica subyacente a cada proceso, como para resolverla. La delimitación definitiva del litigio se produce únicamente en la sentencia, aunque para ello se deban tener en cuenta los conceptos y las herramientas analíticas que arroja el proceso deliberativo, y en todo caso el deber de control integral tiene un amplio espectro.

Por el contrario, cuando el trámite se inicia con una demanda de inconstitucionalidad, los elementos del debate se encuentran determinados en el propio escrito de acusación, que, en principio, fija no solo las disposiciones controladas sino también los contenidos normativos objeto de debate, los estándares del juicio de validez, y el efecto jurídico alrededor del cual se estructura el proceso y la litis constitucional. Sobre la base de esta definición previa, la Corte lidera y orienta el debate, se configura el proceso de deliberación pública, y se determina y resuelve el problema jurídico del que depende el contenido de la decisión judicial. Así las cosas, el margen de maniobra del juez para definir los contornos de las controversias constitucionales es limitado y reducido en este contexto.

En este escenario específico, entonces, existe una continuidad en los elementos de la controversia jurídica desde la admisión de la demanda hasta la adopción de la decisión judicial. Y solo en hipótesis excepcionales que se apartan del curso normal de los acontecimientos, se plantea la necesidad de alterar los elementos estructurales de la litis, como cuando a partir del deber de control integral la Corte examina la validez de un contenido normativo a partir de estándares diferentes de los planteados por el accionante, o como cuando a partir de la figura de la unidad normativa, el escrutinio judicial se extiende hacia preceptos no demandados. Se trata, en todo caso, de situaciones excepcionales y atípicas, en la medida en que en estas hipótesis, cuando se alteran tardíamente los elementos de la litis, el juez constitucional prescinde del proceso deliberativo previo que le debe suministrar los insumos del juicio de constitucionalidad, y del cual depende la legitimidad, validez y racionalidad de la sentencia.

4.5. En este marco, entonces, se debe establecer si es viable el giro en el debate propuesto por la Procuraduría General de la Nación, para que, antes de examinar los cargos por la configuración de la omisión legislativa relativa alegada por el actor, se determine si los tipos penales, considerados en sí mismos, son inconstitucionales por anular las libertades de expresión, de conciencia, de religión, y los principios de legalidad, lesividad y ultima ratio.

Tal como se explicó en los acápites precedentes, en esta oportunidad se propone una reconfiguración integral de la controversia jurídica, pues el análisis recaería sobre contenidos normativos no cuestionados por el actor, a partir de otros estándares de valoración, y la cuestión a resolver sería sustancialmente diferente de la planteada en la

demanda, porque ya no se trataría de establecer si los tipos penales y la circunstancia de mayor punibilidad carecen de un elemento que debería ser incorporado según la Constitución, sino si estos tipos penales y esta causal de agravación, son inconstitucionales.

La Vista Fiscal justifica esta alteración a partir de dos líneas argumentativas: por un lado, se sostiene que este tipo de virajes se justifica cuando existe una contradicción abierta, palmaria e indiscutible entre el precepto demandado y el ordenamiento superior, y que en este caso particular la oposición entre los delitos de actos de discriminación y de hostigamiento tendría todas estas cualificaciones. Y por otro lado, se afirma que aunque en general los pronunciamiento de la Corte deben estar precedidos de un proceso deliberativo abierto y participativo en el que todos los sujetos procesales (demandante, intervinientes y Procuraduría) tengan la oportunidad de pronunciarse sobre un mismo problema jurídico, la valoración del debate debe hacerse, no en el marco de los procesos judiciales considerados aisladamente, sino en el contexto más amplio de la evolución jurisprudencial; y en este orden de ideas, en este caso particular el juez estaría habilitado a enfrentar la nueva problemática esbozada por el Ministerio Público, toda vez que esta ya ha madurado en la comunidad jurídica con ocasión de los amplios y profundos debates que se suscitaron en el contexto de los procesos que dieron lugar a las sentencias C-282 de 2013 y C-671 de 2014.

4.6. La Corte coincide parcialmente con el planteamiento del Ministerio Público, ya que aunque comparte la tesis de que excepcionalmente puede resultar admisible que el juez constitucional altere unilateralmente los elementos estructurales de las controversias que se plantean en un proceso en las hipótesis descritas, difiere de la valoración que se hizo del caso concreto.

En efecto, en el marco de los procesos de constitucionalidad que se activan mediante una demanda, en principio los elementos del escrutinio judicial se fijan al inicio del proceso, cuando se presenta el escrito que plantea la controversia jurídica, y cuando esta es valorada y procesada por el juez en el correspondiente auto admisorio. En condiciones regulares, por tanto, existe una continuidad en la litis a lo largo de todo el trámite judicial, y el juicio de validez que se plasma en la sentencia se estructura a partir de estos elementos previamente acotados y definidos en el escrito de acusación y en la providencia judicial que

la admite.

Excepcionalmente, sin embargo, podría darse un giro en el debate en aquellas hipótesis en las que el problema jurídico que se propone tardíamente es, desde el punto de vista lógico, anterior al que quedó esbozado en la demanda, y en las que, por consiguiente, el referido problema debe ser resuelto previamente, antes de abordar la controversia planteada por el accionante. En este caso, por ejemplo, para poder disponer la ampliación de un tipo penal con el objeto de que sean criminalizadas nuevas conductas no previstas inicialmente por el legislador, debería ser claro que este tipo penal no es, en sí mismo considerado, inconstitucional, porque si lo fuese, ordenar su ampliación implicaría también extender el alcance de una inconstitucionalidad.

No obstante, como quiera que las normas que integran el ordenamiento se encuentran blindadas con la presunción de constitucionalidad del sistema jurídico, la reconfiguración integral de la litis solo es admisible, o bien cuando esta presunción puede ser desvirtuada con los elementos que obran en el proceso judicial, o bien cuando el debate democrático en torno a esa problemática específica se ha producido a lo largo del desarrollo institucional de la Corte, aunque no en el marco del proceso judicial específico en el que se debe adoptar la decisión judicial. De este modo, en la primera hipótesis el juez puede prescindir legítimamente del proceso deliberativo con el objeto de garantizar la supremacía de la Carta Política, y en la segunda este proceso ha se ha surtido, en el contexto más amplio de la historia.

En definitiva, excepcionalmente la Corte puede variar los elementos estructurales de la litis fijados en la demanda y en el auto admisorio de la misma, en aquellas hipótesis en la solución del problema jurídico propuesto por el demandante presupone, desde el punto de vista lógico, valorar previamente la constitucionalidad del precepto legal impugnado, y en el proceso existen elementos de juicio que permiten desvirtuar la presunción de constitucionalidad de la referida disposición o el proceso deliberativo en torno a este asunto específico. En estos casos, el viraje es viable cuando el juez cuenta con los elementos de juicio para valorar la validez de los preceptos acusados prescindiendo del proceso deliberativo, o cuando este proceso no se surtió dentro del mismo proceso, pero sí de manera difusa a lo largo de la historia institucional.

4.7. La Corte estima, sin embargo, que en este caso no se cumplen las condiciones para el viraje propuesto por la Vista Fiscal.

En primer lugar, para que este tribunal pueda extender el alcance de un tipo penal, ese tipo penal, en sí mismo considerado, debe ajustarse al ordenamiento superior, pues no tendría sentido ampliar el contenido de una norma que en sí misma contraviene la Carta Política. Por ello, para extender por vía judicial el alcance de los delitos de actos de discriminación y de hostigamiento, con el objeto de que comprendan las conductas punibles realizadas en razón de la identidad de género de la víctima, la Corte debe poder suponer razonablemente que la tipificación de las conductas correspondientes es constitucionalmente admisible. Es decir, la conformidad de los tipos penales con la Carta Política constituye un problema lógico anterior a la cuestión sobre la necesidad de extender su alcance.

No obstante, como quiera que los correspondientes tipos penales están protegidos con la presunción de constitucionalidad del sistema jurídico, para que la Corte puede modificar el objeto de la litis debería satisfacerse una de dos condiciones: (i) por una parte, debería existir en el proceso un cuestionamiento cualificado a la constitucionalidad de los preceptos demandados, de modo que se haga evidente tanto la necesidad imperiosa de abordar esta nueva problemática, como la posibilidad de resolverla prescindiendo del proceso deliberativo, que es el que en condiciones regulares suministra el juez constitucional los elementos de juicio para la decisión judicial; (ii) o por otro lado, debería haberse configurado integralmente el proceso deliberativo sobre esa problemática específica, al menos a lo largo de la historia institucional de la Corte o en la comunidad jurídica en general.

Ninguna de estas condiciones se satisface en este caso particular.

Por un lado, aunque es cierto que la configuración de procesos deliberativos debe valorarse en un contexto más amplio, y no solo en el estrecho marco de un proceso judicial considerado aisladamente, en este caso particular, incluso asumiendo esta perspectiva más amplia de valoración, no se ha logrado configurar el debate. Evaluado en retrospectiva, lo que ha ocurrido es únicamente se han producido pronunciamientos puntuales y aislados que cuestionan la compatibilidad de los mismos con las libertades individuales y los principios de legalidad, lesividad y ultima ratio, pero sin que haya existido un espacio

específico para que estos cuestionamientos sean analizados, replicados, avalados, fortalecidos, atacados o desvirtuados.

Así, en el marco del proceso que dio lugar a la sentencia C-282 de 2013, el debate fue precario e insuficiente porque las deficiencias de la demanda de inconstitucionalidad se trasladaron al proceso deliberativo como tal. En efecto, en el referido fallo la Corte identificó dos déficits insalvables del escrito de acusación: por un lado, la demanda no estuvo orientada a poner de presente la incompatibilidad entre la normatividad legal y el ordenamiento superior, sino a identificar algunas hipótesis en las que la aplicación de la ley penal eventualmente podría implicar la restricción indebida de las libertades individuales; y por otro lado, los señalamientos partieron de una comprensión manifiestamente inadecuada de la preceptiva legal, asumiendo, por ejemplo, que cualquier forma de rechazo, crítica o censura a una raza, etnia, sexo u orientación sexual, o que cualquier trato diferenciado en función de alguno de estos criterios, configuraba el delito de discriminación o el de hostigamiento, sin tener en cuenta que los tipos penales contienen una serie de calificaciones especiales, y que justamente en función de tales calificaciones, la ley solo criminaliza las manifestaciones más graves y ostensibles de la discriminación.

Pues bien, en términos generales las intervenciones que se dieron en el marco de este proceso se estructuraron a partir las acusaciones de la demanda, y por tanto, las falencias de los cargos se trasladaron al proceso deliberativo como tal. Por ello, como este debate no logró suministrar a la Corte los insumos para el juicio de constitucionalidad, ésta se abstuvo de fallar de fondo. Aunque es innegable que este debate constituye un punto de partida relevante, por sí solo resulta insuficiente para valorar la normatividad demandada.

Por su parte, en la sentencia C-671 de 2014, ya mencionada en los acápites precedentes, la Corte estudió la acusación por la presunta configuración de una omisión legislativa relativa, por no haberse previsto que los delitos de actos de discriminación y de hostigamiento se configuran cuando la conducta punible está motiva por la condición de discapacidad de la víctima. Como este era el cuestionamiento, y no la inconstitucionalidad de la criminalización como tal, el debate giró en torno a esta otra problemática, y no en torno a la oposición entre los tipos penales y las libertades públicas y los principios del derecho penal. Tan solo uno de los intervinientes y la Procuraduría General de la Nación se pronunciaron sobre esta temática, y durante la audiencia pública que convocó la Corte en el

marco de este proceso, la mayor parte de los invitados abordaron problemas distintos, y solo algunos pocos, en virtud de un requerimiento específico de este tribunal, trataron este punto[100].

Y en el marco de este proceso únicamente la Procuraduría General de la Nación abordó esta problemática, sosteniendo que los tipos penales acusados se oponían al principio de igualdad, a las libertades de expresión, de conciencia y religión, y a los principios del derecho penal. Las demás intervenciones circunscribieron el análisis a la problemática esbozada en la demanda.

El recuento anterior permite concluir que aunque existe una preocupación clara y consistente por la forma en que los delitos descritos podrían afectar irrazonablemente la libertad de expresión, y por una tipificación que eventualmente podría criminalizar conductas amparadas por el ordenamiento superior, se trata, en todo caso, de exposiciones puntuales y marginales expresadas fundamentalmente por la propia Procuraduría General de la Nación, y no de un auténtico debate público, abierto y participativo, en el que los distintos actores sociales hayan tenido la oportunidad de controvertir, atacar o avalar estos señalamientos. Se trata entonces de un debate que aún se encuentran en una fase muy precaria, y que por tanto, no suministra a este tribunal los insumos para el juicio de constitucionalidad, ni tampoco para desvirtuar la presunción de constitucionalidad de los correspondientes preceptos.

4.8. En este orden de ideas, la Corte concluye que en este caso no hay lugar a valorar las acusaciones de la Procuraduría General de la Nación que se orientan a cuestionar la constitucionalidad de los delitos de actos de discriminación y de hostigamiento a la luz de las libertades de expresión, de conciencia y de religión, y a la luz de los principios de legalidad, lesividad y de ultima ratio.

La razón de ello radica en que lo anterior supondría alterar la controversia judicial en todos sus elementos estructurales, vale decir, en el contenido normativo que fue atacado por el demandante, en los referentes del juicio de constitucionalidad, y en la pregunta fundamental en torno a la cual se configura la litis. Así, mientras el actor demanda el contenido negativo de los delitos de actos de discriminación y de hostigamiento, en cuanto no habrían penalizado las conductas motivadas por identidad de género de la víctima, la

Procuraduría ataca su contenido positivo, es decir, la tipificación misma; mientras para el actor los estándares del juicio son el principio de igualdad, la prohibición de discriminación y el deber del Estado de brindar protección reforzada a los colectivos históricamente discriminados, para la Vista Fiscal son las libertades individuales y los principios que orientan la definición de la política criminal del Estado; y mientras para el actor la pregunta que debe resolver la Corte es si se debe ampliar el alcance de los tipos penales, para el Ministerio Público el interrogante es si tales delitos deben ser retirados del ordenamiento jurídico.

Y aunque excepcionalmente la Corte podría alterar la litis constitucional cuando ese viraje es condición necesaria para abordar la problemática planteada por el accionante, y existen los elementos de juicio para valorar y resolver la nueva controversia planteada, en este caso específico la Corte carece de los insumos para ellos, pues no se surtió el proceso deliberativo que proporciona este elementos, ni en el marco de este proceso, ni tampoco en el pasado en el marco de otros trámites judiciales surtidos en esta Corporación.

5. El sentido y alcance constitucionalmente admisible de la expresión "orientación sexual", prevista en los artículos 58.3, 134A y 134B del Código Penal

5.1. Tal como se indicó en los acápites precedentes, los demandantes estiman que una primera fuente de inconstitucionalidad se origina en la indeterminación de la expresión "orientación sexual", contenida en la circunstancia de agravación punitiva prevista en el artículo 58.3 del Código Penal, así como en tipos penales contemplados en los artículos 134A y 134B del mismo cuerpo normativo.

En efecto, el primero de estos preceptos establece que constituye una circunstancia de mayor punibilidad que la ejecución de la conducta punible se encuentre inspirada en móviles de intolerancia referidos a la orientación sexual; por su parte, el artículo 134A del Código Penal determina que el delito de actos de discriminación se configura cuando se impide, obstruye o impide arbitrariamente el pleno ejercicio de los derechos por razón de su orientación sexual; y el artículo 134B del Código Penal establece que el delito de hostigamiento se perfecciona cuando se promueven o instigan actos o conductas orientadas a causar daño físico o moral a una personal, por razón de su orientación sexual.

A juicio del demandante, como ninguno de estos preceptos precisa que la criminalización se

extiende tanto a la orientación sexual real como a la percibida por el agresor, podría válidamente concluirse que cuando se comete un delito en contra de una persona asumiendo que tiene determinada orientación sexual y realizando la conducta en razón de esta condición, y la víctima no detenta la orientación que se le atribuye, no hay lugar a aplicar la agravación punitiva, y tampoco se configuran los delitos de actos de discriminación ni el de hostigamiento. En estas hipótesis, entonces, las víctimas se encontrarían en una situación de desprotección, como quiera que la herramienta penal no podría ser utilizada en su favor.

De acuerdo con este planteamiento, corresponde a la Corte determinar si los preceptos demandados adolecen del déficit que le atribuye el actor, y si, en consecuencia, el juez constitucional debe precisar el sentido constitucionalmente admisible de la expresión acusada, en el sentido de indicar que la orientación sexual prevista en los artículos 58.3, 134A y 134B del Código Penal, es tanto la orientación sexual real como la meramente percibida, y que por tanto, cuando una persona comete de un delito contra una persona motivada por una orientación sexual que se le atribuye pero que realmente no detenta, se configura la agravación punitiva por razones de intolerancia o discriminación, o el delito de actos de discriminación o de hostigamiento, según el caso.

5.2. Como puede advertirse, al planteamiento del actor subyacen tres tipos de premisas: (i) en primer lugar, el argumento se sustenta en una tesis de orden normativo, sobre la solución que el derecho positivo asigna a una hipótesis fáctica determinada; a su juicio, a la luz de la legislación penal, cuando una persona comete un delito motivada por una orientación sexual que se le atribuye a la víctima, pero que realmente esta última no tiene, no es posible aplicar la agravación punitiva prevista en el artículo 58.3 de la Código Penal, ni tampoco imputar los delitos de actos de discriminación o de hostigamiento contemplados en el mismo cuerpo normativo; (ii) en segundo lugar, el argumento parte de una premisa de tipo valorativo según la cual, la solución que ofrece la legislación a la hipótesis fáctica señalada es constitucionalmente inadmisible; (iii) y finalmente, a la solicitud del demandante subyace la tesis de que el juez constitucional se encuentra habilitado para enmendar el referido déficit legislativo mediante una sentencia que introduzca el elemento normativo cuya ausencia da lugar a la inconstitucionalidad.

Pasa entonces la Corte a valorar cada una de estas premisas.

5.3. Lo primero que cabe advertir es que efectivamente no existe un consenso en la comunidad jurídica sobre el alcance de los móviles discriminatorios previstos en la normatividad demandada.

Para alguna parte de la doctrina, por ejemplo, para que se configure la circunstancia de mayor punibilidad por razones de intolerancia así como los delitos de discriminación y hostigamiento, se requiere la coincidencia entre el móvil discriminatorio del victimario y la condición objetiva de la víctima. Esta es la línea hermenéutica acogida por el tratadista Juan Camel Cure Márquez, para quien la motivación del autor del hecho punible debe estar acompañada de una realidad objetiva y empíricamente verificable en cabeza de la víctima. En este sentido, el autor sostiene que "no obstante lo subjetivo de esta causal, requiere de aspectos externos y vivenciales que lleven a una realidad plena desde la praxis, circunstancias y condiciones que impliquen cualidades personales (...) Este aspecto es fundamental, pues bien puede ocurrir que exista una intención del sujeto en discriminar a alguien pero si la condición discriminatoria no se encuentra presente, la causa de humillación no existe en el destinatario, en el sujeto pasivo, mal podría hablarse de discriminación; por ejemplo, discriminar a una persona de tez blanca catalogándola como negro o visceversa, o a un colombiano confundiéndole con un judío o palestino no siéndolo, es evidente que dicha causal no se daría, existe una especie de error de prohibición al revés, en cuanto a la circunstancia de agravante, y en caso de presentarse dicho evento la conducta punible se castiga de manera simple"[101].

Sin embargo, también se ha adoptado la línea contraria. En la intervención de la Universidad del Rosario se sostuvo que como el móvil de la intolerancia y de la discriminación constituye una circunstancia subjetiva de mayor punibilidad, las condiciones para su configuración se valoran en relación con la percepción del victimario, representación que bien podría no coincidir con la realidad objetiva de la víctima. Y en este entendido, cuando el móvil para la ejecución de un hecho punible o para la realización de la conductas constitutivas de los delitos previstos en los artículos 134A y 134B del Código Penal es la creencia del agresor sobre una condición personal del sujeto pasivo de la que en realidad carece, en todo caso se configura la circunstancia de mayor punibilidad o el correspondiente delito, porque el elemento relevante es el móvil discriminatorio y no las condiciones objetivas del sujeto pasivo del delito.

Así pues, no existe consenso en la comunidad jurídica sobre el alcance de los preceptos legales acusados.

5.4. La Corte encuentra, sin embargo, que aunque existe una controversia sobre el alcance de las referidas disposiciones, la indeterminación que el accionante le atribuye a dichas disposiciones puede ser superada mediante los criterios hermenéuticos ordinarios, y que a luz de tales parámetros, la circunstancia de mayor punibilidad y los tipos penales demandados se configuran independientemente de que la percepción del victimario sobre la condición de la víctima que constituye el móvil del hecho punible, coincida con la realidad objetiva de esta última.

En efecto, los preceptos demandados hacen radicar la agravación punitiva y la configuración de los hechos punibles, no en las condiciones objetivas de las víctimas, sino en el móvil o causa eficiente de las conductas punibles. Y en este orden de ideas, el elemento constitutivo de la punición es que la agresión hacia el sujeto pasivo del delito esté inspirada en la aversión del victimario hacia cierta condición personal que se atribuye a la víctima, que puede ser la raza, la etnia, las creencias políticas o religiosas, el sexo, la orientación sexual u otras categorías de discriminación, pero sin que sea determinante que esta condición corresponda realmente a la realidad sujeto pasivo del delito. Es decir, lo que es objeto de reproche penal es el móvil de la conducta, y no que la pertenencia de la víctima a un grupo históricamente discriminado.

Así, el artículo 58.3 del Código Penal establece como circunstancia de mayor punibilidad "que la ejecución de la conducta punible esté inspirada en móviles de intolerancia y discriminación referidos a la raza, la etnia, la ideología, la religión, o las creencias, sexo u orientación sexual, o alguna enfermedad o minusvalía de la víctima" (subrayado por fuera de texto). Por su parte, los delitos de actos de discriminación y de hostigamiento se configuran, a la luz de los artículo 134A y 134B del Código Penal, cuando, en el primer caso, la limitación en el pleno ejercicio de los derechos de las personas se haya hecho "en razón" la raza, la nacionalidad, el sexo, la orientación sexual o la discapacidad, y en el segundo, cuando la promoción de los actos orientados a producir daño en la víctima se ha efectuado "en razón" de la raza, etnia, religión, nacionalidad, ideología política o filosófica, sexo, orientación sexual o condición de discapacidad de la víctima.

El texto de la ley sugiere, entonces, que la sanción penal y el juicio de reproche (bien sea por la vía de la agravación o por vía de la tipificación) se establece en razón del móvil racista, sexista, xenofóbico, homofóbico o semejante del victimario, y no en razón de las condiciones personales de la víctima. Y si es en función de esta motivación del autor del hecho punible que se estructuran la circunstancia de mayor punibilidad y los delitos de actos de discriminación y de hostigamiento, resulta indiferente que las percepciones del agresor correspondan a la realidad. Si una persona mata a otra en razón de su aversión a cierta etnia que adjudica a la víctima de su homicidio, el racismo que pretende sancionar la ley penal persiste incluso cuando el agresor se equivoca sobre la etnia a la que pertenecía el sujeto pasivo del delito. En definitiva, como el punto de referencia para valorar la configuración de la causal de agravación punitiva o de los delitos de actos de discriminación o de hostigamiento es la motivación del sujeto activo del delito, resulta indiferente que las representaciones del sujeto activo sobre las condiciones de la víctima, coincidan con las condiciones reales de este último.

Cosa distinta ocurriría si el legislador hubiese pretendido, no sancionar el racismo, el machismo, el sexismo, la xenofobia o la homofobia como móviles de las conductas punibles, sino los ataques a personas o grupos de personas que detentan condiciones que son objeto de especial protección. Si hubiese querido otorgar una protección especial a ciertos grupos históricamente discriminados, como las personas afrodescendientes o indígenas, a las mujeres, a los transexuales o a los refugiados, hubiese utilizado otra técnica legislativa, omitiendo la referencia a los móviles de la conducta punible, e identificando directamente a tales grupos, tal como se establece para otras circunstancias de mayor punibilidad. Así por ejemplo, hubiese utilizado la técnica prevista para la agravación de ciertos delitos, como la contenida en los artículos 104.1 y 104.9 del Código Penal para el homicidio, estableciendo que el delito se agrava cuando se comete en contra de los ascendientes, descendientes y otros parientes, o en contra de persona internacionalmente protegida.

Radicándose entonces el juicio de reproche en el móvil discriminatorio del victimario, la hipótesis abstracta formulada por el accionante puede ser resuelta en el sentido que éste considera constitucionalmente admisible, sin la necesidad de la intervención judicial mediante una declaratoria de constitucionalidad condicionada. Cuando una persona agrede a otra en razón de su homofobia, asumiendo que su víctima es homosexual, como lo que pretende sancionar y criminalizar el legislador es el móvil discriminatorio, considerado en sí

mismo, carece de relevancia para la configuración de la circunstancia de mayor punibilidad o de los delitos de actos de racismo o discriminación que la víctima efectivamente sea homosexual o que no lo sea, porque en cualquier caso, el victimario cometió la conducta punible por su homofobia, que es justamente lo que pretende sancionar el Código Penal.

En este orden de ideas, si el ejemplo que formuló el actor en escrito de acusación tuviese que ser resuelto a la luz de la legislación colombiana, se aplicaría la circunstancia de agravación punitiva prevista en el artículo 58.3 del Código Penal. Tal como se explicó en los acápites precedentes, en el caso que expuso el accionante, dos hermanos salieron abrazados de una fiesta, y fueron atacados brutal y fatalmente por personas que se confundieron sobre su orientación sexual, asumiendo que el abrazo correspondía a una manifestación homosexual y no a una expresión fraternal. Como el móvil de los delitos de homicidio y de lesiones personales fue justamente la orientación sexual de las víctimas, y como el artículo 58.3 del Código Penal agrava los delitos cuyo móvil es la homofobia, en la hipótesis propuesta sería plenamente aplicable la circunstancia de mayor punibilidad.

5.5. La línea anterior no contraviene la interpretación restrictiva que debe regir en materia penal en favor de los procesados y condenados. En efecto, este principio rige para otro tipo de hipótesis en las que existe una auténtica duda interpretativa, y en las que, por consiguiente, un mismo precepto legal admite varias lecturas o aproximaciones incompatibles entre sí, cada una de las cuales cuenta con pleno respaldo jurídico, y en las que, además, los criterios que suministra el derecho positivo no ofrecen una respuesta concluyente para la superación del dilema. En hipótesis como ésta tiene aplicación esta directriz, para que el operador jurídico acoja aquella línea hermenéutica que favorezca la situación jurídica de los procesados y condenados, y aquella que implique un menor campo de punibilidad.

El artículo 58.3 del Código Penal no conduce a este tipo de dificultad, puesto que, de acuerdo con las consideraciones anteriores, una aproximación textual, sistemática y teleológica al precepto legal permite concluir que la agravación punitiva se configura independientemente de que el móvil discriminatorio del delito corresponda a las condiciones reales de la víctima. Cosa distinta ocurriría si, por ejemplo, el texto de la ley se opusiera a la finalidad que inspiró al legislador para consagrar la circunstancia de mayor punibilidad, o si una aproximación sistemática fuese incompatible con la literalidad de la

ley, y no hubiese modo de superar esta tensión entre las líneas hermenéuticas. En este caso, por el contrario, todas las directrices interpretativas apuntan en una sola dirección y, por ende, no hay lugar a la aplicación del referido principio de cierre.

5.6. Así las cosas, en la medida en que el derecho positivo ofrece una solución jurídica a la hipótesis planteada por el accionante distinta de la que se supuso en el escrito de acusación, no es posible atribuir a la legislación el déficit legislativo que se le atribuyó, y por tanto, los preceptos demandados serán declarados exequibles por el cargo analizado.

Y aunque podría argumentarse que pare evitar cualquier duda en torno al alcance del precepto impugnado, la Corte debería declarar la constitucionalidad condicionada del mismo, aclarando que la expresión "orientación sexual" prevista en los artículos 58.3, 134ª y 134B del Código Penal comprende tanto la orientación sexual como la meramente percibida para el victimario, con esta modalidad decisional se estaría adjudicando a la legislación un déficit del que realmente carece, y estaría ampliando por vía judicial el alcance de un texto legal, tesis ambas inaceptables desde la perspectiva constitucional.

6. La configuración de la omisión legislativa por la falta de previsión expresa de la categoría de "identidad de género" en el artículo 58.3 del Código Penal

6.2. Frente a este interrogante se plantearon cuatro posibles soluciones: (i) por un lado, la Procuraduría General de la Nación, la Academia Colombia de Jurisprudencia, el Ministerio del Interior, el Centro de Investigaciones en Política Criminal de la Universidad Externado de Colombia y Alliance Defending Freedom sostuvieron que debía declarare la exequibilidad del precepto, sobre la base de que el legislador no se encontraba constitucionalmente obligado a incluir la referida categoría en los enunciados penales, y sobre la base de la inviabilidad de la intervención judicial para ampliar el poder punitivo del Estado, fundamentalmente por la precariedad de la herramienta penal para enfrentar el fenómeno discriminatorio en general, y en particular el tipo de discriminación que se alega en la demanda contra las personas transexuales; (ii) por otro lado, el Ministerio del Interior sostiene que el presunto déficit normativo debe ser solventado directamente por el legislador, de modo que al juez constitucional únicamente le corresponde exhortar el órgano parlamentario para que evalúe la falencia normativa y para que, de ser el caso, la enmiende directamente; (iii) en tercer lugar, PAIIS, la Universidad del Rosario y Dejusticia-

Colombia Diversa sostienen que aunque efectivamente los preceptos demandados no prevén de manera expresa la categoría de la identidad de género, debiéndola prever, en todo caso no se configura una omisión legislativa, como quiera que se encuentra implícita en otras que sí se encuentran previstas en la legislación, como el sexo y la orientación sexual; y así las cosas, la intervención del juez constitucional no debe estar encaminada a introducir un nuevo elemento en los preceptos penales, sino a dilucidar el sentido constitucionalmente admisible de la legislación, en el sentido de que la circunstancia de mayor punibilidad prevista en el artículo 58.3 del Código Penal y los delitos de actos de discriminación y hostigamiento se configuran cuando la conducta punible se realizada motivada por la identidad de género de la víctima; (iv) finalmente, la Universidad del Norte, Caribe Afirmativo y la Universidad Javeriana coinciden con el accionante en que los preceptos demandados adolecen de una omisión legislativa relativa por no prever la categoría de identidad de género en los preceptos acusados, omisión que se traduce en un déficit de protección de las personas transgénero y en la vulneración de su derecho a la igualdad; y así las cosas, el juez constitucional debe introducir en los preceptos demandados el referido elemento normativo, mediante una sentencia integradora.

6.3. Nuevamente, el planteamiento del actor se ampara en tres tipos de premisas: (i) una premisa de orden normativo, sobre la solución que el derecho positivo asigna a una hipótesis fáctica abstracta; según el actor, cuando una persona comete un delito contra una persona motivada por su identidad de género, no hay lugar a la aplicación de la circunstancia de mayor punibilidad prevista en el artículo 58.3 del Código Penal, como quiera que esta categoría no se encuentra prevista expresamente dentro del catálogo cerrado de factores de discriminación que contiene dicho precepto; (ii) una premisa de orden valorativo, a la luz del cual la solución de la legislación a la hipótesis abstracta anterior es constitucionalmente inadmisible, porque implica una discriminación negativa en contra de las personas transgénero y porque deja en situación de indefensión a este grupo poblacional; (iii) y una premisa sobre las facultades y deberes de la Corte en el escenario del control abstracto de constitucionalidad, según la cual éste déficit debe ser enmendado mediante una sentencia integradora que introduzca en la norma penal la categoría de la identidad de género.

6.4. Con respecto a la primera de estas premisas, la Corte encuentra que al igual que en el caso anterior, el alcance del precepto legal ha sido objeto de controversia.

En efecto, para alguna facción de la comunidad jurídica la expresión “orientación sexual” no comprende la identidad de género, motivo por el cual el artículo 58.3 del Código Penal únicamente agravaría la sanción penal cuando la agresión está inspirada para el victimario en las preferencias sexuales y emocionales de la víctima, más no en la percepción de esta última sobre su género.

Esto es justamente lo que sostiene el demandante cuando asegura que la Fiscalía General de la Nación no puede agravar los delitos cuando las conductas punibles se encuentran motivadas en la intolerancia hacia las personas transgénero. Parte de la doctrina también coincide en esta apreciación; el tratadista Ricardo Posada Maya también afirma que debido a la distinción conceptual entre la identidad de género y la orientación sexual, las referidas expresiones no pueden ser asimiladas en el ámbito penal, debido a la interpretación restrictiva que rige en esta materia; por ende, cuando la norma sanciona penalmente la discriminación fundada en la orientación sexual y no en la identidad de género, el intérprete no podría incluir dentro de aquella categoría esta última expresión: “esta categoría [la de orientación sexual] no cubre la identidad de género, que sería la afinidad o sentimiento de pertenencia o rechazo sicológico de una persona por un género sexual biológico determinado, sin que ello comporte una específica preferencia u orientación sexual. Por el momento, la discriminación basada en la identidad resulta impune, particularmente en los casos de transgenerismo; e incluir esta categoría en la orientación sexual constituiría una clara infracción al principio de legalidad y a la prohibición de la analogía in malam partem”[103].

Por el contrario, para intervinientes como PAIIS, la Universidad del Rosario y Dejusticia-Colombia Diversa, las categorías del sexo y de la orientación sexual comprenden la identidad de género. A juicio de Dejusticia – Colombia Diversa y de la Universidad del Rosario Diversa esto es así no solo porque la comunidad jurídica así lo ha entendido a lo largo del tiempo, sino también porque la discriminación basada en la identidad de género obedece a los mismos patrones que la que se basa en la orientación sexual. Y para PAIIS esto se explica porque en últimas, la distinción entre el sexo, el género y la identidad de género es artificiosa. Así las cosas, cuando el legislador dispuso la agravación punitiva para los delitos motivados por la intolerancia en razón del sexo o de la orientación sexual, debe también lo hizo respecto de las los delitos motivados por la intolerancia en función de la identidad de género.

De este modo, entonces, existe una controversia en la comunidad jurídica sobre el alcance de las expresiones “orientación sexual” y “sexo”, en la legislación penal.

6.5. La Corte estima la acusación del actor por la presunta configuración de una omisión legislativa relativa se ampara en una comprensión inadecuada de la legislación. En efecto, el accionante sostiene que el déficit normativo se presenta porque el derecho positivo asigna una consecuencia jurídica inaceptable desde la perspectiva constitucional, a una hipótesis fáctica abstracta determinada. En particular, se argumenta que cuando una persona comete un delito motivado por la identidad de género de la víctima, no habría lugar a imputar la circunstancia de mayor punibilidad prevista en el artículo 58.3 del Código Penal, en la medida en que la referida categoría no se encuentra comprendida dentro del listado cerrado de factores discriminatorios previstos en dicho artículo; y a su juicio, esta solución prevista en el derecho positivo es constitucionalmente inaceptable. A juicio de la Corte, sin embargo, esta no es la consecuencia jurídica que la legislación asigna al supuesto fáctico propuesto.

6.6. En primer lugar, el precepto demandado es claro en penalizar los delitos motivados por la intolerancia y la discriminación referida al sexo de la personas. Es así como el artículo 58.3 del Código Penal establece que constituye una circunstancia de mayor punibilidad “que la ejecución de la conducta esté inspirada en móviles de intolerancia y discriminación referidos al (…) sexo”.

Ahora bien, dentro de una interpretación sistemática y evolutiva del ordenamiento legal, el sexo que se atribuye a las personas no se encuentra determinado únicamente por las condiciones biológicas de los individuos según la clasificación general entre hombre y mujeres, sino también, por la percepción de la propia persona sobre su género. Por ello, aunque en principio el sexo que se asigna a las personas está en función de sus datos biológicos, el ordenamiento jurídico ha reconocido la propia percepción como criterio complementario para efectuar esta asignación.

Es así como en el escenario del registro civil, en la sentencia T-063 de 2015[104] se estableció que la Registraduría Nacional del Estado Civil debía asignar el sexo según esta segunda variable; en el contexto de las instituciones educativas, en las sentencia T-141 de 2015[105] se determinó que el tratamiento de las personas según su pertenencia al género

masculino o femenino debe establecerse no solo en función de su condición biológica sino fundamentalmente en función de sus opciones vitales; esta misma línea ha sido adoptada en el contexto de la prestación del servicio militar en las sentencias C-584 de 2015[106] y T-099 de 2015[107], al determinarse que las mujeres transgénero no tienen la obligación de prestar el servicio militar, por cuanto atendiendo a sus opciones vitales y a su percepción individual, son mujeres en sentido estricto, y el servicio militar no es obligatorio para las mujeres.

Haciendo eco de estas directrices, el Decreto 1227 de 2015 estableció el trámite para la corrección del componente sexo en el registro del Estado Civil de las personas transgénero, exigiendo únicamente la declaración juramentada de querer la corrección de la casilla "sexo" en el documento correspondiente. Con esta normatividad, entonces, se materializó el imperativo anterior, en el sentido de que el reconocimiento estatal del sexo se establece en función de la construcción sociocultural que efectúa cada persona de su identidad sexual[108].

En este orden de ideas, la agravación punitiva para los delitos cuyo móvil es la intolerancia o la discriminación referida al sexo de las personas, se extiende no solo a las agresiones cometidas en razón de la condición sexual de orden biológico de las víctimas, sino también en razón de sus opciones vitales, y de la construcción socio cultural y de la percepción individual de la identidad sexual.

Por tanto, cuando se comete un delito en contra de una persona transexual, y el móvil de este delito es la aversión a esa condición personal, a la luz del artículo 58.3 del Código Penal se configuraría la agravación punitiva.

6.7. Por otro lado, la Corte coincide con la apreciación de Dejusticia – Colombia Diversa, en el sentido de que el punto de referencia para determinar la solución que el derecho positivo asigna a la hipótesis abstracta planteada por el accionante no son las categorizaciones conceptuales que distinguen entre la identidad de género y la orientación sexual, sino el contenido que el propio legislador asignó a las expresiones lingüísticas que empleó para establecer las circunstancias de mayor punibilidad.

En efecto, el referido interviniente sostuvo que en el contexto de los preceptos demandados, la expresiones "sexo" y "orientación sexual" debían entenderse como

comprensivas de la identidad de género, en la medida en que el legislador, al consagrar la circunstancia de mayor punibilidad, pretendió no solo sancionar los delitos cometidos en razón de las preferencias, deseos, sentimientos y atracciones sexuales y emocionales de las personas frente a otras, sino también los delitos cometidos en razón de la percepción individual sobre la identidad sexual, utilizando una expresión lingüística abarcativa que para la época en que fue expedido el Código Penal, era dominante en la comunidad jurídica: la expresión "orientación sexual", con la cual se designaba de manera global a la comunidad LGBTI, que en ese entonces era concebida como un grupo homogéneo.

En la medida en que esta minoría fue adquiriendo progresivamente mayor visibilidad y reconocimiento jurídico, se fueron depurando las categorías conceptuales, y se distinguió entre la orientación sexual propiamente dicha, y la identidad de género, entendiendo por la primera las preferencias, deseos, sentimientos y atracciones sexuales y emocionales de las personales frente a otras, y por la segunda, la percepción individua sobre la identidad sexual.

Sin embargo, como lo que pretendía el legislador era sancionar tanto la homofobia propiamente dicha, como la transfobia, la expresión "orientación sexual" debe ser entendida en este contexto específico en este sentido amplio.

En este orden de ideas, como las expresiones "sexo" y "orientación sexual" previstas en el artículo 58.3 del Código Penal comprenden la identidad de género, la solución que el derecho positivo asigna la hipótesis abstracta propuesta por el accionante es distinta de la supuesta en el escrito de acusación, pues a la luz de esta normatividad, cuando una persona comete un delito motivado por la identidad de género de la víctima, sí hay lugar a la aplicación de la circunstancia de mayor punibilidad prevista en el artículo 58.3 del Código Penal. En otras palabras, aunque el artículo 58.3 del Código Penal no prevé como categoría autónoma la identidad de género como móvil en función del cual se puede estructurar la circunstancia de mayor punibilidad, implícitamente se encuentra comprendida dentro de las de sexo y orientación sexual, y de este modo, el precepto demandado carece del déficit constitucional que se le atribuyó en la demanda que dio inicio al presente proceso.

Por tal motivo, el precepto legal será declarado exequible por los cargos analizados. Y

nuevamente, aunque podría argumentarse que para evitar cualquier duda en torno al alcance de los preceptos demandados se debería declarar la constitucionalidad condicionada de los preceptos demandados, a efectos de aclarar que la categoría "identidad de género" se encuentran comprendida dentro de las de sexo y de orientación sexual en el artículo 58.3 del Código Penal, esta modalidad decisional implicaría adjudicar a la legislación un déficit del que realmente carece, y ampliar por vía judicial el alcance de una ley penal, cuestiones ambas inaceptables desde la perspectiva constitucional

7. Recapitulación y conclusiones

7.1. En ejercicio de la acción pública de constitucionalidad, el ciudadano Luis Eduardo Montealegre Lynett demandó los artículos 58.3, 134ª y 134B de la Ley 599 de 2000. Estos preceptos consagran, respectivamente, una circunstancia de mayor punibilidad cuando la conducta punible está inspirada en móviles de intolerancia o discriminación, así como los delitos de actos de discriminación y el de hostigamiento.

A juicio del accionante, la referida normatividad adolece de dos deficiencias. En primer lugar, ni la causal de agravación punitiva ni los tipos penales se configuran cuando la conducta punible se encuentra motivada por la identidad de género de la víctima, sino por otros factores de discriminación como la raza, la etnia, la nacionalidad, el sexo o la orientación sexual; con ello, el propio derecho positivo discrimina a las personas que tienen una identidad de género diversa, porque las priva de una herramienta legal que en cambio sí se otorga a otros grupos que se encuentran en su misma posición jurídica, y el Estado incumple el deber de protección reforzada de colectivos vulnerables e históricamente discriminados. Y en segundo lugar, las disposiciones impugnadas no precisan que la orientación sexual, en función de la cual se configuran los delitos de discriminación y el de hostigamiento, y la circunstancia de mayor punibilidad, comprende tanto la orientación sexual real de la víctima, como la meramente percibida por el victimario; con ello, los operadores jurídicos pueden entender que cuando una persona comete un delito motivada por la aversión hacia una orientación sexual que se atribuye a la víctima, pero esta última realmente no tiene la orientación supuesta por el agresor, no se perfecciona el delito ni la causal de agravación punitiva, con lo cual el Estado incumple su deber de combatir toda forma de discriminación.

7.2. Frente a estas acusaciones, la Corte encontró, en primer lugar, que el juicio de constitucionalidad no era viable frente a las disposiciones que consagran los delitos de actos de discriminación y de hostigamiento por la falta de previsión de la categoría de la identidad de género, ya que antes de presentarse la demanda, la Ley 1752 de 2015 modificó los tipos penales acusados mediante la introducción de una cláusula residual de factores de discriminación, cláusula que al permitir la criminalización de los delitos motivados por la identidad de género de la víctima, tácitamente enmienda la presunta falencia constitucional identificada por el actor.

7.3. En segundo lugar, la Corte concluyó que aunque la Procuraduría General de la Nación solicitó a esta Corporación declarar la inexequibilidad de los artículos 134A y 134B del Código Penal por su oposición a las libertades individuales de expresión, conciencia y religión, a los principios de legalidad, lesividad y ultima ratio del derecho penal, y al principio de igualdad, no era viable evaluar el requerimiento de la Vista Fiscal. La razón de ello es que el examen propuesto por esta entidad implicaría una reconfiguración integral de la controversia planteada en la demanda de inconstitucionalidad, que se extendería incluso al contenido normativo analizado, a los estándares de valoración y al objeto de la decisión judicial, sin que por otro lado la Corte contara con los elementos de juicio para efectuar este nuevo análisis prescindiendo del debate público, abierto y participativo que normalmente suministra al juez constitucional los insumos de la decisión, y sin que este proceso deliberativo se hubiese surtido en este proceso o en procesos constitucionales anteriores.

7.4. En tercer lugar, con respecto a los señalamientos en contra de los artículos 58.3, 134A y 134B del Código Penal por no precisar que la criminalización se extiende no solo a las agresiones motivadas en la orientación sexual real de la víctima sino también a las motivadas en la meramente percibida por el agresor, se concluyó que los preceptos demandados no adolecían del déficit normativo alegado por el actor.

En efecto, la acusación se ampara en una premisa de orden normativo según la cual el derecho positivo no sanciona penalmente las conductas punibles motivadas por una orientación sexual que el agresor atribuye a la víctima pero de la que esta carece, cuando la utilización de los criterios hermenéuticos ordinarios permite conduce a la conclusión contraria. Es así como el texto de los preceptos demandados permiten concluir que la sanción penal y el juicio de reproche se establecen en función de los móviles de la acción, y

no en razón de la pertenencia de un sujeto a un grupo discriminado, por lo cual, presentándose este elemento subjetivo, y siendo este la causa eficiente de la agresión constitutiva de la conducta pública, resulta indiferente que la víctima del delito detente la condición que se le adjudica por el victimario. Es decir, si es en función de la motivación del autor del hecho punible que se estructuran la circunstancia de mayor punibilidad y los delitos de actos de discriminación y el de hostigamiento, es decir, en razón del móvil racista, sexista, xenofóbico o semejante del victimario, carece de relevancia que las percepciones del agresor correspondan sobre las condiciones de la víctima correspondan a la realidad.

Así las cosas, en la medida en que el derecho positivo ofrece una solución jurídica a la hipótesis planteada por el accionante distinta de la que se supuso en el escrito de acusación, no es posible atribuir a los preceptos acusados el déficit que se le atribuyó.

7.5. Finalmente, con respecto a la acusación en contra del artículo 58.3 del Código Penal por la falta de inclusión de la categoría de la identidad de género como factor discriminatorio en función del cual se estructura la circunstancia de mayor punibilidad, se concluyó igualmente que el precepto legal no adolece de la falencia que se supuso en la demanda de inconstitucionalidad.

En efecto, el señalamiento parte de la premisa de orden normativo según la cual los delitos motivados por la identidad de género de la víctima, no configuran una circunstancia de mayor punibilidad. La Corte entiende, sin embargo, que una aproximación textual, contextual y teleológica del precepto acusado, descarta esta conclusión. Primero, porque el artículo 58.3 del Código Penal sí agrava los delitos cuya motivación es la aversión hacia el sexo de la víctima, y la determinación del sexo de las personas puede atender no solo a sus condiciones biológicas sino también a su propia percepción sobre su identidad sexual; es decir, la categoría del sexo subsume a la de la orientación sexual. Y segundo, porque el artículo 58.3 del Código Penal agrava los delitos cuya motivación es la aversión hacia la orientación sexual de la víctima, y cuando se expidió el Código Penal en la comunidad jurídica se asimilaban las nociones de orientación sexual y de identidad de género, por lo cual debe presumirse que el legislador quiso agravar ambas modalidades de discriminación.

7.6. De acuerdo con el análisis anterior, la Corte resolvió: (i) Inhibirse de pronunciarse sobre la exequibilidad de los artículos 134A y 134B del Código Penal, en relación con el cargo, por la presunta configuración de una omisión legislativa relativa, derivada de la falta de previsión de la categoría de identidad de género en los respectivos preceptos legales.; (ii) declarar la exequibilidad del artículo 58.3 del Código Penal, en relación con el cargo por la falta de previsión de la categoría de identidad de género en el respectivo precepto legal; (iii) declarar la exequibilidad de los artículos 58.3, 134A y 134B del Código Penal, en relación con el cargo por no haberse previsto que la sanción penal se extiende a los delitos realizados en razón de la orientación sexual real y meramente percibida por el victimario.

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

RESUELVE

PRIMERO.- DECLARAR LA EXEQUIBILIDAD del artículo 58.3 del Código Penal, en relación con el cargo por la falta de previsión de la categoría de identidad de género en el respectivo precepto legal.

SEGUNDO.- DECLARAR LA EXEQUIBILILIDAD de los artículos 58.3, 134A y 134B del Código Penal, en relación con el cargo por no haberse previsto que la sanción penal se extiende a los delitos realizados en razón de la orientación sexual real y meramente percibida por el victimario.

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

MARIA VICTORIA CALLE CORREA

Presidente

Con salvamento parcial de voto

LUIS GUILLERMO GUERRERO PÉREZ

Magistrado

ALEJANDRO LINARES CANTILLO

Magistrado

GABRIEL EDUARDO MENDOZA MARTELO

Magistrado

GLORIA STELLA ORTIZ DELGADO

Magistrada

Con salvamento parcial de voto

JORGE IVAN PALACIO PALACIO

Magistrado

Con salvamento parcial de voto

JORGE IGNACIO PRETELT CHALJUB

Magistrado

ALBERTO ROJAS RÍOS

Magistrado

LUIS ERNESTO VARGAS SILVA

Magistrado

Con salvamento parcial de voto

MARTHA VICTORIA SÁCHICHA MÉNDEZ

Secretaria General

SALVAMENTO PARCIAL DE VOTO DE LA MAGISTRADA

GLORIA STELLA ORTIZ DELGADO

A LA SENTENCIA C-257/16

DEMANDA DE INCONSTITUCIONALIDAD SOBRE DELITOS DE ACTOS DE DISCRIMINACION Y HOSTIGAMIENTO-La Corte debió inhibirse de fallar respecto de todos los cargos propuestos contra los artículos 134A y 134B de la Ley 599 de 2000, dado que tales disposiciones fueron subrogadas antes de la presentación de la demanda (Salvamento parcial de voto)

DEMANDA DE INCONSTITUCIONALIDAD SOBRE CIRCUNSTANCIAS DE MAYOR PUNIBILIDAD FRENTE A ACTOS DE DISCRIMINACION Y HOSTIGAMIENTO-Se debió profundizar en las distinciones conceptuales existentes entre las categorías “sexo”, “orientación sexual” e “identidad de género” e incluir un condicionamiento expreso en torno a la circunstancia de agravación punitiva establecida en el artículo 58.3 del Código Penal (Salvamento parcial de voto)

DEMANDA DE INCONSTITUCIONALIDAD SOBRE CIRCUNSTANCIAS DE MAYOR PUNIBILIDAD FRENTE A ACTOS DE DISCRIMINACION Y HOSTIGAMIENTO-La agravación punitiva de conductas de discriminación por identidad de género no necesariamente constituye un instrumento eficaz para enfrentar tales comportamientos ni es una herramienta adecuada para proteger los bienes jurídicos que se pretenden salvaguardar con esta clase de medidas (Salvamento parcial de voto)

Referencia: Expediente D-10948

Demanda de inconstitucionalidad contra los artículos 58.3, 134A y 134B de la Ley 599 de 2000, “por la cual se expide el Código Penal”

Actor: Luis Eduardo Montealegre Lynett

Magistrado Ponente:

LUIS GUILLERMO GUERRERO PÉREZ

Con el acostumbrado respeto por las decisiones de la Corte Constitucional, presento a continuación las razones que me conducen a salvar parcialmente mi voto en la decisión de

la referencia, aprobada por la Sala Plena en sesión del 18 de mayo de 2016.

1. La sentencia C-257 de 2016, estudió una demanda de inconstitucionalidad en contra de los artículos 58.3, 134A y 134B del Código Penal (Ley 599 de 2000) preceptos que, por una parte, establecen una circunstancia de mayor punibilidad en aquellos casos en los que la conducta delictiva esté inspirada en móviles de intolerancia y discriminación referidos a ciertas categorías de personas y, por otra, tipifican los delitos de actos de discriminación y de hostigamiento.[109]

El actor alegaba la configuración de una omisión legislativa relativa por falta de inclusión de la categoría de identidad de género en las tres disposiciones acusadas. Así mismo, señalaba que la expresión "orientación sexual," incorporada en las normas cuya inconstitucionalidad se aducía, resultaba indeterminada pues no se establecía expresamente si dichas conductas también se sancionaban penalmente, ni si las penas podían ser agravadas cuando el motivo del ataque no era la orientación sexual real de la víctima sino aquella aparente o percibida por su agresor.

La Corte Constitucional se inhibió de pronunciarse sobre el cargo por omisión legislativa relativa, en lo referente a los artículos 134A y 134B del Código Penal por estimar que, con la modificación de los tipos penales acusados a través de la Ley 1752 de 2015, se introdujo una cláusula residual de factores de discriminación que incluyó el ingrediente normativo presuntamente omitido.[110] Sin embargo, declaró exequible el artículo 58.3 del referido estatuto penal, pues consideró que las categorías "sexo" y "orientación sexual," incluidas en el precepto acusado, efectivamente cobijan a los delitos motivados en la aversión a la identidad de género de la víctima, razón por la cual tales comportamientos sí resultan objeto de la circunstancia de agravación punitiva.[111]

Por último, respecto de la acusación planteada contra los tres artículos demandados fundada en que, supuestamente, no sancionaban penalmente las conductas motivadas en la orientación sexual percibida por el victimario, este Tribunal decidió declararlos exequibles, pues estimó que no se presentaba el déficit normativo aducido por el actor.

2. Del análisis descrito, comparto la conclusión a la que arribó la Sala Plena en relación con el artículo 58.3 del Código Penal, frente al presunto déficit de protección de las víctimas de delitos motivados en la orientación sexual meramente percibida por el agresor.

Sin embargo, me aparto de las demás decisiones que tomó la mayoría de la Corte en esta oportunidad.

En primer lugar, considero que esta Corporación debió inhibirse de fallar respecto de todos los cargos propuestos en contra de los artículos 134A y 134B de la Ley 599 de 2000, dado que tales disposiciones fueron subrogadas antes de la presentación de la demanda. Por lo tanto, el juicio de inconstitucionalidad carecía de objeto en la medida en que las normas acusadas no formaban (ni forman) parte del ordenamiento jurídico y no seguían proyectando sus efectos.

En segundo lugar, disiento de la postura mayoritaria que acogió la declaratoria de exequibilidad pura y simple del artículo 58.3 del Código Penal, en relación con el cargo formulado por falta de previsión de la categoría de identidad de género en dicho precepto legal. En mi criterio, se debió incluir un condicionamiento expreso a la circunstancia de agravación punitiva establecida en el artículo 58.3 del Código Penal y se debió profundizar en las distinciones conceptuales existentes entre las categorías “sexo”, “orientación sexual” e “identidad de género.”

Por último, considero que la agravación punitiva de conductas de discriminación por identidad de género no constituye un instrumento eficaz para enfrentar tales comportamientos ni es una herramienta adecuada para proteger los bienes jurídicos que se pretenden salvaguardar con esta clase de medidas.

Primer desacuerdo: la Corte ha debido inhibirse frente a los cargos formulados en contra de los artículos 134A y 134B del Código Penal, por cuanto se presentó una subrogación normativa que modificó la disposición antes de la presentación de la demanda de inconstitucionalidad.

3. Pese a haber advertido que la demanda de inconstitucionalidad fue interpuesta con posterioridad a la entrada en vigencia de la Ley 1752 de 2015 (norma que subrogó a dos de las disposiciones señaladas),[112] el fallo respecto del cual salvo parcialmente mi voto no consideró que dicha circunstancia fuera suficiente para proferir una decisión inhibitoria respecto de todas las acusaciones formuladas en contra de los artículos 134A y 134B del

Código Penal.

En este sentido, la sentencia C-257 de 2016 distinguió entre ambos cargos. Por una parte, frente al primer señalamiento (según el cual se había incurrido en omisión legislativa relativa), la Corte Constitucional optó por la inhibición con fundamento en que la Ley 1752 de 2015 introdujo una cláusula residual de factores de discriminación que incluía el ingrediente normativo presuntamente omitido, por lo que no resultaría viable adelantar el estudio de constitucionalidad frente a dicha acusación.

Por otra parte, con respecto a la segunda objeción formulada (con base en la cual las normas demandadas sancionaban únicamente las conductas tipificadas que se originaban en la aversión por la orientación sexual real de las víctimas y no en aquella meramente percibida por el sujeto activo), este Tribunal emprendió el análisis de fondo de las disposiciones acusadas y concluyó que resultaban conformes a la Carta Política.

4. Sin embargo, la decisión de la Sala Plena en relación con los artículos 134A y 134B del Código Penal, a mi juicio, desconoce la jurisprudencia constitucional y desnaturaliza el objeto del control de constitucionalidad, el cual debe recaer sobre normas que produzcan efectos jurídicos.

Para empezar, conviene recordar que esta Corporación se ha pronunciado en diversas ocasiones sobre los fenómenos de la derogación y subrogación de normas jurídicas y sus efectos en el control de constitucionalidad. La Corte ha considerado a la subrogación como una modalidad de la derogación, que consiste en el "acto de sustituir una norma por otra."[113] Así las cosas, se diferencia la subrogación de la derogación simple como quiera que la primera, en lugar de abolir o anular una disposición del ordenamiento jurídico, lo que hace es reemplazar un texto normativo por otro. Por tanto, como resultado de la subrogación, las normas jurídicas preexistentes pueden ser derogadas, modificadas o sustituidas por otras nuevas, en todo o en parte.[114]

El fenómeno de la subrogación normativa cobra especial importancia al momento de establecer si el juez constitucional tiene la potestad de pronunciarse sobre la conformidad de una disposición jurídica con la Carta Política pues, como se ha expresado, el objeto del control de constitucionalidad son las disposiciones jurídicas vigentes. Así, se deben observar una serie de reglas para determinar si hay lugar a proferir una decisión de fondo o

si debe dictarse un fallo inhibitorio.[115]

En efecto, en reiteradas ocasiones esta Corporación ha indicado que el análisis en sede de control abstracto de constitucionalidad de normas jurídicas que han sido objeto del fenómeno de la subrogación (como modalidad de la derogación) debe identificar los siguientes puntos: (i) las normas subrogada y subrogatoria; (ii) la aptitud formal de la disposición subrogatoria para reformar a la subrogada, determinada por la jerarquía normativa, (iii) la aptitud material de la preceptiva subrogatoria para sustituir a la subrogada, definida por sus contenidos. Luego del establecimiento certero de que ha ocurrido una subrogación, la Corte debe determinar si la regla subrogada continúa vigente o aun produce efectos jurídicos, caso en el cual sería competente para realizar un análisis de fondo. El estudio de vigencia comienza con la (iv) verificación de la identidad material y jerárquica entre la norma subrogada y la subrogatoria. Si no se presenta identidad material, la Corte aún debe preguntarse sobre su posibilidad de asumir conocimiento de fondo a consecuencia de la eventual producción de efectos por parte de la disposición subrogada. (v) Para establecer si la regla todavía genera resultados jurídicos deben verificarse a) las cláusulas de vigencia del cuerpo jurídico subrogatorio, b) los elementos de la práctica judicial relevantes, c) los aspectos de eficacia social pertinentes o d) cualquier otro criterio aplicable que demuestre que la norma continúa con la producción de sus efectos jurídicos.[116]

5. En el presente caso, a partir de la aplicación de la regla jurisprudencial descrita, es claro que la Ley 1752 de 2015 subrogó los artículos 134A y 134B del Código Penal, toda vez que modificó expresamente dichos preceptos jurídicos que, en su momento, ya habían sido introducidos por la Ley 1482 de 2011.[117]

Igualmente, en cuanto al análisis de vigencia o producción de efectos jurídicos de los artículos 134A y 134B del Código Penal, cabe señalar que tanto la norma subrogatoria como la subrogada son leyes ordinarias (identidad jerárquica). Sin embargo, el contenido original previsto en la Ley 1482 de 2011 fue modificado sustancialmente por la Ley 1752 de 2015, al introducir una cláusula abierta que reconoce otros factores de discriminación diversos de los contemplados en la formulación original de los enunciados normativos.

De esta manera, al constatarse la falta de identidad material entre tales preceptos, debe

determinarse si la norma subrogada continúa produciendo efectos jurídicos. Sobre el particular, se indica: (i) la norma subrogatoria estableció su propia vigencia a partir de su publicación y derogó las normas que le fueran contrarias y (ii) de los elementos de práctica judicial o eficacia social no se desprende que las disposiciones subrogadas sigan produciendo efectos jurídicos. Ante esta circunstancia, de conformidad con la jurisprudencia reiterada de esta Corte, no resultaba posible emprender un estudio de fondo acerca de la constitucionalidad de las disposiciones subrogadas y debía optarse por la inhibición.[118]

6. En contraste, la sentencia C-257 de 2016 omitió analizar el fenómeno de la subrogación de los artículos 134A y 134B. En su lugar, el problema jurídico que abordó la providencia fue el de establecer si había lugar a un pronunciamiento de fondo en relación con las normas citadas, "por no incluir la categoría de la identidad de género, cuando actualmente estos preceptos ya tienen incorporada una cláusula residual de factores de discriminación."[119]

Desde mi punto de vista, antes de acometer el estudio de esta cuestión, debía llevarse a cabo la determinación de la vigencia de la norma jurídica demandada. A partir de dicho análisis, resultaba forzoso concluir que los artículos 134A y 134B de la Ley 599 de 2000 fueron objeto de subrogación antes de la presentación de la demanda y carecían de consecuencias jurídicas en dicho momento, razón por la cual no podrían someterse al control abstracto de constitucionalidad que, por definición, sólo puede recaer sobre normas jurídicas vigentes o que generen efectos jurídicos al momento de su valoración. Por lo tanto, el análisis adelantado por la Sala Plena no podía llevarse a cabo sin establecer la vigencia de los preceptos normativos acusados.

En este punto, es indispensable precisar que los artículos 134A y 134B del Código Penal, como se encontraban formulados en vigencia de la Ley 1482 de 2011, carecían de efectos jurídicos al momento del análisis de constitucionalidad, toda vez que tales disposiciones resultaban más gravosas para el procesado que las normas penales que las subrogaron. Por ende, en aplicación del principio de favorabilidad, las disposiciones demandadas no producirían efectos jurídicos.

En este orden de ideas, la Corte Constitucional debió inhibirse de emitir un pronunciamiento de fondo con respecto de todos los cargos propuestos en contra de los artículos 134A y

134B del Código Penal, por haber sido subrogados tales preceptos jurídicos con anterioridad a la presentación de la demanda, lo que implicaba la carencia de objeto del control de constitucionalidad sobre los mismos.

Segundo desacuerdo: La sentencia C-257 de 2016 debió profundizar en las distinciones entre las categorías "sexo", "orientación sexual" e "identidad de género" e incluir un condicionamiento expreso en torno a la circunstancia de agravación punitiva establecida en el artículo 58.3 del Código Penal. En este caso, el método histórico de interpretación de la ley no resulta conveniente para determinar el alcance de una norma sancionatoria penal.

7. La sentencia C-257 de 2016 analizó (principalmente a partir de las intervenciones ciudadanas) el entendimiento que existe en la comunidad jurídica en torno a la interpretación de la categoría "orientación sexual" y concluyó que el artículo 58.3 del Código Penal ha sido objeto de controversia en relación con el alcance de dicha expresión.

No obstante, encontró que las categorías "sexo" y "orientación sexual", presentes en la norma demandada, comprendían la categoría de identidad de género con base en dos argumentos: (i) que, a partir de una interpretación sistemática y evolutiva del ordenamiento legal, el sexo no está determinado únicamente por las condiciones biológicas de los individuos sino también puede estarlo por la percepción individual sobre el propio género; y, (ii) que en el momento en el que fue expedido el Código Penal, la expresión "orientación sexual" abarcaba de manera general a la comunidad LGBTI como grupo homogéneo; por lo tanto, que lo pretendido por el Legislador era castigar los delitos originados, tanto en la homofobia como en la transfobia.

8. Aunque estoy de acuerdo con ambas premisas, considero que de ellas no se sigue la conclusión expuesta por la sentencia de la referencia.

En primer lugar, estimo que la decisión ha debido profundizar en los significados de las categorías "sexo", "orientación sexual" e "identidad de género", de conformidad con la manera como han sido entendidas por el derecho internacional, la jurisprudencia constitucional y la doctrina, pues se echa de menos una distinción del contenido de cada una de estas expresiones que permita establecer las diferencias existentes entre ellas.

Aunado a ello, la falta de reconocimiento de la identidad de género como categoría independiente de la orientación sexual en el texto de la disposición jurídica, contribuye a la confusión que se ha presentado entre ambas categorías. Esta asimilación, lejos de ser un simple asunto semántico, incide en la efectividad de los derechos de ambos grupos, particularmente frente a la población transexual.

Al respecto, la Corte Constitucional ha señalado que "los procesos de exigibilidad de derechos de la población transexual han demostrado las dificultades que afronta este grupo y los problemas que han tenido las autoridades públicas para distinguir conceptos básicos como orientación sexual e identidad de género e incluso, para referirse apropiadamente y con pleno respeto a estos individuos…Estas distinciones son relevantes y no obedecen a un simple capricho analítico. En efecto, la comprensión plena de estas nociones incide directamente en la entendimiento de los casos y en la eventual atribución de consecuencias normativas."[120]

9. En segundo lugar, porque el método histórico de interpretación utilizado para fundamentar la segunda aseveración, es insuficiente para asegurar la vigencia del principio de tipicidad penal, de acuerdo con el cual los tipos penales y las normas que los agravan deben definir la conducta punible de manera clara, precisa e inequívoca (nullum crimen, nulla poena, sine lege scripta et certa), tal y como ha sido reconocido por esta Corporación.[121]

Así, aspectos como la interpretación de la voluntad del Legislador y el entendimiento que tenía la expresión "orientación sexual" en la comunidad jurídica al momento de expedición de la norma, resultan insuficientes para afirmar que la circunstancia de mayor punibilidad resulta clara, precisa e inequívoca para todos los destinatarios de las normas penales. Por lo tanto, el agravante tal y como se encuentra enunciado no garantiza el principio de legalidad estricta que debe gobernar las disposiciones propias del derecho penal.

10. En consecuencia, para resolver el déficit normativo que implícitamente admite la ponencia -toda vez que, al señalar que la identidad de género se subsume en la expresión "orientación sexual" se acepta necesariamente que ambas categorías son objeto de protección mediante el agravante penal-, la solución más adecuada sería la inclusión de un condicionamiento explícito que incorporara la expresión "identidad de género" en la

circunstancia de mayor punibilidad. De esta forma, se avanzaría en el reconocimiento de la identidad de género como categoría independiente, se salvaguardaría apropiadamente el principio de tipicidad y la norma penal resultaría inequívoca para todos sus destinatarios.

Tercer desacuerdo: La agravación punitiva de conductas de discriminación por identidad de género no necesariamente constituye un instrumento eficaz para enfrentar este tipo de comportamientos. El aumento de penas no es, por sí mismo, un mecanismo adecuado para la protección del bien jurídico que se pretende salvaguardar.

11. Es indispensable advertir que una de las normas demandadas (el artículo 58.3 del Código Penal) contempla una circunstancia de mayor punibilidad en aquellos casos en los que la conducta se inspire en móviles de intolerancia y discriminación referidos "a la raza, la etnia, la ideología, la religión, o las creencias, sexo u orientación sexual, o alguna enfermedad o minusvalía de la víctima."[122]

Sin embargo, pese al propósito evidente que subyace a esta norma (que se encamina a la protección de grupos históricamente discriminados o marginados y de sujetos en condiciones de debilidad manifiesta), la eficacia de este tipo de agravantes debe ser analizada con detenimiento.

12. En efecto, no debe perderse de vista que en nuestro ordenamiento jurídico el derecho penal se encuentra fundamentado en el principio de exclusiva protección de bienes jurídicos o principio de ultima ratio. Así, las normas penales se reservan únicamente a la salvaguarda de los valores esenciales de la sociedad, enunciados como bienes jurídicos.[123] Por ende, el objeto de protección del derecho penal no recae directamente en los sujetos o en los grupos sociales concretos sino en los bienes jurídicos que se pretenden resguardar mediante el establecimiento de la norma penal.

En mi criterio, la expresión "orientación sexual", incluida en la circunstancia de mayor punibilidad prevista en el artículo 58.3 del Código Penal, tiene como propósito primordial la protección de una expresión de la libertad del sujeto y, por ende, sus derechos fundamentales a la autonomía, al libre desarrollo de la personalidad y a la libertad sexual. Por su parte, el bien jurídico que busca defenderse con la pretendida inclusión de la categoría "identidad de género" es una dimensión distinta de la libertad individual, cuyas

manifestaciones abarcan, entre otros, el derecho al reconocimiento de la personalidad jurídica (específicamente en lo referente al ejercicio de los atributos de la personalidad).

En este orden de ideas, el contenido del bien jurídico que se protegería con la incorporación de la expresión "identidad de género" es diverso al que el Legislador busca salvaguardar con la categoría "orientación sexual."

Sin embargo, la circunstancia de mayor punibilidad contemplada en el artículo 58.3 del Código Penal no implica que se protejan efectivamente, en mayor medida, los bienes jurídicos que con cada una de las expresiones enunciadas se pretenden resguardar. Lo anterior, obedece a la ausencia de una correlación entre el endurecimiento punitivo y la disminución de los índices de criminalidad o de reincidencia, como se explicará a continuación.

13. Algunos autores han identificado el incremento de la severidad punitiva como una de las manifestaciones de un fenómeno que la doctrina criminológica ha denominado populismo punitivo o populismo penal,[124] el cual tiene lugar cuando se privilegian las expectativas del público por encima de los principios rectores e instituciones del derecho penal y se caracteriza por la prevalencia de aspectos como las emociones de la opinión pública sobre factores objetivos como los datos estadísticos, al momento de modificar las leyes en materia criminal. Generalmente, las intervenciones basadas en el populismo punitivo tienden a endurecer los castigos penales.[125]

En nuestro país, esta situación ha sido diagnosticada apropiadamente por el Informe Final de la Comisión Asesora de Política Criminal (2012), según el cual el incremento de penas, a pesar de gozar generalmente de una amplia popularidad en la opinión pública, suele tener "una eficacia puramente simbólica pues su capacidad real para prevenir los crímenes y enfrentar problemas sociales complejos es limitada."[126] En cambio, se ha verificado que esta clase de medidas generan problemas reales pues, además de desconocer el carácter de última ratio del derecho penal, pueden agravar las dificultades del sistema punitivo, entre las que se encuentran el hacinamiento carcelario y la incoherencia normativa.[127]

De igual forma, el Documento CONPES No. 3828 sobre Política Penitenciaria y Carcelaria (2015) ha evidenciado la desarticulación entre la política criminal y la carcelaria; por ello, ha identificado como uno de sus componentes estratégicos la expansión excesiva del derecho

penal. Para afrontar esta problemática, la expedición de las normas penales debe atender a criterios de responsabilidad en materia de impacto institucional, en el marco de una política criminal racional, coherente y eficaz.[128]

En armonía con dichas investigaciones, esta Corporación ha reconocido la presencia de expresiones de populismo punitivo, concretamente en lo atinente a la prolongada duración de las sanciones penales. Por tal motivo, en la sentencia T-762 de 2015, que reiteró la declaración de Estado de Cosas Inconstitucional en materia penitenciaria y carcelaria, la Corte Constitucional profirió una serie de órdenes orientadas al diseño, consolidación y desarrollo de un esquema que genere conciencia en la sociedad "sobre el carácter residual del derecho penal, el valor del derecho a la libertad y la necesidad de la racionalización de la sanción privativa de la libertad, sus consecuencias y fines".[129]

14. Como se señaló anteriormente, cuando el endurecimiento punitivo no se fundamenta en bases sólidas y reales que den cuenta de su efectividad y necesidad en el marco de la política criminal del Estado, esta severidad degenera en una expresión del populismo penal.

Al respecto, es necesario advertir que la evidencia empírica ha demostrado que el establecimiento de condenas prolongadas no necesariamente genera un efecto disuasorio frente a la reincidencia en el delito de los sujetos condenados a penas intramurales.

En efecto, existen varios estudios que han concluido que la probabilidad de reincidencia se incrementa correlativamente con el aumento de la duración de las penas privativas de la libertad, especialmente en adolescentes y en personas condenadas por cometer crímenes violentos.[130] También, se ha encontrado que las tasas más altas de reincidencia se presentan entre los individuos que son sentenciados a períodos más prolongados de reclusión, aunque no se ha hecho referencia a una relación de causa y efecto entre ambas variables.[131] En otros casos, las investigaciones no han concluido que exista una correlación (ni positiva ni negativa) entre el incremento de las penas y el crecimiento de la tasa de reincidencia.[132]

Así las cosas, no puede afirmarse la existencia de una relación directa y necesaria entre el incremento de las penas y la disminución de las tasas de reincidencia y criminalidad. Por ende, al no hallarse tales variables ligadas entre sí, el establecimiento de una

circunstancia de mayor punibilidad no resulta, por sí mismo, efectivo para la protección de los bienes jurídicos que se pretenden salvaguardar.

Desde mi punto de vista, la incorporación de circunstancias de agravación punitiva sin que se haya comprobado debidamente su eficacia por parte de las instituciones que dirigen la política criminal del Estado, no resulta ser un mecanismo adecuado para la defensa de los bienes jurídicos que en este caso se pretende proteger.

De este modo, la circunstancia de mayor punibilidad establecida en el artículo 58.3 del Código Penal, no necesariamente constituye un instrumento eficaz para disminuir la incidencia de casos de conductas delictivas originadas en la aversión a la orientación sexual o a la identidad de género de la víctima ya que, como fue expuesto previamente, no ha existido una clara evaluación de la capacidad de esta clase de medidas para prevenir los delitos originados en móviles discriminatorios o sancionar efectivamente a sus responsables.[133]

Considero que la sentencia C-257 de 2016 ha debido tener en cuenta estos aspectos en el análisis de constitucionalidad de la circunstancia de agravación punitiva demandada en esta oportunidad, pues resultan relevantes para determinar el alcance de dicha disposición normativa.

De esta manera, expongo las razones que me motivan a salvar parcialmente mi voto respecto de las consideraciones formuladas en la decisión que, en esta ocasión, ha tomado la Sala Plena.

Fecha ut supra,

GLORIA STELLA ORTIZ DELGADO

Magistrada

SALVAMENTO PARCIAL DE VOTO DEL MAGISTRADO

JORGE IVÁN PALACIO PALACIO

A LA SENTENCIA C-257/16

DELITOS DE ACTOS DE DISCRIMINACION Y HOSTIGAMIENTO-Corte debió declarar la existencia de una omisión legislativa relativa e incluir "la identidad de género" como criterio sospechoso (Salvamento parcial de voto)

CONGRESO DE LA REPUBLICA-Inacción frente a la inclusión de la identidad de género desconoce la igualdad de trato, prohibición de discriminación, autonomía personal y pactos internacionales de derechos humanos que prohíben toda forma de discriminación e intolerancia (Salvamento parcial de voto)

DELITOS DE ACTOS DE DISCRIMINACION Y HOSTIGAMIENTO-Cláusula residual sobre sanción de "las demás formas de discriminación" resulta vaga y ambigua frente a las víctimas por su identidad de género (Salvamento parcial de voto)

DELITOS DE ACTOS DE DISCRIMINACION Y HOSTIGAMIENTO-Normas debieron ser declaradas exequibles de manera condicionada, bajo el entendido que los delitos motivados en la "identidad de género" de la víctima son de mayor punibilidad (Salvamento parcial de voto)

IDENTIDAD DE GENERO-Protección especial (Salvamento parcial de voto)/IDENTIDAD DE GENERO COMO CRITERIO SOSPECHOSO DE DISCRIMINACION-Jurisprudencia constitucional (Salvamento parcial de voto)

Ref.: Expediente D-10948

Magistrada Ponente:

Luis Guillermo Guerrero Pérez

De manera respetuosa dejo consignadas a continuación las razones que me llevaron a disentir de la decisión mayoritariamente adoptada por la Sala en el asunto de la referencia.

El actor afirmó que el legislador no tuvo en cuenta "la identidad de género" como categoría autónoma para estructurar los delitos de actos de discriminación y el de hostigamiento, o en función de la cual se pueden agravar los hechos punibles cuando a la conducta típica subyace un móvil discriminatorio, agregando que en los preceptos impugnados también se

omitió la circunstancia de mayor punibilidad fundada tanto en la orientación sexual real, como en la percibida por el victimario.

Respecto de la "identidad de género" la Sala consideró que no era viable el juicio de constitucionalidad, por cuanto la Ley 1751 de 2015 modificó los tipos penales acusados mediante la introducción de una cláusula residual de factores de discriminación, lo que permite la criminalización de los delitos motivados por "la identidad de género" de la víctima, con lo cual fue enmendada de manera tácita la presunta falencia constitucional, como quiera que dicha cláusula permite sancionar los delitos motivados por "la identidad de género" de la víctima.

En mi concepto, la Corte debió declarar la existencia de una omisión legislativa relativa e incluir "la identidad de género" como criterio sospechoso en los delitos de actos de discriminación y el de hostigamiento; además, hay omisión del legislador al no prever "la identidad de género" entre las circunstancias de mayor punibilidad para los delitos mencionados.

La inacción del Congreso de la República en esta materia significó desconocer la igualdad de trato y la prohibición de discriminación (art. 13 C. Po.), la autonomía personal (art. 16 C. Po.) y los pactos internacionales de derechos humanos que prohíben toda forma de discriminación e intolerancia (art. 93 C. Po.).

Considero que la cláusula residual que alude a la sanción de "las demás formas de discriminación", resulta vaga y ambigua, por cuanto no garantiza que al momento de juzgar un caso concreto sea tenida en cuenta la situación de las víctimas que son objeto de actos de discriminación o de hostigamiento por su identidad de género.

Me aparto de la decisión mayoritaria de la Sala porque considero que las normas examinadas debieron ser declaradas exequibles de manera condicionada, bajo el entendido que los delitos motivados en la "identidad de género" de la víctima cuentan con una circunstancia autónoma de mayor punibilidad, teniendo en cuenta que se trata de proteger a las personas de actos tan censurables como la discriminación y el hostigamiento.

La protección especial bridada por el constituyente en esta materia ha sido extensamente explicada por la Corte, entre los múltiples pronunciamientos se puede citar la sentencia

T-804 de 2014, en la cual se recordó la existencia de grupos de personas que gozan de protección constitucional especial debido a que han sido el referente histórico para subvalorarlos o ponerlos en desventaja. Además, en la sentencia C-371 de 2000 el Tribunal dijo:

"Si bien la igualdad formal no es reacia a que se establezcan diferencias en el trato, pues ella debe ser interpretada conforme a la conocida regla de justicia según la cual hay que tratar igual a lo igual y desigual a lo desigual, sí supone que todos los individuos, como sujetos de derechos, deben ser tratados con la misma consideración y reconocimiento, y que, ante todo, un tratamiento distinto, debe justificarse con argumentos de razonabilidad y proporcionalidad.

El principio de no discriminación, por su parte, asociado con el perfil negativo de la igualdad, da cuenta de ciertos criterios que deben ser irrelevantes a la hora de distinguir situaciones para otorgar tratamientos distintos.

Estos motivos o criterios que en la Constitución se enuncian, aunque no en forma taxativa, aluden a aquellas categorías que se consideran sospechosas, pues su uso ha estado históricamente asociado a prácticas que tienden a subvalorar y a colocar en situaciones de desventaja a ciertas personas o grupos, vrg. mujeres, negros, homosexuales, indígenas, entre otros.

Los criterios sospechosos son, en últimas, categorías que "(i) se fundan en rasgos permanentes de las personas, de las cuales éstas no pueden prescindir por voluntad propia a riesgo de perder su identidad; (ii) han estado sometidas, históricamente, a patrones de valoración cultural que tienden a menospreciarlas; y, (iii) no constituyen, per se, criterios con base en los cuales sea posible efectuar una distribución o reparto racional y equitativo de bienes, derechos o cargas sociales".

De esta manera dejo expuestas las razones por la cuales decidí apartarme de la decisión mayoritariamente adoptada por la Sala, respecto de la omisión legislativa relativa que afectó la elaboración de las normas sometidas a examen de constitucionalidad.

Fecha ut supra,

JORGE IVAN PALACIO PALACIO

Magistrado

SALVAMENTO PARCIAL DE VOTO DEL MAGISTRADO

LUIS ERNESTO VARGAS SILVA

A LA SENTENCIA C-257/16

Referencia: expediente D-10948

Demanda de inconstitucionalidad contra los artículos 58.3, 134A y 134B de la Ley 599 de 2000, “por la cual se expide el Código Penal”

Magistrado Ponente:

Luís Guillermo Guerrero Pérez.

Con el respeto acostumbrado a las sentencias adoptadas por la Corte, salvo parcialmente el voto respecto de lo decidido por la Sala Plena en el fallo C-257 de 2016, decisión que declaró la exequibilidad de los artículos 58.3, 134A y 134B del Código Penal (Ley 599 de 2000), normas que consagran -respectivamente- (/) como circunstancia de mayor punibilidad el que “la ejecución de la conducta punible esté inspirada en móviles de intolerancia y discriminación referidos a la raza, la etnia, la ideología, la religión, o las creencias, sexo u orientación sexual, o alguna enfermedad o minusvalía de la víctima”; la tipificación de (ii) los Actos de discriminación, y (iii) el Hostigamiento.

A mi juicio, la solución adoptada (i.e. la constitucionalidad simple de las normas demandadas) es problemática, razón por la que la disposición debió ser declarada exequible de manera condicionada. Lo anterior se encuentra fundamentado por las siguientes razones:

1. Las normas penales acusadas carecen de la precisión que se exige de la tipificación de conductas punibles. Así, al no contemplar expresamente la categoría de “identidad de género”, se configura una omisión legislativa relativa en los tipos penales de actos de discriminación y hostigamiento, como en las circunstancias de mayor punibilidad. Lo

anterior, por cuanto dichas normas excluyen de sus consecuencias jurídicas una categoría protegida que, por ser asimilable, tendría que haber estado contenida en las mismas.

Lo anterior es especialmente relevante, por cuanto no debe perderse de vista que en materia penal el principio estricto de legalidad (o principio de tipicidad o taxatividad) exige que las conductas punibles no solo deben estar previamente establecidas por el Legislador, sino que deben estar inequívocamente definidas por la ley, pues solo de esta manera se cumple con la función garantista y democrática del Estado, que se traduce en la protección de la libertad de las personas y el aseguramiento de la igualdad ante el ejercicio del poder punitivo por parte del aquel[134]. En ese sentido, el fallo debió profundizar en las distinciones entre las categorías "sexo", "orientación sexual" e "identidad de género" para posteriormente incluir el condicionamiento respectivo[135].

Al respecto, el Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer, en su Recomendación general N° 28 (relativa al artículo 2 de la Convención para la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer), determinó que "si bien en la Convención solo se menciona la discriminación por motivos de sexo, al interpretar el artículo 1 junto con el párrafo f) del artículo 2 y el párrafo a) del artículo 5 se pone de manifiesto que la Convención abarca la discriminación contra la mujer por motivos de género. El término "sexo" se refiere aquí a las diferencias biológicas entre el hombre y la mujer. El término "género" se refiere a las identidades, las funciones y los atributos construidos socialmente de la mujer y el hombre y al significado social y cultural que la sociedad atribuye a esas diferencias biológicas"[136].

Por su parte, en el estudio Orientación sexual, identidad de género y expresión de género: algunos términos y estándares relevantes, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) define varios conceptos agrupados en cinco (5) grandes categorías[137]:

(/) Sexo: Se refiere a "las diferencias biológicas entre el hombre y la mujer", a sus características fisiológicas, a "la suma de las características biológicas que define el espectro de los humanos personas como mujeres y hombres" o a "la construcción biológica que se refiere a las características genéticas, hormonales, anatómicas y fisiológicas sobre cuya base una persona es clasificada como macho o hembra al nacer".

En este punto, la CIDH precisa que desde esta perspectiva, además de los hombres y las

mujeres, se entiende que se alude también a las personas intersex, quienes han sido definidas como “todas aquellas situaciones en las que el cuerpo sexuado de un individuo varía respecto al standard de corporalidad femenina o masculina culturalmente vigente”.

(ii) Género: En primer lugar se precisa que la diferencia entre sexo y género “radica en que el primero se concibe como un dato biológico y el segundo como una construcción social”. Luego, además de reiterarse la definición dada por la Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer (supra), se puntualiza en que a pesar de la mencionada diferencia, “a nivel internacional y con cierta uniformidad en el ámbito doméstico, las categorías sexo y género han sido históricamente utilizadas en forma intercambiable”.

(iii) Orientación sexual: Se ha definido como “la capacidad de cada persona de sentir una profunda atracción emocional, afectiva y sexual por personas de un género diferente al suyo, o de su mismo género, o de más de un género, así como a la capacidad mantener relaciones íntimas y sexuales con estas personas”.

Se indica que la orientación sexual “es independiente del sexo biológico o de la identidad de género”. En tal perspectiva se ubican los términos heterosexualidad, homosexualidad[138] y bisexualidad.

(iv) Identidad de género: Según los Principios de Yogyakarta[139], la identidad de género es “la vivencia interna e individual del género tal como cada persona la siente profundamente, la cual podría corresponder o no con el sexo asignado al momento del nacimiento, incluyendo la vivencia personal del cuerpo (que podría involucrar la modificación de la apariencia o la función corporal a través de medios médicos, quirúrgicos o de otra índole, siempre que la misma sea libremente escogida) y otras expresiones de género, incluyendo la vestimenta, el modo de hablar y los modales”.

Dentro de esta categoría se incluyen generalmente las sub-categorías Transgenerismo o trans (término “paragua” que es utilizado para describir las diferentes variantes de la identidad de género, cuyo común denominador es la no conformidad entre el sexo biológico de la persona y la identidad de género que ha sido tradicionalmente asignada a éste), Transexualismo (que hace alusión a las personas que se sienten y se conciben a sí mismas como pertenecientes al género opuesto que social y culturalmente se asigna a su sexo

biológico y que optan por una intervención médica -hormonal, quirúrgica o ambas- para adecuar su apariencia física-biológica a su realidad psíquica, espiritual y social), y Otras subcategorías que no necesariamente implican modificaciones corporales (tales como los travestís[140], cross-dressers[141], drag queens[142], drag kings[143] y transformistas[144]).

Respecto de estas categorías existen diferentes discusiones (tanto legales, como médico-científicas y sociales), pese a lo cual existe un cierto consenso para referirse a las personas transgénero, como "mujeres trans" cuando el sexo biológico es de hombre y la identidad de género es femenina; "hombres trans" cuando el sexo biológico es de mujer y la identidad de género es masculina; o "persona trans" o "trans", cuando no existe una convicción de identificarse dentro de la categorización masculino-femenino.

(v) Expresión de género: Ésta ha sido definida como "la manifestación externa de los rasgos culturales que permiten identificar a una persona como masculina o femenina conforme a los patrones considerados propios de cada género por una determinada sociedad en un momento histórico determinado".

A diferencia de la identidad de género, la expresión de género supone aspectos específicos de la manifestación externa y de la percepción social de la identidad de género, aspectos que habían estado tradicionalmente invisibles. Así, la expresión de género constituye una expresión externa y, aun cuando no se corresponda con la auto-definición de la identidad, puede ser asociada por terceros con una determinada orientación sexual o identidad de género. De esta manera, en el ámbito jurídico dicha distinción tiene relevancia pues permite la protección de una persona con independencia de si su expresión de género corresponde con una particular identidad de género, o es únicamente percibida como tal.

2. En ese sentido, considero que la cláusula residual que alude a la sanción de las "demás formas de discriminación" resulta vaga y ambigua, y no garantiza que al momento de juzgar la conducta en un caso concreto sea tenida en cuenta la situación de las víctimas que son objeto de actos de discriminación o de hostigamiento por su identidad de género.

Además de las consideraciones hasta aquí expresadas, conviene recordar que la prohibición de discriminación en razón de género es un tema que ha sido tratado no sólo por esta Corporación[145] sino también por diversos organismos internacionales tales como el

Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales[146], el Tribunal Europeo de Derechos Humanos[147], la Comisión Interamericana de Derechos Humanos[148] y la Corte Interamericana de Derechos Humanos[149]. En particular, este último tribunal señaló que la orientación sexual y la identidad de género de las personas son categorías protegidas por la Convención Americana sobre Derechos Humanos, por lo que está proscrita cualquier norma, acto o práctica discriminatoria y que en consecuencia pueda disminuir o restringir, de modo alguno, los derechos de una persona[150].

Finalmente, es necesario resaltar que la Comisión Interamericana de Derechos Humanos en su informe Violencia contra Personas Lesbianas, Gay, Bisexuales, Trans e Intersex en América[151], llama la atención -entre muchos otros temas-sobre (i) los prejuicios en el desarrollo de las investigaciones por la falta de un enfoque diferenciado[152], y (ii) la absolución o las sentencias atenuada debido a la orientación sexual o identidad de género de la víctima[153]; por lo que recomienda específicamente al poder legislativo:

"27. Adoptar legislación contra los crímenes de odio o crímenes por prejuicio, a través de enmiendas a la legislación existente o a través de la emisión de nuevas leyes, con el fin de identificar, juzgar y sancionar la violencia por prejuicio contra las personas por su orientación sexual, identidad de género, y diversidad corporal. (…)

29. Adoptar legislación para sancionar el discurso de odio, de conformidad con la Convención Americana sobre Derechos Humanos y los estándares establecidos por la Comisión y la Corte Interamericanas (.. .)"[154].

En conclusión, considero que las normas acusadas han debido ser declaradas exequibles de manera condicionada, de manera que se entendiera que los delitos motivados por la identidad de género de la víctima configuran una circunstancia de mayor punibilidad, así como un acto de discriminación y de hostigamiento.

De esta manera, expongo las razones que me llevan a salvar parcialmente el voto con respecto a las consideraciones expuestas en la sentencia de la referencia.

Fecha ut supra

LUIS ERNESTO VARGAS SILVA

Magistrado

SALVAMENTO PARCIAL DE VOTO DE LA MAGISTRADA

MARÍA VICTORIA CALLE CORREA

A LA SENTENCIA C-257/16

TIPIFICACION DE LAS CONDUCTAS PUNIBLES DE ACTOS DE DISCRIMINACION Y DE HOSTIGAMIENTO Y CAUSAL DE AGRAVACION PUNITIVA ESTABLECIDA EN EL CODIGO PENAL-Identidad de género y cláusula residual de factores de discriminación (Salvamento parcial de voto)

La Corte estimó que (i) no había lugar a pronunciarse sobre la presunta omisión legislativa relativa de los artículos 134A y 134B, por no incluir la identidad de género dentro de los tipos de actos de discriminación y hostigamiento, en razón a que estas disposiciones fueron modificadas por los artículos 2 y 3 de la Ley 1752 de 2015, incluyendo una cláusula residual de factores de discriminación, dentro de la que era dable incorporar la identidad sexual […] en virtud del principio de estricta legalidad, que exige la preexistencia de conductas punibles previstas por el legislador así como su máxima determinación, no es comprensible la decisión de la Sala en relación con los artículos 134A y 134B, pues una cláusula vaga y ambigua como "demás razones de discriminación" no puede indicar que el motivo específico alegado por el actor estaba efectivamente incluido dentro de las conductas tipificadas en los mismos enunciados, pese a que, por virtud del principio de igualdad y la prohibición de discriminación [art. 13 CP], el derecho a la autonomía [art. 16 CP] y los pactos internacionales de derechos humanos que proscriben toda forma de intolerancia y discriminación, debe estarlo.

Referencia: expediente D-10948.

Demandante:

Luis Eduardo Montealegre Lynett

Magistrado Ponente:

LUIS GUILLERMO GUERRERO PÉREZ

Con el debido respeto, salvo parcialmente el voto. En la sentencia C-257 de 2016[155] la Sala Plena estudió y decidió la demanda de inconstitucionalidad incoada contra los artículos 58.3, 134A y 134B del Código Penal, que prevén, respectivamente, la existencia de móviles de intolerancia o discriminación como circunstancia de mayor punibilidad; y, la tipificación de los delitos de actos de discriminación y hostigamiento. En síntesis, la demanda se fundó en dos cargos: el primero, por omisión legislativa relativa, ante la no inclusión del criterio de identidad de género en las disposiciones acusadas, generando un tratamiento diverso frente a circunstancias que deben ser tratadas de la misma manera; y el segundo, porque presuntamente adolecían de precisión del criterio orientación sexual, que debería incluir no solo la orientación sexual real de la víctima sino aquella meramente percibida por el victimario.

Mi discrepancia se centra en lo decidido frente al primer cargo. Al respecto, la Corte estimó que (i) no había lugar a pronunciarse sobre la presunta omisión legislativa relativa de los artículos 134A y 134B, por no incluir la identidad de género dentro de los tipos de actos de discriminación y hostigamiento, en razón a que estas disposiciones fueron modificadas por los artículos 2 y 3 de la Ley 1752 de 2015, incluyendo una cláusula residual de factores de discriminación, dentro de la que era dable incorporar la identidad sexual. Y, que (ii) el artículo 58.3 era exequible, por lo tanto tampoco no adolecía de omisión legislativa relativa, dado que para el momento de expedición del Código Penal se asimilaban las categorías de orientación sexual (literalmente incluida en la disposición demandada) y la de la identidad de género, en consecuencia, una interpretación textual, contextual y teleológica permitía afirmar que la intención legislativa fue proteger las dos situaciones.

En mi criterio, el demandante esgrimió buenas razones para acreditar que su interpretación de las normas, aquella en la que fundó la solicitud de inconstitucionalidad, es cuando menos plausible, y ese entendimiento llevaría a una violación del principio de igualdad, en consecuencia, la Corte debió dictar una sentencia condicionada.

En virtud del principio de estricta legalidad, que exige la preexistencia de conductas punibles previstas por el legislador así como su máxima determinación, no es comprensible la decisión de la Sala en relación con los artículos 134A y 134B, pues una cláusula vaga y

ambigua como “demás razones de discriminación” no puede indicar que el motivo específico alegado por el actor estaba efectivamente incluido dentro de las conductas tipificadas en los mismos enunciados, pese a que, por virtud del principio de igualdad y la prohibición de discriminación [art. 13 CP], el derecho a la autonomía [art. 16 CP] y los pactos internacionales de derechos humanos que proscriben toda forma de intolerancia y discriminación, debe estarlo.

De otro lado, no comparto que en el estado actual de construcción y comprensión de las categorías de orientación sexual e identidad sexual[156], se mantengan de manera simple en el ordenamiento jurídico normas fundadas en concepciones pasadas en las que esa categorización estaba trastocada, y por lo tanto, al amparo de las cuales no se logra una adecuada protección de los derechos de sujetos que tradicional e históricamente han sido discriminados, tal como se hizo en este caso frente al artículo 58.3, por lo tanto, frente a esta disposición debió dictarse una decisión igualmente condicionada.

Fecha ut supra,

María Victoria Calle Correa

Magistrada

[1] M.P. Alfredo Beltrán Sierra.

[2] M.P. Manuel José Cepeda Espinosa.

[3] M.P. Jaime Córdoba Triviño.

[4] Comisión Interamericana de Derechos Humanos. CIDH condena ataque y asesinato por orientación sexual percibida en Brasil. Comunicado de prensa 084 del 11 de julio de 2012.

[5] DW (Homosexual Men- Persecution-Sufficiency of Protection) Jamaica v. Secretary of State for the Hoome Deparment, CG, [2005] UKAIT 00168, United Kingdom: Asylum and Inmigration Tribunal/Inmigration Appellate Authority, 28 November 2005. Parr. 71.

[6] En este acápite se sistematiza temáticamente el contenido de todas las intervenciones, teniendo en cuenta las coincidencias materiales entre estas. Sin perjuicio de ello, en el Anexo 1 a esta sentencia se hace una relación individualizada de cada una de las intervenciones, y se sintetiza el contenido de cada una de ellas.

[7] A través de Álvaro Orlando Pérez Pinzón.

[9] A través de Neydy Casillas Padrón y Sofía Martínez Agraz.

[10] A través de Marcela Gutierrez Quevedo.

[11] Argumento de la Academia Colombiana de Jurisprudencia y del Área de Derecho de la Universidad del Rosario.

[12] Tesis de la Academia Colombiana de Jurisprudencia y de Alliance Defendig Freedom.// Según la Academia Colombiana de Jurisprudencia, la identidad de género es un fenómeno cuya configuración específica depende de variables temporales, geográficas y culturales, y por tanto, se trata de una categoría abierta, con un alto nivel de amplitud, vaguedad, imprecisión y ambigüedad, cuyo contenido no es determinable a partir de criterios objetivos.// Por ello, aunque conceptualmente es posible establecer una diferencia entre la identidad de género y la orientación sexual, en muchas hipótesis las fronteras entre una y otra son difusas, y en estos casos no existen parámetros para establecer si un fenómeno específico constituye una manifestación de la identidad de género o de la orientación sexual, tal como acontece con asexualidad, la antrosexualidad, la poliamoría o el barebacking.// Y según Alliance Defendigng Freedom, pese a que algunos organismos de los sistemas mundial y regionales de derechos humanos han intentado ofrecer una acotación conceptual apelando a las definiciones de los Principios de Yogyakarta, que en realidad es un documento privado elaborado por un grupo de activistas, estas herramientas han resultado insuficientes porque en todo caso estos conceptos tienen como referente y trasfondo los sentimientos y las experiencias personales, a partir de las cuales se pretende justificar toda preferencia sexual, incluido el bestialismo y la pedofilia.

[13] Argumento esbozado por la Academia Colombiana de Jurisprudencia y por el Centro de Investigación en Política Criminal de la Universidad Externado de Colombia.

[14] Planteamiento del Centro de Investigación en Política Criminal de la Universidad Externado de Colombia.

[15] Tesis del Ministerio del Interior.

[16] Tesis esbozada por Alliance Defending Freedom.

[17] Tesis de Alliance Defending Freedom.

[18] Argumento del Ministerio del Interior.

[19] Planteamiento de la Academia Colombiana de Jurisprudencia y del Centro de Investigación en Política Criminal de la Universidad Externado de Colombia.

[20] Argumento del Ministerio del Interior.

[21] Como pretensión concurrente a la de la declaratoria de exequibilidad simple.

[22] Grupo de Litigio de Interés Público de la Universidad del Norte, a través de Lina Yáñez Mendoza.

[23] Grupo de Acciones Públicas de la Pontificia Universidad Javeriana, a través de Juan Pablo Vallejo y Carlos David Vergara.

[24] En la intervención de Caribe Afirmativo se hace una descripción pormenorizada de los patrones de violencia en contra de la población LGBTI a partir de los casos de agresión registrados en algunas ciudades del Caribe colombiano en los últimos años, en los siguientes términos: (i) las personas trans han sido víctimas de muertes violentas; (ii) por el tipo de armas empleadas y por el número de heridas provocadas, se puede concluir que la agresión no persigue solo la supresión de la vida sino también, y fundamentalmente, la provocación de sufrimiento y dolor y la difusión de un mensaje de borramiento frente a lo que la víctima representa y frente al grupo al que pertenece; (iii) dentro del grupo LGBTI, las mujeres trans son las más afectadas, puesto que su condición es más visible, así como también los líderes sociales o personas que exteriorizan o hacen públicas su orientación sexual o su identidad de género; (iv) los actos violentos en contra de las personas LGBTI afecta no solo a los individuos que sufren directamente la agresión, sino a todo el colectivo,

dado el mensaje de intimidación que se envía; (v) la respuesta estatal ha sido escasa e insuficiente, e incluso en muchos casos el Estado y sus agentes (como la Policía) se han convertido en protagonistas activos de la violencia.

[25] Área de Derecho de la Universidad del Rosario, a través de Samuel Augusto Escobar Beltrán.

[26] A través de Marcela Sánchez Buitrago, Eliana Robles, Samuel Augusto Escobar Beltrán y Gustavo Adolfo Pérez en nombre de Colombia Diversa, y a través de César Rodríguez Garavito, Mauricio Albarracín Caballero, Paola Molano Ayala, Nina Chaparro González, Carlos Escoffié, en nombre de Dejusticia.

[27] En las intervenciones de la Universidad del Rosario y de Dejusticia-Colombia Diversa se aclara que la precisión judicial solo es necesaria respecto de la causal de mayor punibilidad contemplada en el artículo 58.3 del Código Penal y respecto de las hipótesis de discriminación y de hostigamiento acaecidas antes de la entrada en vigencia de la Ley 1752 de 2015, ya que esta ley, al penalizar los actos de discriminación y el hostigamiento originado en cualquier móvil discriminatorio, superó el déficit normativo aludido.

[28] M.P. Luis Guillermo Guerrero Pérez.

[29] Tesis de Dejusticia-Colombia Diversa.

[30] Argumento de Dejusticia-Colombia Diversa.

[31] Argumento del Programa de Acción por la Igualdad y la Inclusión Social (PAIIS) de la Universidad de los Andes.

[32] Argumento del Área de derecho de la Universidad del Rosario y de Dejusticia-Colombia Diversa.

[33] Tesis del Programa de Acción por la Igualdad y la Inclusión Social (PAIIS) de la Universidad de los Andes.

[34] M.P. Luis Guillermo Guerrero Pérez.

[35] Tesis de Dejusticia-Colombia Diversa.

[36] Planteamiento de Dejusticia-Colombia Diversa.

[37] M.P. Alfredo Beltrán Sierra.

[38] M.P. Clara Inés Vargas Hernández.

[39] M.P. Jaime Córdoba Triviño.

[40] M.P. Rodrigo Escobar Gil.

[41] M.P. María Victoria Calle Correa.

[42] Tesis de Dejusticia-Colombia Diversa.

[43] Tesis del Área de Derecho de la Universidad del Rosario.

[44] Argumento del Área de Derecho de la Universidad del Rosario.

[45] M.P. Manuel José Cepeda Espinosa.

[46] M.P. Alejandro Martínez Caballero.

[48] M.P. Carlos Gaviria Díaz.

[49] M.P. Luis Guillermo Guerrero Pérez.

[50] M.P. Luis Guillermo Guerrero Pérez.

[51] M.P. Luis Guillermo Guerrero Pérez.

[52] M.P. Luis Guillermo Guerrero Pérez.

[53] M.P. Luis Guillermo Guerrero Pérez.

[54] El artículo 3 de la Ley 1482 de 2011 establecía al respecto lo siguiente: "Artículo 3°. El Código Penal tendrá un artículo 134A del siguiente tenor: Artículo 134 A. 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.”.

[55] El artículo 4 de la Ley 1482 de 2011 establecía al respecto lo siguiente: 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.”.

[56] Sobre el estándar de generalidad en las leyes que sancionan la discriminación cfr. Álvaro Paúl Díaz, La penalización de la incitación al odio a la luz de la jurisprudencia comparada, en Revista Chilena de Derecho, vol. 38 Nro. 3, pp. 573-209, 2011. Documento disponible en: http://www.scielo.cl/scielo.php?pid=S0718-34372011000300007&script=sci_arttext. Último acceso: 18 de marzo de 2016.

[57] La demanda fue presentada el día 12 de agosto de 2015, y la Ley 1752 de 2015 entró en vigencia el día 3 de junio del mismo año.

[58] En efecto, el Proyecto de Ley 171de 2004 presentado por el senador Juan Manuel Galán, tenía por objeto exclusivo extender los delitos de discriminación y de hostigamiento a las conductas desplegadas en contra de las personas con discapacidad; de hecho, se trataba del proyecto “por medio del cual se modifica la Ley 1482 de 2011, para sancionar penalmente la discriminación contra las personas con discapacidad”. Al respecto cfr. la Gaceta 13 del 7 de febrero de 2014.

[59] Gaceta 693 del 10 de noviembre de 2014, p. 14.

[60] La intervención del Consejo Superior de Política Criminal se produjo a iniciativa del mismo Congreso, ya que durante el trámite parlamentario algunos congresistas expresaron su preocupación por la tendencia contemporánea de criminalizar todo problema

social, y de hacerlo de manera coyuntural, acrítica y poco rigurosa a través de fórmulas vagas e imprecisas. El representante Navas Talero, por ejemplo, manifestó su reticencia a la costumbre del Congreso de penalizarlo todo, así como sus dudas sobre la pertinencia y conveniencia de criminalizar algunas de las manifestaciones de discriminación en razón de la condición de discapacidad, máxime cuando en un contexto como el colombiano, cualquier anomalía física, síquica, sensorial o mental suele ser objeto de burlas, las mayorías de la cuales no provocan un daño objetivo a las personas ni la restricción de sus derechos; en este escenario, el congresista condicionó su voto a la recepción del concepto del Consejo Superior de Política Criminal. En este sentido, advirtió lo siguiente: "Llego a la conclusión de todos los colombianos de que aquí estamos penalizando todo. Aquí queremos meter a la cárcel a todo el mundo por cualquier cosa (…) entonces yo quiero actuar conforme a la lógica, se ha nombrado esa Comisión de Política Criminal, que ellos nos digan qué tan prudente es crear ese nuevo tipo penal, sobre todo qué discapacidad…hay tantas más….en el pueblo le dicen al bobo, bobo, y en Colombia y en Bogotá le dicen Político, pero bueno el resultado es el mismo, ahora al cojo le dicen cojo o al manco le dicen manco, a mí me decían narizotas, Pinocho, Pico de Yátaro…toda clase de apodos me tenían, nunca me traumaticé, pero me discriminaban por eso, o porque era muy bajito, esos enanos aquí no caben, pero bueno, no por eso hay que ir a meter a la cárcel a los compañeros (…) ahora tenemos que montar todo un aparato porque hablaron del Gordo Pinto (…) mire doctora Clara, bonito el tema, pero yo creo que hay que racionalizarlo, determinar exactamente en qué consiste la discriminación (…) porque si pongo un aviso en la prensa que diga que requiero mensajero, pero no acepto cojos, listo, ahí estaría porque lo estoy discriminando y no le doy la oportunidad de trabajar porque es cojo. Necesito una modelo para par aun desfile el sábado en Neiva en homenaje a Rodrigo Lara, pero tiene que ser 90-60-90, ahí estoy discriminando, porque es que la gordita, ya hay países donde comenzó a ser enfermita. Yo les pido un favor, mandemos esto al Consejo de Política Criminal, que ellos nos digan si se justifica legislar o no en ese caso, y si se justifica seguir inundando las cárceles de presos. Yo en lo que a mí atañe doctora Clarita, mientras no tengan ese concepto autorizado votaría no". Gaceta 37 del 17 de febrero de 2015.

[61] El Consejo de Política Criminal también formuló otras observaciones a la iniciativa parlamentaria, puntualizando lo siguiente: (i) se deberían identificar los elementos constitutivos de la discriminación; (ii) se deberían calificar los delitos como querellables, ya que por esta vía se visibilizaría a las víctimas de los mismos, y éstas

podrían tener un papel protagónico dentro del proceso penal; (iii) dado que la criminalización de la discriminación es claramente insuficiente para enfrentar este fenómeno, debería existir una estrategia multidimensional y coordinada de lucha contra esta problemática; (iv) la propuesta legislativa debería estar respaldada en estudios empíricos que den cuenta de su racionalidad, y en particular, de su viabilidad fiscal y de su verdadero impacto social.

[62] Una sistematización de las reglas jurisprudenciales vigentes que orientan la determinación de los efectos temporales de las sentencias de constitucionalidad se encuentra en la sentencia C-473 de 2013, M.P. Luis Guillermo Guerrero Pérez. Una revisión de esta problemática desde el derecho comparado se encuentra en la sentencia C-618 de 2003, M.P. Clara Inés Vargas Hernández.

[63] Sobre los efectos retroactivos de las declaratorias de inexequibilidad, cfr. las sentencias C-113 de 1993, M.P. José Gregorio Hernández; C-333 de 2010, M.P. Nilson Pinilla Pinilla; C-588 de 2009, M.P. Eduardo Mendoza Martelo; C-870 de 1999, M.P. Alejandro Martínez Caballero; C-444 de 2011, M.P. Juan Carlos Henao Pérez.

[64] M.P. Eduardo Mendoza Martelo.

[65] M.P. Alejandro Martínez Caballero.

[66] M.P. Juan Carlos Henao Pérez.

[67] M.P. José Gregorio Hernández Galindo.

[68] M.P. Nilson Pinilla Pinilla

[69] Es así como en el informe de la Fiscalía se da cuenta únicamente de los delitos de homicidio, lesiones personales y hurtos a los miembros del grupo LGBTI ejecutados en razón de la identidad de género y de la orientación sexual de las víctimas, y no de denuncias por la comisión de los delitos de actos de discriminación y de hostigamiento. Así mismo, aunque la Corte solicitó a la Fiscalía General de la Nación que indicara los casos que han llegado a su conocimiento por la presunta realización de actos de agresión en contra de hombres o de mujeres trans, constitutivos de actos de discriminación o de hostigamiento, y en los que no hubiere sido posible efectuar la correspondiente imputación en razón de la

limitación legal señalada en la demanda de inconstitucionalidad, la entidad se abstuvo de brindar información al respecto. De igual modo, la problemática expuesta por Caribe Afirmativo sobre los patrones de violencia en contra de la población LGBTI también apunta a demostrar que la afectación de los derechos de este colectivo se produce básicamente por la comisión de los delitos de homicidio y lesiones personales, y no por la de los de actos de discriminación y de hostigamiento. En este orden de ideas, entonces, la dificultad legal a la que se enfrenta el poder represivo del Estado consiste en no poder imputar la circunstancia de mayor punibilidad prevista en el artículo 58.3 del Código Penal, y no en no poder imputar los delitos previstos en los artículos 134A y 134B del Código Penal.

[70] Una sistematización de las reglas sobre la figura de la unidad normativa se encuentra en la sentencia C-105 de 2013, M.P. Luis Guillermo Guerrero Pérez.

[71] M.P. Juan Carlos Henao Pérez.

[72] M.P. Eduardo Montealegre Lynett.

[73] M.P. Alejandro Martínez Caballero.

[74] M.P. Carlos Gaviria Díaz.

[75] M.P. Luis Guillermo Guerrero Pérez.

[76] M.P. Alejandro Martínez Caballero.

[77] M.P. Eduardo Montealegre Lynett.

[78] Artículo 9 de la Ley 397 de 1997.

[79] M.P. Alejandro Martínez Caballero.

[80] Inciso 2 del artículo 40 de la Ley 331 de 1997.

[81] M.P. Álvaro Tafur Galvis.

[82] Artículo 93 del Decreto 2150 de 1995.

[84] M.P. Alejandro Martínez Caballero.

[85] M.P. Manuel José Cepeda Espinosa.

[86] M.P. Alejandro Martínez Caballero.

[87] M.P. Alejandro Martínez Caballero.

[88] M.P. Alfredo Beltrán Sierra.

[89] M.P. Alejandro Martínez Caballero.

[90] M.P. Eduardo Montealegre Lynett

[91] M.P. Alvaro Tafur Galvis.

[92] M.P. Alejandro Martínez Caballero.

[93] M.P. Alejandro Martínez Caballero.

[94] M.P. Manuel José Cepeda Espinosa.

[95] M.P. María Victoria Calle Correa.

[96] M.P. Luis Guillermo Guerrero Pérez.

[97] M.P. Luis Guillermo Guerrero Pérez.

[98] Artículo 6 de la Ley 1427 de 2010.

[99] Decreto 2067 de 1991 y Ley Estatutaria de la Administración de Justicia.

[100] En este sentido se encuentran las intervenciones de Juan Antonio Lascuraín Sánchez, Eduardo Bertoni, Iván Garzón Vallejo y Álvaro Paúl Díaz.

[101] Juan Camell Cure Márquez, Las circunstancias de mayor y menor punibilidad en el derecho penal", Ed. Leyer, Bogotá, pp. 604-605.

[102] Ricardo Posada Maya, Los delitos de actos racistas o discriminatorios y hostigamiento por motivos de discriminación, en Revista Digital de la Maestría en Ciencias

Penales de la Universidad de Costa Rica, Nro. 5, pp. 569-614. Documento disponible en: http://revistas.ucr.ac.cr/index.php/RDMCP/article/view/12453/11707. Último acceso. 8 de abril de 2016.

[103] Ricardo Posada Maya, Los delitos de actos racistas o discriminatorios y hostigamiento por razones de discriminación, en Revista Digital de la Maestría en Ciencias Penales, Nro., 5, p. 589.

[104] M.P. María Victoria Calle Correa.

[105] M.P. María Victoria Calle Correa.

[106] M.P. Gloria Stella Ortíz Delgado.

[107] M.P. Gloria Stella Ortíz Delgado.

[108] El artículo 2.2.6.12.4.5. del Decreto 1227 de 2015 establece lo siguiente: "Para corregir el componente sexto en el Registro del Estado Civil, además de la solicitud del artículo anterior, se deberá presentar ante Notario la siguiente documentación:

1. Copia simple del Registro Civil de Nacimiento.

2. Copia simple de la cédula de ciudadanía.

3. Declaración realizada bajo la gravedad de juramento. En esta declaración, la persona deberá indicar su voluntad de realizar la corrección de la casilla del componente sexo en el Registro del Estado Civil de Nacimiento.

Parágrafo 1. La declaración hará referencia a la construcción sociocultural que tenga la persona de su identidad sexual.

Parágrafo 2. No se podrá exigir ninguna documentación o prueba adiciona a las enunciadas en el presente artículo".

[109] Estos tipos penales tienen lugar cuando se impide, obstruye o restringe el pleno ejercicio de los derechos de las personas por razones de discriminación y cuando se promueven o instigan comportamientos constitutivos de hostigamiento por motivos

discriminatorios, respectivamente.

[110] La demanda se promovió en contra del texto derogado de los artículos 134A y 134B del Código Penal, pese a que ya se había producido un tránsito legislativo. En efecto, las referidas disposiciones fueron modificadas por la Ley 1752 de 2015 que entró en vigencia el 3 de junio de la misma anualidad. Por su parte, la demanda de inconstitucionalidad fue interpuesta el 12 de agosto de 2015.

[111] En relación con las razones que esgrimió la Sala Plena para determinar que la norma acusada no había incurrido en una omisión legislativa relativa, la Sentencia C-257 de 2016 (M.P. Luis Guillermo Guerrero Pérez) indicó que: "La Corte entiende, sin embargo, que una aproximación textual, contextual y teleológica del precepto acusado, descarta esta conclusión. Primero, porque el artículo 58.3 del Código Penal sí agrava los delitos cuya motivación es la aversión hacia el sexo de la víctima, y la determinación del sexo de las personas puede atender no solo a sus condiciones biológicas sino también a su propia percepción sobre su identidad sexual; es decir, la categoría del sexo subsume a la de la orientación sexual. Y segundo, porque el artículo 58.3 del Código Penal agrava los delitos cuya motivación es la aversión hacia la orientación sexual de la víctima, y cuando se expidió el Código Penal en la comunidad jurídica se asimilaban las nociones de orientación sexual y de identidad de género, por lo cual debe presumirse que el legislador quiso agravar ambas modalidades de discriminación."

[112] Sentencia C-257 de 2016. M.P. Luis Guillermo Guerrero Pérez. Numeral 3.1. de la parte considerativa.

[113] Sentencia C-502 de 2012. M.P. Adriana María Guillén Arango.

[114] Sentencia C-502 de 2012. M.P. Adriana María Guillén Arango.

[115] Sentencia C-019 de 2015. M.P. Gloria Stella Ortiz Delgado.

[116] Esta regla jurisprudencial es tomada de la sentencia C-019 de 2015. (M.P. Gloria Stella Ortiz Delgado) y se ha reiterado en varias decisiones de constitucionalidad, entre las que se encuentran: Sentencia C-241 de 2014. M.P. Mauricio González Cuervo; Sentencia C-502 de 2012. M.P. Adriana María Guillén Arango; Sentencia C-546 de 1993. M.P.

Carlos Gaviria Díaz.

[117] En el presente caso, se trata de dos leyes ordinarias de la misma materia, por lo cual existe aptitud formal y material para tal subrogación.

[118] Sobre el particular, la Corte Constitucional ha identificado dos escenarios que se presentan cuando las normas subrogada y subrogatoria tienen la misma jerarquía: (i) cuando ambas normas tienen contenidos materialmente distintos, "la Corte no podría hacer la integración normativa pues podría incurrir en un control oficioso que le está vedado. En ese caso procede analizar si la norma subrogada mantiene consecuencias jurídicas mediante la revisión de una eventual producción de sus efectos, esto se puede establecer por la práctica o por el análisis de las disposiciones sobre la vigencia" y (ii) cuando ambas normas tienen idéntico contenido, "la Corte mantiene competencia aunque la norma demandada haya sido subrogada. En ese caso... la Corte puede hacer la integración normativa según las subreglas constitucionales vigentes. Se puede decir que la norma subrogada continúa con la producción de sus efectos jurídicos porque su contenido material pervive en la disposición subrogatoria."

[119] Sentencia C-257 de 2016. M.P. Luis Guillermo Guerrero Pérez. Numeral 3.1. de la parte considerativa.

[120] Sentencia T-099 de 2015. M.P. Gloria Stella Ortiz Delgado.

[121] Sentencia C-121 de 2012. M.P. Luis Ernesto Vargas Silva.

[122] Artículo 58.3 del Código Penal (Ley 599 de 2000).

[123] Sentencia C-635 de 2012. M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub.

[124] Comisión Asesora de Política Criminal. Informe Final: Diagnóstico y propuesta de lineamientos de política criminal para el Estado colombiano. Junio de 2012. Pág. 34.

[125] Pratt, John. Penal Populism: key ideas in criminology. Editorial Routledge. Londres/Nueva York. 1ª Ed. 2007. Págs. 8-35.

[126] Comisión Asesora de Política Criminal. Informe Final: Diagnóstico y propuesta de lineamientos de política criminal para el Estado colombiano. Junio de 2012. Pág. 34.

[127] Comisión Asesora de Política Criminal. Informe Final: Diagnóstico y propuesta de lineamientos de política criminal para el Estado colombiano. Junio de 2012. Pág. 34.

[129] Sentencia T-762 de 2015. M.P. Gloria Stella Ortiz Delgado.

[130] Frederique, Nadine P. The Impact of Sentence Length on the Recidivism of Violent Offenders: An Exploratory Analysis of Pennsylvania Data (1997-2001). 2005. Tesis de Maestría. Universidad de Maryland. Pág. 61.; Thomas A. Loughran, Edward P. Mulvey, Carol A. Schubert, Jeffrey Fagan, Alex R. Piquero, and Sandra H. Losoya, "Estimating a Dose-Response Relationship Between Length of Stay and Future Recidivism in Serious Juvenile Offenders," En: Revista Criminology. 47. (2009): Págs. 699–740.

[131] Dennison, Cristopher. Sentence Length and Recidivism: Are Longer Incarcerations the Solution to High Rates of Reoffending?. Pág. 86. (2013). Theses and Dissertations. Paper 61. United States Sentencing Commission. Recidivism among Federal Offenders: A Comprehensive Overview. Marzo de 2016. Pág. 22. Disponible en: http://www.ussc.gov/sites/default/files/pdf/research-and-publications/research-publications/2016/recidivism_overview.pdf

[132] Roach, Michael. Schanzenbach, Max. The Effect of Prison Sentence Length on Recidivism: Evidence from Random Judicial Assignment. 2015. Págs. 3-4. Disponible en: https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2701549##

[133] Comisión Asesora de Política Criminal. Informe Final: Diagnóstico y propuesta de lineamientos de política criminal para el Estado colombiano. Junio de 2012. Pág. 34.

[134] Corte Constitucional, Sentencias C-l 27 de 1993, M.P. Alejandro Martínez Caballero, fundamento jurídico n° 3, C-559 de 1999, M.P. Alejandro Martínez Caballero, fundamento jurídico n° 16, y C-l 81 de 2016, M.P. Gloria Stella Ortiz Delgado, fundamento

jurídico n° 13.

[135] Un pronunciamiento relevante en relación con dichas categorías se encuentra en la Sentencia T-077 de 2016, M.P. Jorge Iván Palacio Palacio, fundamento jurídico n° 3.2.

[136] Committee on the Elimination of Discrimination against Women, General recommendation No. 28 on the core obligations of States parties under article 2 of the Convention on the Elimination of All Forms of Discrimination against Women, CEDAW/C/GC/28, 16 December 2010, par. 5.

[137] Comisión Interamericana de Derechos Humanos, Orientación sexual, identidad de género y expresión de género: algunos términos y estándares relevantes, OEA/Ser.G/CP/CAJP/1NF.166/12, 23 de abril de 2012, párrs. 13-25.

[138] Se precisa que habitualmente hace uso y referencia de los términos “lesbiana” para hacer referencia a la homosexualidad femenina, y gay o gai para hacer referencia a la homosexualidad masculina o femenina.

[139] Principios de Yogyakarta. Principios sobre la aplicación de la legislación internacional de derechos humanos en relación con la orientación sexual y la identidad de género, 2006.

[140] Personas que expresan su identidad de género -ya sea de manera permanente o transitoria- mediante la utilización de prendas de vestir y actitudes del género opuesto que social y culturalmente se asigna a su sexo biológico. Ello puede incluir la modificación o no de su cuerpo.

[141] Quienes ocasionalmente usan atuendos propios del sexo opuesto.

[142] Hombres que se visten como mujeres exagerando rasgos femeninos, generalmente en contextos festivos.

[143] Mujeres que se visten como hombres exagerando rasgos masculinos, generalmente en contextos festivos.

[144] Hombres o mujeres que representan personajes del sexo opuesto para

espectáculos.

[145] Ver entre otras: Sentencias T-634 de 2013, M.P. María Victoria Calle Correa; T-012 de 2016, M.P. Luis Ernesto Vargas Silva; T-077 de 2016, M.P. Jorge Iván Palacio Palacio; C-297 de 2016, M.P. Gloria Stella Ortiz Delgado; y C-539 de 2016, M.P. Luis Ernesto Vargas Silva.

[146] Naciones Unidas, Comité de, Observación General No. 20, "La no discriminación y los derechos económicos, sociales y culturales", 02 de julio de 2009, E/C.12/GC/20.

[147] Ver entre otros: Casos Opuz Es. Turquía, (No. 33401/02), Sentencia de 09 de junio de 2009; Konstantin Markin Es. Rusia, (No. 30078/06), Sentencia de 22 de marzo de 2012; Vallianatos y otros Vs. Grecia, (No. 29381/09 y 32684/09), Sentencia de 07 de noviembre de 2013; y Caso Hámáláinen Vs. Finlandia, (No. 37359/09), Sentencia de 16 de julio de 2014.

[148] Comisión Interamericana de Derechos Humanos, Orientación sexual, identidad de género y expresión de género: algunos términos y estándares relevantes, OEA/Ser.G/CP/CAJP/1NF. 166/12, 23 de abril de 2012.

[149] Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso Atala Riffo y niñas Vs. Chile. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 24 de febrero de 2012. Serie C No. 239.

[150] Ibídem., pár. 91.

[151] Comisión Interamaericana de Derechos Humanos, Violencia contra Personas Lesbianas . Gay, Bisexuales, Trans e Intersex en América, 12 de noviembre de 2015, OEA/Ser. L/V/II. Rev. 2. Doc. 36

[152] Ibidem, párr.. 480-489

[153] Íbidem, párr.. 490-497

[154] Íbidem, pp. 293-294.

[155] SPV Gloria Stella Ortiz Delgado, Jorge Iván Palacio Palacio, Luis Ernesto Vargas Silva y María Victoria Calle Correa.

[156] Sobre esta diferenciación ver, entre otras, la sentencia T- 099 de 2015 (MP Gloria Stella Ortiz Delgado).