

Sentencia C-433/21

OMISION LEGISLATIVA RELATIVA-Jurisprudencia constitucional

DEMANDA DE INCONSTITUCIONALIDAD POR OMISION LEGISLATIVA RELATIVA-Requisitos

DEMANDA DE INCONSTITUCIONALIDAD POR VULNERACION DEL PRINCIPIO DE IGUALDAD-Requisitos en la carga argumentativa

PRINCIPIO DE IGUALDAD-Jurisprudencia constitucional

PRINCIPIO DE IGUALDAD-Contenido y alcance/PRINCIPIO DE IGUALDAD-Dimensiones/IGUALDAD-Concepto relacional

PRINCIPIO DE IGUALDAD-Mandatos que comprende

SERVICIO MILITAR OBLIGATORIO-Condicion de igualdad

EXCEPCION ETNOCULTURAL PARA EL SERVICIO MILITAR OBLIGATORIO Y EXONERACION DEL PAGO DE LA CUOTA DE COMPENSACION MILITAR-Fue consagrada por el Congreso de la República

Con todo, amparada en los artículos 7º y 70 de la Constitución Política, la Corte ha avalado la constitucionalidad del tratamiento legislativo diferenciado en favor de las comunidades indígenas en lo que respecta a las normas que rigen la prestación del servicio militar obligatorio -excepciones por diversidad etnocultural-. El legislador estableció este tratamiento diferenciado específico, inicialmente, en el artículo 27 de la Ley 48 de 1993 y, luego, en el artículo 12 de la Ley 1861 de 2017 (norma demandada). En el mismo sentido, la jurisprudencia constitucional ha avalado la excepción por diversidad etnocultural en lo que respecta al pago de la cuota de compensación militar.

TEST O JUICIO INTEGRADO DE IGUALDAD-Jurisprudencia constitucional/JUICIO INTEGRADO DE IGUALDAD-Etapas de su análisis y modalidades del test de igualdad según el grado de intensidad

CUOTA DE COMPENSACION MILITAR-Antecedentes legislativos/CUOTA DE COMPENSACION MILITAR-Sujetos exonerados del pago del gravamen

EXCEPCION POR DIVERSIDAD ETNOCULTURAL-Diversos ámbitos en que se presenta, entre ellos respecto del servicio militar obligatorio

La Corte Constitucional ha reconocido que el artículo 27 de la Ley 48 de 1993 contiene una excepción etnocultural, esto es, una excepción a normas que rigen para la generalidad de los colombianos. Esta Corporación ha dicho que las excepciones etnoculturales, incluida la que se relacionan con la prestación del servicio militar obligatorio, son desarrollo de los postulados constitucionales sobre: (i) la identidad cultural de los grupos humanos que la Constitución Política ordena proteger de manera privilegiada; (ii) la garantía y el respeto de la cultura, las tradiciones y las costumbres de las comunidades indígenas; y (iii) el principio de diversidad cultural. Todo, de conformidad con los mandatos contemplados en los artículos 7 y 70 de la Constitución Política, esto es, en cumplimiento del deber estatal de reconocer y proteger la diversidad cultural y promover los valores culturales que son fundamento de la nacionalidad.

JUICIO INTEGRADO DE IGUALDAD-Criterio de comparación, patrón de igualdad o tertium comparationis

La Corte ha reconocido que es complejo identificar el criterio de comparación. Esta dificultad, como ya se dijo, está asociada al hecho de que, desde un punto de vista ontológico, todos los sujetos, situaciones y cosas se pueden describir con diferencias y similitudes. La selección equivocada del criterio de comparación puede llegar a tener graves consecuencias, pues hacerlo con fundamento en factores muy generales, puede conducir a un alto grado de asimilación –asimilar siempre o casi siempre–, “lo que supondría una profunda limitación del margen de configuración del legislador”; mientras que hacerlo al amparo de factores muy específicos, puede llevar a un alto grado de diferenciación –diferenciar siempre o casi siempre– y, en consecuencia, a comprometer “la vigencia del mandato de igualdad como expresión básica de justicia”. El papel de la Corte, entonces, se concreta en fijar un criterio de comparación que garantice un balance preciso y que concilie los postulados en tensión, claro está, a partir de los criterios expuestos por la parte demandante.

SERVICIO MILITAR-Exenciones/PRESTACION DEL SERVICIO MILITAR POR MIEMBROS DE COMUNIDADES INDIGENAS

COMUNIDADES NEGRAS-Marco normativo

COMUNIDADES INDIGENAS Y GRUPOS ETNICOS-Importancia de preservar su forma de vida colectiva

En lo que respecta a las comunidades indígenas y NARP, entonces, la sustracción de un miembro de la colectividad puede impactar el rol que este cumple en el esquema social y, con esto, es posible poner en riesgo la existencia del colectivo en sí mismo, así como la pervivencia de las manifestaciones culturales y ancestrales que forman el contorno de su vida en comunidad y que protege la Carta Política. Todo, porque cada uno de los miembros del colectivo, dentro del esquema social respectivo, desempeña un papel que contribuye a la vida en sociedad de su comunidad y, sobre todo, a la conservación de sus expresiones culturales.

IDENTIDAD CULTURAL-Alcance

La identidad cultural de los grupos étnicos es una construcción colectiva que se sostiene sobre la conexión entre los miembros de la comunidad. De esta manera, como ocurre frente a los recursos naturales y la propiedad colectiva, la defensa de su modo de ser y de actuar en el mundo, diferente al de la sociedad mayoritaria -etnicidad-, exige un esfuerzo solidario que puede verse afectado por la ausencia de un miembro de la colectividad, sin distingo de que se trate de una comunidad indígena o una comunidad NARP, pues, como ya se dijo, la identidad cultural de las dos comunidades depende la de cohesión de sus miembros.

IDENTIDAD CULTURAL-Extensión a todos los grupos étnicos

DERECHO A LA IDENTIDAD CULTURAL INDIGENA-Fundamental colectivo

La sustracción de un miembro de las comunidades indígenas y NARP, entonces, puede poner en riesgo la identidad cultural de la comunidad en sí misma, pues, como se dijo, dicha identidad cultural se construye colectivamente y a partir de distintas prácticas tradicionales, generalmente relacionadas con el territorio, por lo que depende de la conexión entre los miembros de la comunidad como un todo, ya sea para ejecutar dichas prácticas o para reivindicar su cosmovisión, esto es, su modo de ser, sentir, relacionarse y de actuar en el mundo, diferente al de la sociedad mayoritaria. Esto explica por qué la Corte Constitucional considera que en el presente caso, para efectos del test integrado de igualdad, los miembros de las comunidades indígenas y NARP son sujetos comparables.

JUICIO INTERMEDIO DE IGUALDAD-Aplicación

DIVERSIDAD ETNICA Y CULTURAL DE LA NACION-Reconocimiento y protección

OMISION LEGISLATIVA RELATIVA-Elementos que la configuran

OMISION LEGISLATIVA RELATIVA-Configuración

EXENCION DEL SERVICIO MILITAR OBLIGATORIO Y DEL PAGO DE LA CUOTA DE COMPENSACION MILITAR-Procede para miembros de las comunidades étnicas

EXEQUIBILIDAD CONDICIONADA-Procedencia

SERVICIO MILITAR OBLIGATORIO DE MIEMBROS DE LAS COMUNIDADES NEGRAS, AFRODESCENDIENTES, RAIZALES Y PALENQUERAS-Prueba de su condición para acceder a la exención

En consecuencia, la Sala considera que, para los efectos del requisito de acreditar la integridad social, cultural y económica, es posible asimilar el certificado de pertenencia indígena con dos documentos que deben aportar los interesados de las comunidades NARP: (i) el certificado de pertenencia étnica que expiden los consejos comunitarios y (ii) el certificado de auto reconocimiento de las comunidades negras, que expide el Ministerio del Interior, una vez cumplidos los requisitos que establece el artículo 3º de la Resolución 0762 de 2020. Esta asimilación es posible porque en los dos casos se garantiza la intervención del Estado sin afectar la autonomía de las comunidades étnicas, lo que descarta tratos discriminatorios entre las comunidades indígenas y NARP y, a la vez, disminuye el riesgo en el que se encuentran los postulados constitucionales involucrados con la prestación del servicio militar obligatorio. Todo, sin perjuicio de la reglamentación que pueda llegar a expedir el Gobierno Nacional, en ejercicio de sus competencias legales, siempre que garantice el derecho a la consulta previa de las comunidades NARP.

Referencia: Expediente D-14236

Demanda de inconstitucionalidad en contra del literal j) (parcial) del artículo 12 y del literal b) (parcial) del párrafo del artículo 26 de la Ley 1861 de 2017, “[p]or la cual se reglamenta el servicio de reclutamiento, control de reservas y la movilización”.

Demandantes: Rossana Mejía Caicedo, Adelmo Carabalí Rodallega, Ramiro Rodríguez Padilla, Jeison Eduardo Palacios Robledo, Libardo José Ariza Higuera, Juan Carlos Ospina y Pedro Alexander Silva.

Magistrada sustanciadora:

PAOLA ANDREA MENESES MOSQUERA

Bogotá, D.C., siete (7) de diciembre de dos mil veintiuno (2021).

SENTENCIA

I. ANTECEDENTES

1. El 12 de abril de 2021, los ciudadanos Rossana Mejía Caicedo, Adelmo Carabalí Rodallega, Ramiro Rodríguez Padilla, Jeison Eduardo Palacios Robledo, Libardo José Ariza Higuera, Juan Carlos Ospina y Pedro Alexander Silva (desde ahora, los accionantes o demandantes) presentaron demanda de acción pública de inconstitucionalidad en contra de la expresión “indígenas”, contenida en el literal j) del artículo 12 y en el literal b) del párrafo del artículo 26 de la Ley 1861 de 2017, publicada en el Diario Oficial No. 50315 del 4 de agosto de 2017.

1. Mediante auto del 10 de mayo de 2021, la suscrita magistrada sustanciadora admitió la demanda en relación con dos cargos (infra Num. II, 2) y la inadmitió frente otro. Igualmente, en auto del 31 de mayo del año en curso, se constató que el cargo inadmitido, según lo que manifestaron los accionantes, no es un cargo autónomo sino un componente argumentativo de los dos cargos admitidos¹ y, por ende, se ordenó tener en cuenta los artículos 1, 2, 93 y 55 transitorio de la Constitución Política², como fundamento de tales cargos.

1. Asimismo, en el referido auto se dispuso continuar el trámite respectivo y, en consecuencia, se ordenó: (i) fijar en lista el proceso de la referencia; (ii) correr traslado al Procurador General de la Nación; (iii) comunicar el inicio del proceso al Presidente del Congreso, al Presidente de la República y a los ministros del Interior y de Justicia y del Derecho y, finalmente, (iv) invitar a participar en este proceso a la Defensoría del Pueblo, a la Dirección de Asuntos Indígenas, Rom y Minorías del Ministerio del Interior, a la Organización Nacional Indígena de Colombia (ONIC), a la Organización Nacional de los Pueblos Indígenas de la Amazonía Colombiana (OPIAC), a la Asociación de Comunidades Negras (ASOCONE), a la Conferencia Nacional de Organizaciones Afrocolombianas (CNOA), a la Organización Proceso de Comunidades Negras de Colombia (PCN), al Comando General de las Fuerzas Militares de Colombia - Comando de Reclutamiento y a las facultades de Derecho de las universidades del Rosario, Javeriana, Externado de Colombia, Los Andes, Militar Nueva Granada, Libre, Industrial de Santander, Autónoma del Caribe, de Antioquia, Pedagógica y Tecnológica de Colombia y de Caldas.

1. El 2 de agosto de 2021, vencido el término para que la Procuraduría General de la Nación rindiera concepto, los ciudadanos Edison Pablo Zárate, Martha Camila Páez, Andrés Fabián Moreno y Delio Camilo Zúñiga recusaron a los magistrados de la Sala Plena de la Corte y a la doctora Margarita Cabello Blanco, procuradora general de la Nación. No obstante, la Sala Plena de la Corte, en auto del 5 de agosto de 20213, rechazó la recusación por falta de legitimación y, por ende, de pertinencia.

1. Cumplidos los trámites constitucionales y legales propios de los procesos de constitucionalidad, la Sala Plena de la Corte Constitucional decide la demanda de la referencia.

I. DEMANDA

1. Norma demandada

1. A continuación, se transcriben las disposiciones demandadas y se resalta, con subrayado y negrilla, la expresión que se cuestiona, en los términos propuestos por los accionantes:

“LEY 1861 DE 2017

(agosto 4)

Por la cual se reglamenta el servicio de reclutamiento, control de reservas y la movilización

EL CONGRESO DE COLOMBIA

DECRETA:

(...)

TÍTULO II

DE LA SITUACIÓN MILITAR

SERVICIO MILITAR OBLIGATORIO

(...)

ARTÍCULO 12. CAUSALES DE EXONERACIÓN DEL SERVICIO MILITAR OBLIGATORIO. Están exonerados de prestar el servicio militar obligatorio, cuando hayan alcanzado la mayoría de edad en los siguientes casos:

(...)

j) Los indígenas que acrediten su integridad cultural, social y económica a través de certificación expedida por el Ministerio del Interior.

(...)

CAPÍTULO II

DEFINICIÓN SITUACIÓN MILITAR

ARTÍCULO 26. CUOTA DE COMPENSACIÓN MILITAR. El inscrito que no ingrese a filas y sea clasificado, deberá pagar una contribución ciudadana, especial y pecuniaria al Tesoro Nacional.

PARÁGRAFO. Están exonerados de pagar cuota de compensación militar, los siguientes:

(...)

b) Los indígenas que acrediten su integridad cultural, social y económica a través de certificación expedida por el Ministerio del Interior.

(...)”

1. Cargos de inconstitucionalidad

1. Los actores argumentan que la expresión “indígenas”, contenida en los artículos 12 y 26 de la Ley 1861 de 2017, es contraria a la Constitución Política. En términos generales, exponen dos cargos de inexecutableidad: (i) la configuración de una omisión legislativa relativa, al no haberse incluido a las comunidades negras, afrocolombianas, raizales y palenqueras (en adelante, NARP) en las exoneraciones que regulan los literales objeto de la demanda (arts. 1, 2, 7, 13, 70, 93 y 55 transitorio de la CP); y (ii) la violación del principio de igualdad y el desconocimiento del deber especial de protección de las comunidades NARP (arts. 1, 7, 13, 70, 93 y 55 transitorio de la CP). Con fundamento en lo anterior, solicitan la exequibilidad condicionada de la expresión cuestionada, en el entendido de que estas también incluyen a los miembros de las comunidades NARP.

1. Para los demandantes, de los artículos 1, 7 y 70 de la Constitución Política se derivan, de

un lado, el carácter pluriétnico y multicultural del Estado y, del otro, el deber de protección de la diversidad étnica y cultural de la Nación. Este deber de protección, aseguran, involucra una serie de garantías que se materializan con el reconocimiento y la especial protección de ciertos grupos que han sido excluidos históricamente, como los pueblos y comunidades indígenas y las comunidades NARP. En lo que respecta a estas últimas, manifiestan que, en virtud del Convenio 169 de la OIT y la Ley 70 de 1993, el Estado debe reconocerlas como grupos étnicos y, como tal, proteger su identidad cultural y derechos, dentro de los que resaltan la consulta previa, la “protección diferenciada de tierras” y los derechos a la etno-educación y al autogobierno.

1. Primer cargo de la demanda. Los demandantes sostienen que el legislador incurrió en una omisión legislativa relativa al prever que la exoneración del servicio militar obligatorio y del pago de la cuota de compensación militar prevista en las normas demandadas cobijara “a aquellas personas que acrediten la identidad cultural, social y económica indígena y no la de comunidades negras, afrocolombianas, raizales y palenqueras”⁴. Para sustentar tal afirmación, los accionantes exponen, en términos generales, cinco argumentos.

1. Segundo, manifiestan que, de conformidad con la jurisprudencia de la Corte⁵ y el Convenio 169 de la OIT, el Estado tiene la obligación internacional y el deber constitucional de proteger la identidad y la diversidad étnica y cultural de las comunidades NARP. En similar sentido, como tercer argumento, afirman que el Estado debe otorgar una igualdad de trato a todas las culturas, con fundamento en los artículos 7, 13 y 70 de la Constitución Política. En ese sentido, agregan, las reglas de exclusión de la prestación del servicio militar obligatorio no deben favorecer únicamente a los indígenas, sino abarcar la pluralidad étnica y cultural de los distintos pueblos y comunidades, incluidas las comunidades NARP, con base en su reconocimiento y protección como titulares de derechos fundamentales diferenciados, en el nivel individual y, particularmente, en el nivel colectivo.

1. Cuarto, aseguran que no existe ninguna justificación constitucional para que las normas demandadas traten de manera desigual a las comunidades NARP, en comparación con los pueblos indígenas, pues, reiteran, el fin de las medidas previstas en ellas es la protección de la integridad y la diversidad étnica y cultural, que cubre por igual a ambos grupos. En ese sentido, afirman que, ni en la exposición de motivos ni en el trámite de la Ley 1861 de 2017, que derogó la Ley 48 de 1993, se hicieron explícitas las razones que justificaban la exclusión y el trato desigual que aseguran se les dio a las referidas comunidades.

1. Quinto, resaltan que las expresiones demandadas les generan una desigualdad negativa a las comunidades NARP frente al trato otorgado a los indígenas, lo cual, reiteran, “es contrario al mandato constitucional de protección de la diversidad e integridad étnica y cultural, así como de las obligaciones internacionales de no discriminación de los grupos étnicos consagrados en el Convenio 169 de la OIT”⁶.

1. Segundo cargo de la demanda. Los demandantes argumentan que las normas acusadas vulneran el derecho a la igualdad y la prohibición de discriminación de los miembros de las comunidades NARP, al no exonerarlos de la prestación del servicio militar y del pago de la cuota de compensación militar. En su criterio, la expresión “indígenas”, contenida en las normas acusadas, supone otorgar un tratamiento distinto a sujetos similares, pues dichas comunidades, al igual que los indígenas, “son grupos étnicos que gozan de igual reconocimiento y protección constitucional de su identidad y diversidad cultural, [por ende] son susceptibles de comparación en atención a la excepción etnocultural”⁷.

1. Los demandantes plantean un test estricto de igualdad. En su criterio, dicha intensidad del juicio de igualdad se justifica en que “está de por medio un criterio sospechoso de discriminación que afecta a personas que pertenecen a grupos marginados o discriminados”⁸. La expresión “indígena”, advierten, supone otorgar un tratamiento distinto a sujetos con características similares, pues, en atención a la finalidad que se persigue con la excepción consagrada en las normas objeto de la demanda, tanto los pueblos indígenas

como las comunidades NARP “merecen ser protegidas en su identidad y diversidad étnica y cultural”⁹. Por esta razón, consideran que “resulta equiparable el supuesto y la finalidad constitucional de la exención del servicio militar obligatorio y de la cuota de compensación militar concedida a los indígenas para ser aplicadas a [dichas] comunidades”¹⁰.

1. En desarrollo del test de igualdad, la parte actora señaló que: (i) la finalidad de la medida consistente en exonerar a los indígenas de la prestación del servicio militar obligatorio y del pago de la cuota de compensación militar es legítima, importante e imperiosa, porque materializa “la excepción etnocultural que constituye una medida afirmativa”¹¹ a favor de ese grupo étnico; y, además, (ii) es conducente y necesaria, “en la medida que permite efectivizar la protección de la identidad y diversidad étnica y cultural indígena con la aplicación de excepción etnocultural”¹². No obstante, agregaron los accionantes, la medida (iii) es evidentemente desproporcionada, pues las razones por las cuales se les conceden esos beneficios a los “«indígenas» que acrediten su integridad cultural, social y económica son igualmente aplicables a las comunidades [negras, afrocolombianas, raizales y palenqueras] como grupo étnico constitucionalmente reconocido”¹³, sin que exista justificación constitucional para darles un trato desigual. Esto, dijeron, contraría el mandato superior de protección de la identidad y diversidad étnica y cultural en condiciones de igualdad.

1. Los accionantes pidieron tener en cuenta que los grupos étnicos son sujetos titulares de derechos fundamentales y agregan que las comunidades NARP se encuentran dentro de estos grupos. Estas comunidades, dijeron de acuerdo con la Sentencia T-414 de 2015, “han sido destinatarias de una especial protección en procura de atender la condición de debilidad manifiesta en la que se encuentran debido principalmente [...] a la situación de histórica marginalidad y segregación de la cual ha sido víctima” ¹⁴. En su criterio, dicha situación de segregación ha generado que la jurisprudencia constitucional extienda a las comunidades NARP los efectos de algunas normas “reservadas” para los indígenas, pues, reiteran, se trata de sujetos comparables en razón de su identidad y diversidad étnica y cultural.

1. Intervenciones

1. Durante el término de fijación en lista, que venció el 18 de junio de 2021, intervinieron las siguientes autoridades, entidades y ciudadanos, en el sentido que más adelante se indica. Igualmente, dentro del término legal, se recibió el concepto de la Procuraduría General de la Nación¹⁵. El sentido de todas las intervenciones y del concepto de la procuradora general de la Nación fue el siguiente:

Mérito de los cargos

Exequibilidad

Exequibilidad condicionada

Ministerio de Justicia y del Derecho

Ministerio de Defensa Nacional

Ángela María Robledo

Comisión Colombiana de Juristas

Conferencia Nacional de Organizaciones Afrocolombianas – CNOA

Corporación Afrocolombiana Hileros

Consejo Nacional de Paz Afrocolombiano – CONPA

Harold Eduardo Sua

Jonathan Sandoval

Procuraduría General de la Nación

Universidad Externado de Colombia

Universidad Libre

Universidad Pedagógica y Tecnológica de Colombia

William Rivas

Aptitud de los cargos

Ministerio de Defensa Nacional

1. Habida cuenta de lo anterior, a continuación, se relacionan las razones propuestas por los intervinientes y la Procuraduría General de la Nación para defender, de un lado, la ineptitud de la demanda, de otro lado, la exequibilidad de la disposición demandada y, finalmente, la exequibilidad condicionada.

1. Solicitud de ineptitud sustancial de la demanda

1. El Ministerio de Defensa Nacional aseguró que la demanda no cumple con los criterios de claridad, certeza y suficiencia. En su criterio, la Corte ha considerado antes que argumentos como los que aquí se estudian carecen de la aptitud necesaria para que se dicte sentencia de mérito¹⁶.

1. Solicitudes de exequibilidad

1. El Ministerio de Justicia y del Derecho señaló que, por sus “antecedentes étnico-culturales”, las comunidades NARP no están en igualdad de condiciones con las comunidades

indígenas. Por esto, agregó, no es posible equiparar estas y aquellas para los efectos de las exoneraciones en controversia.

1. Aseguró que el legislador no incluyó a las comunidades NARP en la exoneración que regulan el literal j) del artículo 12 y el literal b) del párrafo del artículo 26 de la Ley 1861 de 2017, debido a que dichas comunidades “han tenido, por decirlo así, más éxito en lo que respecta a su inclusión y participación en la vida social de los países, situación diferente para los indígenas, ya que su proceso de adaptación y participación en sociedad ha sido más lento en comparación con las comunidades demandantes”¹⁷.

1. Solicitudes de exequibilidad condicionada¹⁸

1. Todos¹⁹ los intervinientes reiteraron los argumentos de la parte accionante²⁰ y manifestaron que acompañaban las pretensiones de la demanda.

1. Las referidas ONG adicionaron que el artículo 216 de la Constitución Política ha sido aplicado de forma desproporcionada frente a las comunidades NARP. Esto último porque no se tiene en cuenta: (i) la condición de pobreza como factor de riesgo asociado al reclutamiento obligatorio; (ii) la correlación entre la pertenencia a comunidades afrodescendientes y la condición de pobreza e inequidad; (iii) la condición de afrodescendiente como factor de riesgo asociado al reclutamiento; y (iv) el fenómeno de discriminación estructural que se presenta al interior de la fuerza pública y que les impide a los jóvenes que prestan el servicio militar gozar de una condición igualitaria respecto de las otras personas “no afrodescendientes”. Agregaron que las comunidades NARP son titulares del derecho a la objeción cultural como garantía de no repetición en el marco del conflicto armado; en virtud del cual tienen “derecho a objetar seguir en un círculo de guerra”, según el

acuerdo de paz suscrito con las FARC-EP.

1. La Comisión Colombiana de Juristas insistió en que las comunidades indígenas y NARP son grupos étnicos y, como tal, ambas deben ser tratadas con igualdad. Agregó, de acuerdo con la jurisprudencia constitucional²², que el legislador vulneró el mandato constitucional de protección igual a todas las culturas²³, con lo cual, según dijo, incumplió las obligaciones internacionales del Estado²⁴.

1. La Corporación Afrocolombiana Hileros, la Universidad Externado de Colombia y el ciudadano Jonathan Sandoval pidieron tener en cuenta la situación socioeconómica de las comunidades NARP y la discriminación²⁵ a la que se han visto sometidas dichas comunidades²⁶, así como la jurisprudencia constitucional sobre “excepciones etnoculturales”. En relación con estas excepciones, a las que circunscriben la exoneración de prestar servicio militar y pagar la cuota de compensación militar, insistieron en que al Estado le asiste el deber de establecer un trato igualitario para todos los grupos étnicos.

1. La Defensoría del Pueblo y las universidades Libre y Pedagógica y Tecnológica de Colombia pidieron que se incluyera a las comunidades ROM y a los pueblos campesinos dentro del condicionamiento de la norma acusada.

1. La Procuraduría General de la Nación indicó:

“(…) la Procuraduría solicita a la Corte Constitucional declarar la exequibilidad de la expresión «indígenas» contenida en el literal j) del artículo 12 y en el literal b) del parágrafo del artículo 26 de la Ley 1861 de 2017, bajo el entendido de que incluye a los individuos que acrediten su integridad cultural, social y económica en relación con las comunidades afrocolombianas, raizales, palenqueras o ROM, mediante certificación expedida por el Ministerio del Interior.”²⁷

1. En opinión del Ministerio Público, el control de constitucionalidad de las omisiones legislativas es viable, siempre que se trate de omisiones relativas y no absolutas y siempre que se acrediten los presupuestos de configuración que la jurisprudencia constitucional ha establecido. Tales exigencias, agregó, se encuentran acreditadas en el proceso de la referencia y, por lo tanto, es “procedente extender las consecuencias normativas a los supuestos excluidos de forma injustificada”²⁸, por los cuatro argumentos que se explican en seguida.

1. En primer lugar, señaló que la omisión se predica de un texto “positivo” en el que, tácitamente, se excluyen de sus consecuencias jurídicas casos asimilables. Segundo, manifestó que los artículos 1, 7, 13, 70 y 55 transitorio de la Constitución Política consagran el carácter multicultural de la Nación e imponen el deber al Estado de conceder igual reconocimiento a los grupos étnicos²⁹, particularmente, al expedir las normas que los afecta, máxime cuando, local e internacionalmente, se proscribe cualquier discriminación por razones de raza.

1. Tercero, la Procuraduría General de la Nación aseguró que no hay una razón suficiente para justificar que las normas acusadas no incluyan a las comunidades NARP. Pidió tener en cuenta que, una vez revisados los antecedentes legislativos de dichas normas, no “se encuentra una argumentación dirigida a justificar dicha determinación”³⁰. En su criterio, “pese a que el legislador fue consciente de la existencia de unos mandatos superiores en favor de la igualdad de las comunidades étnicas diversas del país, así como de la jurisprudencia sobre la excepción etnocultural para la prestación del servicio militar obligatorio y la exoneración del pago de la cuota de compensación militar correspondientes, sin razón alguna omitió desarrollar tales postulados en la Ley 1861 de 2017” ³¹.

1. Finalmente, advirtió que la omisión legislativa relativa en la que incurrió el legislador

genera una desigualdad negativa de los miembros de las comunidades NARP y ROM frente a los miembros de las comunidades indígenas, toda vez que “mientras los sujetos que hacen parte de las primeras deben obligatoriamente prestar el servicio militar o pagar la cuota de compensación respectiva, las personas que conforman l[a]s segund[a]s no tienen dichas obligaciones” 32. Agregó que esta situación desconoce el criterio de razonabilidad porque unos y otros son sujetos comparables y, sobre todo, porque dicho trato discriminatorio no tiene una justificación legislativa expresa y tampoco es necesario para alcanzar una finalidad legítima.

1. Competencia

1. De conformidad con el artículo 241.4 de la Constitución Política, la Corte Constitucional es competente para ejercer el control de constitucionalidad de los enunciados normativos demandados.

1. Cuestión previa: aptitud de los cargos de inconstitucionalidad

1. En la etapa de admisibilidad de la demanda, el despacho sustanciador valora si esta cumple con los requisitos mínimos de procedibilidad. Sin embargo, tal estudio corresponde a una revisión sumaria, que “no compromete ni define la competencia [...] de la Corte, [...] en quien reside la función constitucional de decidir de fondo sobre las demandas de inconstitucionalidad que presenten los ciudadanos [...] (C.P. art. 241-4-5)”³³.

1. El artículo 2 del Decreto 2067 de 1991 regula el contenido de las demandas en las acciones públicas de inconstitucionalidad. A partir de esta disposición, la jurisprudencia ha

considerado necesario que, para producir un pronunciamiento de fondo, la demanda contenga: (i) la delimitación precisa del objeto demandado; (ii) el concepto de violación; (iii) la razón por la cual la Corte es competente para conocer del asunto³⁴; y, cuando esto fuere del caso³⁵, (iv) el señalamiento del trámite legislativo impuesto para la expedición de la disposición demandada.

1. Exigencias generales de argumentación. En la sentencia C-1052 de 2001³⁶, la Corte señaló que el concepto de la violación se formula correctamente cuando la demanda está soportada en razones claras, ciertas, específicas, pertinentes y suficientes. A partir de esta sentencia, la jurisprudencia constitucional ha precisado el alcance de tales exigencias argumentativas. Al respecto, ha reiterado que dichas razones deben ser: (i) claras, es decir “seguir un curso de exposición comprensible y presentar un razonamiento inteligible”; (ii) ciertas, lo que significa que “no deben basarse en interpretaciones puramente subjetivas, caprichosas o irrazonables de los textos demandados”; (iii) específicas, lo que excluye “argumentos genéricos o excesivamente vagos”; (iv) pertinentes, de manera que planteen “un problema de constitucionalidad y no de conveniencia o corrección de las decisiones legislativas”, y (v) suficientes, esto es, capaces de “generar una duda inicial sobre la constitucionalidad de la disposición demandada”³⁷.

1. En su intervención, el Ministerio de Defensa Nacional planteó que la demanda no cumple las exigencias argumentativas de claridad, certeza y pertinencia. En criterio de la referida entidad, esta deficiencia se hace evidente si se tiene en cuenta que los ciudadanos demandantes reconocen que la omisión alegada debe ser resuelta por el legislador. Al respecto, la referida entidad plantea que los accionantes argumentan que “(...) la exclusión de las comunidades negras, afrocolombianas, raizales y palenqueras de las consecuencias jurídicas de las normas demandadas carecen de razón suficiente, pues es claro que ni en la exposición de motivos ni en el trámite de la Ley 1861 de 2017 se hicieron explícitas las razones que justificaban otorgarles un trato diferenciado como en efecto si ocurrió en relación con los indígenas, y sería el órgano legislativo quien tendría la competencia de ocuparse del tema al evidenciar si son igualmente beneficiarias de tal reconocimiento”³⁸.

1. Para la Sala, los dos cargos admitidos son aptos para proferir sentencia, por las razones que se explicarán a continuación (infra Nums. 2.1. y 2.2.).

1. El cargo por omisión legislativa es apto

1. En lo que respecta al alcance de los cargos por omisión legislativa relativa, la jurisprudencia constitucional ha pasado diversas etapas. Inicialmente, entre los años 1996 y 2000³⁹, la Corte estableció dos postulados esenciales, esto es, que la omisión se deriva del incumplimiento de una “obligación de hacer” que el constituyente le impuso al legislador⁴⁰, obligación luego denominada deber específico; y que es necesario distinguir entre omisión legislativa absoluta y omisión legislativa relativa⁴¹, debido a que aquella “no es objeto del debate en el proceso de inexequibilidad, puesto que este consiste, esencialmente, en un juicio de comparación entre dos normas de distinto rango para derivar su conformidad o discrepancia” y [, l]uego el vacío legislativo absoluto no puede ser enjuiciado en razón de la carencia de objeto en uno de uno de los extremos de comparación”⁴². En esta fase, el cargo por omisión legislativa relativa no había alcanzado autonomía plena respecto del cargo por violación al principio de igualdad⁴³. Incluso, en la Sentencia C-407 de 1998, haciendo referencia a la Sentencia C-543 de 1996, se dijo: “[e]n la providencia parcialmente transcrita, se hizo mención expresa de dos derechos susceptibles de ser afectados por las omisiones legislativas relativas, a saber: el derecho a la igualdad y el derecho al debido proceso”.

1. Luego, a partir del año 2000 y hasta el 2017⁴⁴, la Corte esquematizó los requisitos del cargo por omisión legislativa relativa. Igualmente, por ser importante para los fines de esta providencia, se resalta que afianzó la autonomía del cargo frente al de violación del principio de igualdad. En efecto, a partir de la sentencia C-427 del año 2000, la Corte consideró que estos cargos exigen “que se cumplan determinados requisitos, que se pueden sintetizar de la siguiente manera: a) que exista una norma sobre la cual se predica; b) que una omisión en

tal norma excluya de sus consecuencias aquellos casos que, por ser asimilables, deberían subsumirse dentro de su presupuesto fáctico; c) que dicha exclusión no obedezca a una razón objetiva y suficiente; d) que al carecer de una razón objetiva y suficiente, la omisión produzca una desigualdad injustificada entre los casos que están y los que no están sujetos a las consecuencias previstas por la norma y; e) que la omisión implique el incumplimiento de un deber constitucional del legislador” (negritas propias). Nótese que la “desigualdad injustificada” es tratada por la Corte Constitucional como un elemento analítico de los cargos por omisión legislativa relativa, que no como uno de los “derechos susceptibles de ser afectado por la omisión del legislador”, como se concebía en los albores de la jurisprudencia constitucional⁴⁵. Con ese alcance, las exigencias del cargo fueron reiteradas hasta mediados del 2017.

1. A partir del año 2017⁴⁶, la Sala ha identificado algunas exigencias adicionales: de un lado, en algunos casos⁴⁷ ha estudiado estos requisitos: (i) que la omisión aflore a primera vista de la norma propuesta; y (ii) que se descarte que la disposición acusada en realidad corresponde a una norma completa, que regula una situación diferente a la que se aduce injustificadamente excluida⁴⁸. De otro lado, ha hecho expresa la necesidad de imponer a quien demanda la obligación de identificar ex ante el mandato específico omitido por el legislador. La esencia de las exigencias generales, así como las adicionales antes referidas, han sido reiteradas recientemente, en las sentencias C-122 de 2020, C-158 de 2021⁴⁹ y C-243 de 2021.

1. Así, según la jurisprudencia vigente, “la exigencia argumentativa es mayor cuando se cuestiona una omisión legislativa relativa”⁵⁰, de tal forma que el demandante tiene la carga de demostrar los cinco elementos esenciales de las omisiones legislativas relativas desarrollados por la jurisprudencia constitucional⁵¹, a saber: (i) la existencia de una “norma sobre la cual se predique necesariamente el cargo”; (ii) que dicha norma “excluya de sus consecuencias jurídicas aquellos casos equivalentes o asimilables o (...) que no incluya determinado elemento o ingrediente normativo”⁵²; (iii) que exista “un deber específico impuesto directamente por el Constituyente al legislador que resulta omitido”⁵³; (iv) que la

exclusión de los casos o ingredientes “carezca de un principio de razón suficiente”⁵⁴ y (v) que, en los casos de exclusión, “la falta de justificación y objetividad genere una desigualdad negativa frente a los [casos o ingredientes] que se encuentran amparados por las consecuencias de la norma”⁵⁵.

1. Verificadas las exigencias antes referidas en un caso concreto, la Corte debe declarar la omisión legislativa relativa y adoptar las medidas que estime necesarias, bien sea exhortando al Congreso de la República para que acate el deber impuesto por el constituyente, esto es, para que regule lo omitido; o por medio de una sentencia integradora de tipo aditiva, esto es, “una sentencia que extienda sus consecuencias a los supuestos excluidos de manera injustificada”⁵⁶. Al optar por la segunda opción, el objetivo que persigue la Corte Constitucional es “mantener en el ordenamiento el contenido que, en sí mismo, no resulta contrario a la Carta, pero incorporando al mismo aquel aspecto omitido, sin el cual la disposición es incompatible con la Constitución”⁵⁷.

1. Ahora bien, luego de hacer algunas consideraciones sobre la identidad y diversidad étnicas y culturales y el régimen de excepciones etnoculturales al servicio militar obligatorio, los accionantes desarrollan cinco líneas de argumentación: (i) norma sobre la que recae la omisión⁵⁸; (ii) incumplimiento de un mandato constitucional específico⁵⁹; (iii) carácter injustificado de la omisión⁶⁰; (iv) desigualdad negativa⁶¹; y (v) consecuencia de la omisión legislativa relativa⁶². En términos generales, los demandantes: (a) señalan las normas respecto de las cuales se predica la supuesta omisión, esto es, el literal j) del artículo 12 y el literal b) del parágrafo del artículo 26 de la Ley 1861 de 2017 ; (b) advierten que estas normas excluyen a las comunidades NARP de la exoneración del servicio militar obligatorio y del pago de la cuota de compensación militar, a pesar de que se trata de grupos asimilables a los indígenas, en virtud del reconocimiento y la protección de su identidad y diversidad étnica y cultural; (c) sostienen que el legislador está obligado a garantizar la pluralidad y la diversidad étnica y cultural de los distintos pueblos y comunidades del país, incluidas las comunidades NARP, mediante acciones afirmativas que promuevan la igualdad material, de conformidad con lo previsto en los artículos 7, 13 y 70 de la Constitución Política; (d)

advierten que la exclusión de las comunidades NARP de las consecuencias jurídicas de las normas demandadas carece de razón suficiente, pues ni en la exposición de motivos ni en el trámite legislativo se hicieron explícitas las razones que justificaban otorgarles un trato diferenciado en relación con las comunidades indígenas, a pesar de ser igualmente beneficiarias del reconocimiento y la protección de su integridad y diversidad étnica y cultural; y (e) sostienen que la falta de justificación de la medida prevista en las normas demandadas genera una desigualdad negativa de las comunidades NARP frente a las comunidades indígenas, pues solo este grupo étnico está exonerado de la prestación del servicio militar obligatorio y del pago de la cuota de compensación militar.

1. Para los actores, el deber omitido por el legislador es el siguiente: “un mandato constitucional específico integrado por diversas disposiciones constitucionales que garantiza la pluralidad y la diversidad étnica y cultural de distintos pueblos y comunidades mediante acciones afirmativas que promuevan la igualdad material dentro de las que se encuentran las NARP, a partir de su reconocimiento y protección”⁶³. Los referentes normativos invocados en la demanda se pueden agrupar en dos: de un lado, los artículos 1, 2, 93 y 55 transitorio de la Constitución Política⁶⁴, a los que se adscribe el deber constitucional de proteger la identidad y la diversidad étnica y cultural de las comunidades NARP; y, del otro, los artículos 7, 13 y 70 *ibídem*, a los que se adscribe el deber de otorgar igualdad de trato y dignidad a todas las “culturas” en Colombia, incluidas las comunidades NARP. Tales disposiciones, se dijo, contienen un mandato de protección que la propia Corte ha reconocido⁶⁵. Al respecto, en la demanda se leen estos argumentos:

1. (i) De acuerdo con los artículos 1º y 7º de la Constitución Política, las comunidades étnicas pueden definir autónomamente su identidad y, para tales fines, toman como referencia sus diferencias específicas y sus valores étnicos y culturales, lo que supone que “deben estar libres de imposiciones externas que pueden suponer la pérdida o transformación forzada de su identidad cultural”⁶⁶. En criterio de los actores, el deber que le asiste al Estado de proteger el pluralismo y la diversidad étnica resulta “aun más acuciante”⁶⁷ cuando se trata de la privación de la libertad y la prestación del servicio militar obligatorio, teniendo en

cuenta los poderes administrativos que se derivan de la relación especial de sujeción que surge en esos contextos.

1. (ii) El principio de pluralismo y diversidad étnica y cultural se complementa con los deberes estatales de: (a) garantía de la efectividad de los principios, derechos y deberes que establece el artículo 2º de la Constitución Política; (b) reconocimiento y garantía de la igualdad y la dignidad de todas las comunidades culturales que conviven en el país (art. 70, CP); y (c) protección de las comunidades NARP, de acuerdo con lo establecido en los artículos 93 y 55 transitorio de la Constitución Política⁶⁸.

1. (iii) En aplicación del principio de pluralismo y diversidad étnica y cultural, “leído en conjunto con los artículos 1.2, 2.2 y 5.a del Convenio 169 de la OIT que integra el bloque de constitucionalidad en virtud del artículo 93 de la Constitución”⁶⁹, las comunidades étnicas gozan de una protección especial de su cultura, territorio, cosmovisión, identidad social, religiosa y jurídica y de su autonomía. Los derechos fundamentales de sus miembros, en consecuencia, deben ser interpretados en clave intercultural, esto es, valorando las particularidades que surgen de la pertenencia de ciertas personas a grupos culturales específicos y determinados.

1. (iv) El Convenio 169 de la OIT hace parte del bloque de constitucionalidad en sentido estricto y es una fuente normativa relevante para establecer el alcance del principio de pluralismo y diversidad étnica y cultural. Desde esa perspectiva, el referido convenio internacional establece que los grupos indígenas y pueblos tribales, así como las comunidades NARP, merecen una especial protección por parte del Estado, cuando se diseñan medidas legislativas que los afecta directamente.

1. (v) Los tratados internacionales que prohíben la discriminación, entre otras, por razones raciales o étnicas; son un límite al tratamiento desigual injustificado entre grupos étnicos, el

cual, además, desconoce el artículo 70 de la Constitución Política.

1. (vi) Esta Corte ha garantizado la identidad y diversidad étnica y cultural, previniendo o impidiendo acciones que buscan afectar cualquiera de sus manifestaciones. Específicamente, la jurisprudencia constitucional ha reconocido dos ámbitos de protección: (a) el derecho a intervenir en las decisiones que afectan a las comunidades étnicas, para la protección de su cultura y en la preservación de su identidad; y (b) la subsistencia y preservación de la integridad étnica y cultural, lo que incluye disponer de los elementos materiales necesarios para dicha subsistencia. Dentro de estos ámbitos, la Corte ha reconocido y amparado el derecho a la consulta previa; la protección diferenciada en tierras; el acceso a la educación superior; y el autogobierno, bien para dirigir sus intereses o para resolver sus conflictos internos, entre otros.

1. (viii) La Corte ha reconocido diferentes expresiones de discriminación individuales y colectivas de las comunidades NARP. Estas últimas, cuando se elimina o reduce la protección de su identidad. Aquellas, en eventos en los que a sus miembros se les discrimina debido al color de la piel o se restringe la autodeterminación dentro y fuera del territorio, delimitado según su cosmovisión⁷⁰.

1. (ix) Las acciones afirmativas que buscan garantizar la identidad cultural de las comunidades étnicas, como la denominada “excepción etnocultural”, deben implementarse sin distinguir entre los integrantes de las comunidades indígenas y NARP. Con todo, si se establece tal distinción, el legislador debe demostrar su razonabilidad, pues el “mandato específico de la Constitución será siempre incluir a todos los sujetos étnica y culturalmente diferenciados”⁷¹. No hacerlo, en criterio de los actores “(...) constituye un incumplimiento del mandato constitucional de reconocimiento y protección de la diversidad étnica y cultural, lo que solo resulta armonizable con la Constitución a partir de una intervención que reconozca la inclusión de las NARP en la consecuencia jurídica de la norma”⁷².

1. A juicio de la Sala, los argumentos de los demandantes son claros, pues siguen un hilo conductor lógico y permiten identificar los fundamentos de la acusación de inconstitucionalidad. En términos generales, se alega que el Congreso de la República incurrió en una omisión legislativa relativa al no incluir a las comunidades NARP en la exoneración de prestar el servicio militar y pagar la cuota de compensación militar. Además, las razones esgrimidas son ciertas, en el entendido de que cuestionan un contenido normativo que se deriva razonablemente del texto de las disposiciones acusadas, pues los actores cuestionan que el legislador solo exoneró de la prestación del servicio militar y del pago de la cuota de compensación militar a las comunidades indígenas, lo cual, efectivamente, disponen las normas acusadas.

1. Igualmente, respecto de los requisitos de argumentación de los cargos por omisión legislativa relativa, la Sala encuentra acreditadas las cinco exigencias especiales. En efecto, los actores identificaron la norma sobre la que se estructura la presunta omisión y mostraron, de un lado, cómo esa norma excluye de sus consecuencias jurídicas a las comunidades NARP, de otro, por qué se configura una desigualdad negativa en lo que respecta a dichas comunidades y, adicionalmente, que la supuesta exclusión carece de justificación y genera un escenario de desigualdad negativa. Además, cumplieron la carga de identificar el “deber específico impuesto directamente por el Constituyente al legislador que resulta omitido”⁷³ (supra fj. 46) y, por esa razón, es imperioso concluir que el cargo por omisión legislativa tiene aptitud sustantiva.

1. En efecto, los actores identificaron el deber que consideran omitido por el legislador al expedir las normas objeto de control de constitucionalidad, el cual ya ha sido reconocido expresamente por la jurisprudencia constitucional⁷⁴. Particularmente, en la Sentencia C-480 de 2019, la Corte reconoció que “los artículos 1, 13 y 7 de la Constitución recogen el deber de reconocer y respetar las diferentes cosmogonías que tienen las comunidades étnicas”.

Dicho deber se circunscribió al reconocimiento y respeto por las manifestaciones culturales de los colectivos étnicos diversos, para ese caso, de la producción de licores ancestrales y tradicionales que hacen parte de la identidad cultural, la medicina tradicional y las costumbres de las comunidades NARP. La similitud entre el deber constitucional que la Corte encontró omitido y el deber que los actores alegan en esta ocasión, se hace evidente en el siguiente cuadro comparativo:

Deber reconocido por la Corte en la Sentencia C-480 de 2019

Deber que los demandantes consideran omitido

Esta Corte recuerda que los artículos 1, 13 y 7 de la Constitución recogen el deber de reconocer y respetar las diferentes cosmogonías que tienen las comunidades étnicas diversas, como se señaló en la parte motiva de esta providencia (supra 4.1). Ello se concreta en los principios de diversidad e identidad de los pueblos indígenas y tribales, que implican el reconocimiento y respeto de toda manifestación cultural de los colectivos étnicos diversos, por ejemplo los saberes ancestrales y tradicionales de carácter medicinal y/o cultural, dado que se relacionan con las formas de percibir el mundo y la vida. En otras palabras, existe un deber de reconocer y proteger la diversidad étnica y cultural de la nación, previsto en el artículo 7 de la Carta Política, representada en las manifestaciones culturales de los colectivos étnicos, en este caso, en la producción de bebidas alcohólicas tradicionales y ancestrales para su consumo propio.

el Legislador tiene la obligación internacional y el deber constitucional de proteger la identidad y diversidad étnica y cultural de las comunidades NARP (arts. 1, 2, 93, 310 y 55 transitorio), así como de otorgar igualdad de trato y dignidad a todas las culturas en Colombia (arts. 7, 13 y 70). Este mandato se traduce de manera concreta para el presente caso en el diseño de reglas de exclusión en la prestación del servicio militar obligatorio, lo cual no ocurrió en la expedición de las expresiones acusadas como inconstitucionales.

1. Igualmente, los demandantes reforzaron su línea de argumentación con la jurisprudencia de la Sala Especial de Seguimiento de la Sentencia T-025 de 2004, particularmente, las consideraciones del Auto 005 de 2009. Para los actores, en esa providencia la Corte

reconoció el mandato que consideran omitido por el legislador⁷⁵. En efecto, la Sala observa que en esta providencia, al describir el alcance del deber de protección que deben recibir las comunidades NARP, se desarrollaron unos “mandatos específicos”⁷⁶, incluido el que los demandantes invocan como omitido por el Congreso de la República, puntualmente, el de trato igualitario de las culturas que conviven en el país y el de reconocimiento y protección de la identidad e integridad cultural.

1. Por lo demás, la Sala encuentra que algunos de los artículos constitucionales invocados como referente normativo del deber presuntamente omitido establecen el deber general de adoptar medidas para garantizar la igualdad real y efectiva en favor de grupos discriminados, dentro de los que se encuentran las comunidades NARP, particularmente, el inciso 2º del artículo 1377 y el inciso 2º del artículo 7078 de la Constitución Política.

1. En suma, por las razones previamente expresadas, la Corte encuentra que el cargo por omisión legislativa cumple la totalidad de las exigencias de la jurisprudencia constitucional.

1. El cargo por violación del principio de igualdad es apto

1. La jurisprudencia constitucional ha señalado que en estos casos no es suficiente con que la parte demandante afirme que las disposiciones acusadas establecen un trato diferenciado o son discriminatorias⁷⁹. Por el contrario, se ha dicho, que quien ejerce la acción de inconstitucionalidad debe: (i) determinar cuál es el criterio de comparación o *tertium comparationis*, (ii) definir “si desde la perspectiva fáctica y jurídica existe tratamiento desigual entre iguales o igual entre disímiles”⁸⁰; y (iii) establecer “si el tratamiento distinto está constitucionalmente justificado”⁸¹.

1. El cargo es claro en la exposición de los argumentos que lo sustentan. Los actores señalan de manera comprensible y lógica las razones por las cuales consideran que las expresiones demandadas desconocen disposiciones constitucionales. En términos generales, alegan que dichas expresiones discriminan injustificadamente a las comunidades NARP. Igualmente, acusan al legislador de no tener en cuenta que estas comunidades, al igual que las comunidades indígenas, “son grupos étnicos que gozan de igual reconocimiento y protección constitucional de su identidad y diversidad cultural”⁸².

1. El cargo es cierto, toda vez que se deriva de una interpretación razonable y, al menos, *prima facie* atribuible a las disposiciones acusadas. Los actores cuestionan que el legislador solo exoneró de la prestación del servicio militar y del pago de la cuota de compensación militar a las comunidades indígenas, lo cual, efectivamente, disponen las normas acusadas. Igualmente, el primer cargo es específico, pues es concreto, determinado y no se sustenta en afirmaciones vagas, abstractas o globales, así como tampoco en apreciaciones subjetivas de los demandantes. Estos últimos exponen de manera puntual y precisa las razones por las cuales consideran que la referida diferencia de trato sería contraria a la Constitución Política y a la jurisprudencia constitucional⁸³, así como también explican cuáles son las razones por las que entienden que los efectos de las normas acusadas se deben extender a las comunidades NARP.

1. Adicionalmente, la Corte considera que el cargo es pertinente, porque se basa en razones de carácter constitucional que confrontan la norma acusada y las disposiciones de la Constitución Política, particularmente con el principio de igualdad (art. 13, CP) y el mandato de protección de la identidad y diversidad étnica (arts. 7 y 70, CP). Por último, habida cuenta de lo dicho en los párrafos precedentes, el cargo es suficiente, pues despierta una duda de constitucionalidad que hace necesaria la intervención del juez constitucional.

1. Adicionalmente, el cargo por violación del principio de igualdad cumple las exigencias argumentativas específicas (*supra* fj. 62). Los demandantes, primero, identificaron los grupos

de sujetos comparables, esto es, las comunidades indígenas, de un lado, y las comunidades NARP, del otro; y determinaron el criterio que permite compararlos, esto es, su calidad de comunidades étnicas. Segundo, señalan que los apartados normativos demandados les otorgan un trato diferenciado a sujetos iguales⁸⁴, esto es, que si bien los pueblos indígenas y las comunidades NARP son grupos étnicos titulares del derecho al reconocimiento y la protección de su identidad y diversidad étnica y cultural, solo los primeros están exonerados de prestar el servicio militar obligatorio y de pagar la cuota de compensación militar. Y, tercero, advierten que dicho tratamiento diferenciado carece de justificación constitucional, pues es evidentemente desproporcionada, al beneficiar exclusivamente a los indígenas, en contravía del mandato superior de protección de la identidad y diversidad étnica y cultural en condiciones de igualdad. Al respecto, en la demanda sub examine se lee:

“Las comunidades étnicas son sujetos colectivos titulares de derechos fundamentales por su condición de sujetos de especial protección constitucional en situación de vulnerabilidad y la expresión “grupos étnicos” incluye a los pueblos y comunidades indígenas, Rom y negras, afrocolombianas, raizales y palenqueras. De esa manera, se tiene que las el análisis de la proporcionalidad en sentido estricto demuestra que las normas demandadas generan una desigualdad al establecer que la protección de la identidad y diversidad étnica y cultural, que se concreta en la excepción etnocultural, solo es aplicable a los indígenas. Como se ha anotado en este documento, razones que permiten la exoneración de la prestación del servicio militar obligatorio y del pago de la cuota de compensación militar a los “indígenas” que acrediten su integridad cultural, social y económica son igualmente aplicables a las comunidades NARP como grupo étnico constitucionalmente reconocido, por lo que no existe justificación constitucional del trato desigual.

De ese modo, la medida se muestra de manera manifiesta como desproporcionada por excluir a las comunidades NARP como grupo étnico merecedor de igual protección que los grupos indígenas de la excepción etnocultural que pretende la protección de la identidad y diversidad étnica y cultural. Así, los beneficios de la medida frente a los indígenas excedan claramente las restricciones impuestas de protección de la identidad y diversidad étnica y cultural en condiciones de igualdad derivado de los artículos 1, 7, 70, 93, 310 y 55 transitorio de la Constitución.”

1. En suma, por las consideraciones antes expuestas, la Sala considera que el cargo por violación al principio de igualdad tiene la aptitud necesaria para dictar sentencia de fondo.

1. Problema jurídico y metodología de la decisión

1. En atención a los cargos propuestos, corresponde a la Corte Constitucional determinar si el literal j) del artículo 12 y el literal b) del parágrafo del artículo 26 de la Ley 1861 de 2017 vulneran el artículo 13 de la Constitución Política, norma a la que se adscribe el principio de igualdad y la cláusula de no discriminación. Igualmente, esta Corte debe establecer si, al expedir las normas acusadas, el Congreso de la República incurrió en una omisión legislativa relativa, debido a que no incluyó a las comunidades NARP.

1. Para responder estas preguntas, la Corte determinará el alcance y la finalidad del principio de igualdad y, con fundamento en esto, definirá si la norma acusada vulnera dicho principio (infra Num. 4). Posteriormente, la Corporación definirá si, al expedir las normas acusadas, el Congreso de la República incurrió en una omisión legislativa relativa (infra Num. 5). Finalmente, la Sala establecerá el alcance de la decisión que deberá proferir (infra Num. 6).

1. La Sala no se pronunciará frente a los alegatos sobre la omisión legislativa relativa en lo que respecta a las comunidades ROM y campesinas, debido a que estos no fueron invocados por los demandantes, sino que fueron traídos al debate por el Ministerio Público, la Defensoría del Pueblo y las universidades Libre y Pedagógica y Tecnológica de Colombia. Esta Corte carece de competencia para ejercer control oficioso de constitucionalidad, cuando actúa en el marco de la acción pública de inconstitucionalidad, según el alcance que el precedente constitucional le ha dado al artículo 241 de la Constitución Política⁸⁵. Además, en

este caso no se presenta ninguna de las hipótesis que permite alterar el alcance y los términos del juicio de constitucionalidad propuesto en la demanda, primero, porque no se satisfacen las condiciones para la integración normativa y, segundo, porque en el expediente no hay elementos de juicio que den cuenta de una situación de inconstitucionalidad “grosera”, esto es, abierta, flagrante e indiscutible⁸⁶.

1. La norma acusada vulnera el principio de igualdad

1. Los demandantes consideran que “[l]a expresión «indígenas» del literal b del párrafo del artículo 26 del literal j del artículo 12 y de la Ley 1861 de 2017 transgrede la cláusula general de igualdad contenida en el artículo 13 de la Constitución pues establece un trato desigual entre grupos étnicos que gozan de igual reconocimiento y protección constitucional de su identidad y diversidad cultural”⁸⁷. Para sustentar el argumento, los actores pretendieron ejecutar un test integrado de igualdad. Todo, sobre dos supuestos: por un lado, pidieron tener en cuenta que en este caso se presenta un criterio sospechoso de discriminación que afecta a un grupo de personas que pertenece a grupos históricamente discriminados y marginados. Por el otro, aseguraron que dicha discriminación afecta de manera grave el goce de los derechos fundamentales de dichas personas.

1. Alcance del principio de igualdad en la jurisprudencia constitucional. El artículo 13 de la Constitución Política reconoce el principio de igualdad y, particularmente, su inciso 1º dispone que todas las personas “recibirán la misma protección y trato de las autoridades y gozarán de los mismos derechos libertades y oportunidades”. Igualmente, prohíbe la discriminación “por razones de sexo, raza, origen nacional o familiar, lengua, religión, opinión política o filosófica”. El inciso 2º ibídem prescribe que el Estado debe promover las condiciones para que “la igualdad sea real y efectiva”. Por último, el inciso 3º ejusdem prevé que el Estado protegerá especialmente a “aquellas personas que por su condición económica, física o mental, se encuentren en circunstancia de debilidad manifiesta”.

1. El principio de igualdad tiene dos dimensiones: formal y material⁸⁸. En la primera (art. 13.1 CP), el principio de igualdad implica que el Estado debe otorgar a los individuos un trato igual “ante la ley” y “en la ley”. Esto implica que la ley debe ser aplicada “de forma universal, para todos los destinatarios de la clase cobijada por la norma, en presencia del respectivo supuesto de hecho”⁸⁹. En la dimensión formal del principio de igualdad se inscribe la prohibición de discriminación⁹⁰ “basada en motivos definidos como prohibidos por la Constitución Política”⁹¹. En la segunda (art. 13.2 y 13.3 CP), el principio de igualdad obliga al Estado a promover las condiciones necesarias para que la igualdad sea real y efectiva⁹². A la luz de la dimensión material, el Estado debe implementar políticas “destinadas a beneficiar a grupos discriminados o marginados de manera sistemática o histórica, a través de prestaciones concretas o cambios en el diseño institucional (acciones afirmativas)”⁹³. En estos términos, el principio de igualdad exige que los derechos, los privilegios, los deberes y las cargas, se distribuyan de manera justa y equitativa entre los individuos⁹⁴.

1. La igualdad es un concepto de “carácter relacional”⁹⁵. Esto significa que su aplicación siempre “presupone una comparación entre personas, grupos de personas”⁹⁶ o supuestos, a partir de un determinado criterio de comparación⁹⁷. Las situaciones de igualdad o desigualdad entre las personas o los supuestos “no son nunca absolutas sino siempre parciales, esto es, desigualdades o igualdades desde cierto punto de vista”⁹⁸. De esta forma, el principio de igualdad no exige que el legislador otorgue un trato “mecánico y matemáticamente”⁹⁹ paritario a los individuos y cree “una multiplicidad de regímenes jurídicos atendiendo todas las diferencias”¹⁰⁰. Por el contrario, el legislador está facultado para “simplificar las relaciones sociales”¹⁰¹ y ordenar “de manera similar situaciones de hecho diferentes”¹⁰² siempre que las diferenciaciones que imponga con fundamento en un determinado criterio de comparación¹⁰³ sean razonables en atención a la finalidad que la norma persigue¹⁰⁴.

1. Del principio de igualdad se derivan cuatro mandatos: (i) un mandato de trato idéntico a

destinatarios que “se encuentren en circunstancias idénticas”¹⁰⁵; (ii) un mandato de trato diferente a destinatarios “cuyas situaciones no comparten ningún elemento en común”¹⁰⁶; (iii) un mandato de trato similar a destinatarios “cuyas situaciones presenten similitudes y diferencias, pero las similitudes sean más relevantes a pesar de las diferencias”¹⁰⁷; y (iv) un mandato de trato diferenciado a destinatarios que “se encuentren también en una posición en parte similar y en parte diversa, pero en cuyo caso las diferencias sean más relevantes que las similitudes”¹⁰⁸.

1. Tales mandatos se predicán de las normas que regulan el servicio militar obligatorio. El deber que tienen los colombianos de tomar las armas para defender la independencia nacional y las instituciones públicas se deriva de los artículos 1º, 2º y 216 de la Constitución Política. La jurisprudencia constitucional¹⁰⁹ ha resaltado que el inciso 2º del artículo 216 de la Constitución Política concede al legislador la facultad para determinar “las condiciones que en todo tiempo eximen del servicio militar y las prerrogativas por la prestación del mismo”. El legislador ejerció dicha facultad al expedir las leyes 48 de 1993 y 1861 de 2017, por las cuales reguló el servicio de reclutamiento, control de reservas y movilización. Esta prerrogativa encuentra límite en el orden jurídico constitucional. Por ejemplo, en la Sentencia C-084 de 2020, la Corte reconoció que el deber de tomar las armas está sometido a “(...) los postulados constitucionales y (...) [el respeto por] los derechos fundamentales y las libertades básicas de los llamados a filas.”¹¹⁰, particularmente, por el derecho fundamental a la igualdad, en virtud del cual el servicio militar obligatorio debe prestarse en condiciones de igualdad, esto es, sin reparar en distinciones económicas, sociales, de escolaridad o cualquier otro criterio de discriminación.

1. Con todo, amparada en los artículos 7º y 70 de la Constitución Política, la Corte ha avalado la constitucionalidad del tratamiento legislativo diferenciado en favor de las comunidades indígenas en lo que respecta a las normas que rigen la prestación del servicio militar obligatorio¹¹¹ –excepciones por diversidad etnocultural–¹¹². El legislador estableció este tratamiento diferenciado específico, inicialmente, en el artículo 27 de la Ley 48 de 1993¹¹³ y, luego, en el artículo 12 de la Ley 1861 de 2017 (norma demandada). En el mismo sentido,

la jurisprudencia constitucional ha avalado la excepción por diversidad etnocultural en lo que respecta al pago de la cuota de compensación militar.

1. Alcance del test integrado de igualdad en la jurisprudencia de la Corte Constitucional. El juicio integrado de igualdad es la metodología que la jurisprudencia constitucional ha diseñado y aplicado para valorar la constitucionalidad de normas que “plantean una aparente violación al principio de igualdad”¹¹⁴. Este juicio fue originalmente formulado por la Corte Constitucional en la sentencia C-093 de 2001 con el objetivo de combinar las ventajas analíticas del “juicio de proporcionalidad europeo con los niveles de escrutinio norteamericano”¹¹⁵. Desde entonces, la Corte ha aplicado esta metodología de manera reiterada y pacífica.

1. En la sentencia C-345 de 2019, la Corte Constitucional unificó su jurisprudencia en relación con la estructura metodológica de este juicio. Los criterios allí expuestos han sido reiterados pacíficamente por esta Corporación, como se puede corroborar en la Sentencia C-314 del 16 de septiembre de 2021. Al respecto, señaló que el juicio integrado de igualdad implica, en primer lugar, verificar la existencia de una afectación prima facie al principio de igualdad¹¹⁶. Posteriormente, el juez constitucional debe determinar si dicha afectación prima facie se encuentra constitucionalmente justificada, para lo cual debe: (i) definir la intensidad del juicio a partir de la escala triádica: débil, intermedia o estricta, y (ii) analizar la proporcionalidad de la medida a la luz del juicio de proporcionalidad¹¹⁷.

1. El juez constitucional debe verificar que la norma afecte una posición jurídica adscrita prima facie al principio de igualdad. Para esto, el juez debe (i) identificar cuál es el criterio de comparación “patrón de igualdad o tertium comparationis”¹¹⁸ y (ii) determinar si, a la luz de dicho criterio de comparación, los sujetos y situaciones son comparables desde la perspectiva fáctica y jurídica¹¹⁹. En términos generales, existe una afectación prima facie al principio de igualdad si la norma objeto de control es infra inclusiva¹²⁰ o supra inclusiva y, en ese sentido, prevé una carga o beneficio diferenciado entre sujetos comparables¹²¹.

1. El juez constitucional debe definir la intensidad del juicio, en atención a tres niveles: débil, intermedia, o estricta¹²². La intensidad del juicio se determina a partir del grado de margen de configuración que la Constitución Política reconoce al legislador y a la administración¹²³. La jurisprudencia constitucional ha precisado que, para definir dicho grado de margen de configuración, el juez debe tener en cuenta los siguientes criterios orientadores: (i) la materia regulada¹²⁴, (ii) los principios constitucionales o derechos fundamentales comprometidos¹²⁵ y (iii) los grupos de personas perjudicados o beneficiados con la medida sometida a escrutinio¹²⁶.

1. El juez constitucional debe determinar si la carga o beneficio diferenciado es proporcionada a partir de la aplicación del juicio de proporcionalidad. En estos términos, el juez debe valorar si esta cumple con las exigencias de los subprincipios de idoneidad, necesidad y proporcionalidad en sentido estricto. El contenido de cada uno de estos subprincipios varía en atención a la intensidad del escrutinio, habida cuenta de que, en el juicio integrado, “se les cualifica de conformidad con el nivel de intensidad”¹²⁷. A su vez, en la sentencia C-345 de 2019, la Corte precisó que “la proporcionalidad en sentido estricto debe estudiarse por el juez constitucional con algunos matices, por regla general, tanto en el juicio intermedio como en el estricto, mas no en el débil, de manera que se sigan los pasos del test europeo, que incluye la proporcionalidad en sentido estricto, así como la lógica de las intensidades del juicio estadounidense”¹²⁸.

1. Alcance de las disposiciones acusadas

1. El artículo 5º de la Constitución Política de 1821 establecía que “[s]on deberes de cada colombiano vivir sometido a la Constitución y a las leyes (...) y estar pronto en todo tiempo a servir y defender la patria haciéndole el sacrificio de sus bienes y de su vida, si fuere necesario”. No obstante, solo hasta la Constitución Nacional de 1886 el servicio militar se

hizo obligatorio, particularmente, por disposición del artículo 165 de dicho texto constitucional: “[t]odos los colombianos están obligados a tomar las armas cuando las necesidades públicas lo exijan, para defender la independencia nacional y las instituciones patrias”. Esta norma, además, estableció que la ley determinaría las condiciones que eximen del servicio militar.

1. En cumplimiento del mandato constitucional, el legislador expidió la Ley 1ª de 1945, cuyos artículos 20 y 21 distinguieron entre los exentos que no pagan cuota de compensación militar y los exentos que pagan dicha cuota. Estos últimos eran: (i) los que hubieren sido condenados a pena que tenga como accesoria la pérdida de los derechos políticos mientras no tengan su rehabilitación; (ii) el hijo de viuda, que observe buena conducta que atienda a sus necesidades si esta carece de medios de subsistencia; (iii) el huérfano de padre que atienda con su trabajo a la subsistencia de sus hermanos incapaces de ganarse el sustento; (iv) el hijo de padres incapacitados para trabajar o que pasen de 60 años, cuando estos carezcan de renta, pensión o medios de subsistencia, y siempre que dicho hijo vele por ellos; (v) el hermano o hijo de quien haya muerto prestando sus servicios en las filas, si su trabajo es indispensable para la subsistencia de su familia; (vi) los casados que hagan vida conyugal; (vii) los viudos que sostengan hijos habidos en el matrimonio; (viii) el hijo único huérfano de padre con hermanas solteras que observan buena conducta o hermanos menores a quienes sostenga, por no tener a ellos peculio propio; y (ix) los inhábiles relativos permanentes. Los exentos que no pagan cuota de compensación militar, eran los siguientes: (i) los miembros del clero católico, secular y regular; (ii) los miembros varones de congregaciones católico-religiosas y docentes; (iii) los seminaristas y estudiantes que cursen teología en establecimientos reconocidos por el Estado como centros de preparación para la carrera sacerdotal; y (iv) los inhábiles absolutos. En los dos casos, las personas estaban obligadas a hacer la “inscripción militar” regulada en el artículo 17 ibídem¹²⁹.

1. En vigencia de la Constitución Política de 1991, cuyo artículo 216 establece que “[t]odos los colombianos están obligados a tomar las armas cuando las necesidades públicas lo exijan para defender la independencia nacional y las instituciones públicas”, el Congreso de la

República expidió la Ley 48 de 1993¹³⁰. El artículo 27 de dicha norma regula las exenciones en todo tiempo que no pagan cuota de compensación militar: (i) los limitados físicos y sensoriales permanentes; y (ii) los indígenas que residan en su territorio y conserven su integridad cultural, social y económica¹³¹. Dentro de esta categoría se incluyeron (iii) las víctimas del conflicto armado, por disposición del artículo 140 de la Ley 1448 de 2011. Por otro lado, el artículo 28 *ibídem* establece las exenciones en tiempos de paz que sí pagan cuota de compensación militar: (i) los clérigos y religiosos de acuerdo a los convenios concordatarios vigentes, así como los similares jerárquicos de otras religiones o iglesias, dedicados permanentemente a su culto; (ii) los que hubieren sido condenados a penas que tengan como accesorias la pérdida de los derechos políticos mientras no obtengan su rehabilitación; (iii) el hijo único; (iv) el huérfano de padre o madre que atienda con su trabajo a la subsistencia de sus hermanos incapaces de ganarse el sustento; (v) el hijo de padres incapacitados para trabajar o mayores de 60 años, cuando éstos carezcan de renta, pensión o medios de subsistencia, siempre que dicho hijo vele por ellos; (vi) el hermano o hijo de quien haya muerto o adquirido una inhabilidad absoluta y permanente en combate, en actos del servicio o como consecuencia del mismo, durante la prestación del servicio militar obligatorio; (vii) los casados que hagan vida conyugal¹³²; (viii) los inhábiles relativos y permanentes; y (ix) los hijos de oficiales, suboficiales, agentes y civiles de la Fuerza Pública que hayan fallecido o adquirido una inhabilidad absoluta y permanente en combate o en actos del servicio y por causas inherentes al mismo.

1. La Corte Constitucional ha reconocido que el artículo 27 de la Ley 48 de 1993 contiene una excepción etnocultural, esto es, una excepción a normas que rigen para la generalidad de los colombianos. Esta Corporación ha dicho que las excepciones etnoculturales, incluida la que se relacionan con la prestación del servicio militar obligatorio, son desarrollo de los postulados constitucionales sobre: (i) la identidad cultural de los grupos humanos que la Constitución Política ordena proteger de manera privilegiada; (ii) la garantía y el respeto de la cultura, las tradiciones y las costumbres de las comunidades indígenas; y (iii) el principio de diversidad cultural. Todo, de conformidad con los mandatos contemplados en los artículos 7 y 70 de la Constitución Política, esto es, en cumplimiento del deber estatal de reconocer y proteger la diversidad cultural y promover los valores culturales que son fundamento de la nacionalidad¹³³. Al respecto, en la Sentencia T-792 de 2012, la Corte Constitucional

manifestó:

“El literal b) del artículo 27 de la Ley 48 de 1993 establece que «los indígenas que residan en su territorio y conserven su integridad cultural, social y económica» están exentos en todo tiempo de prestar servicio militar. Desde sus primeras sentencias, la Corte ha sido consistente en señalar que esta norma contempla una prerrogativa constitucionalmente válida, puesto que se trata de una forma de reconocimiento y protección de la diversidad étnica y cultural de la Nación prevista en el artículo séptimo de la Constitución.”

1. Por otro lado, el artículo 22 de la Ley 48 de 1993 estableció que “[e]l inscrito que no ingrese a filas y sea clasificado debe pagar una contribución pecuniaria al Tesoro Nacional, denominada «cuota de compensación militar»”, la cual tendría que ser pagada dentro de los treinta (30) días siguientes a la calificación. La referida cuota fue objeto de diversas modificaciones, posteriormente, por el artículo 1º de la Ley 1184 del año 2008.

1. La normativa antes referida fue derogada por expresamente por el artículo 81 de la Ley 1861 de 2017. El artículo 12 (demandado) de dicha norma establece causales de exoneración del servicio militar obligatorio, esto es: (i) el hijo único, hombre o mujer; (ii) el huérfano de padre o madre que atienda con su trabajo a la subsistencia de sus hermanos incapaces de ganarse el sustento; (iii) el hijo de padres incapacitados para trabajar o mayores de 60 años, cuando estos carezcan de renta, pensión o medios de subsistencia, siempre que dicho hijo vele por ellos; (iv) el hermano o hijo de quien haya muerto o adquirido una inhabilidad absoluta y permanente en combate, en actos del servicio o como consecuencia del mismo, durante la prestación del servicio militar obligatorio; (v) los hijos de oficiales, suboficiales, soldados e infantes de Marina profesionales, agentes, nivel ejecutivo y de la Fuerza Pública que hayan fallecido, o que los organismos y autoridades médico-laborales militar o de policía hayan declarado su invalidez, en combate o en actos del servicio y por causas inherentes al mismo; (vi) los clérigos y religiosos de acuerdo a los convenios concordatarios vigentes, así como los similares jerárquicos de otras religiones o iglesias

dedicados permanentemente a su culto; (vii) los casados que hagan vida conyugal; (viii) quienes acrediten la existencia de unión marital de hecho legalmente declarada; (ix) las personas en situación de discapacidad física, psíquica, o sensorial permanente; (x) los indígenas que acrediten su integridad cultural, social y económica a través de certificación expedida por el Ministerio del Interior; (xi) los varones colombianos que después de su inscripción hayan dejado de tener el componente de sexo masculino en su registro civil; (xii) las víctimas del conflicto armado que se encuentren inscritas en el Registro Único de Víctimas (RUV); (xiii) los ciudadanos incluidos en el programa de protección a víctimas y testigos de la Fiscalía General de la Nación; (xiv) los ciudadanos objetores de conciencia; (xv) los ciudadanos desmovilizados, previa acreditación por parte de la Agencia Colombiana para la Reintegración (ACR); y (xvi) el padre de familia.

1. Igualmente, el artículo 26 de la Ley 1861 de 2017 reitera que el inscrito que no ingrese a las filas y sea calificado debe pagar la cuota de compensación militar y, adicionalmente, establece que algunos individuos están exonerados de pagar dicha cuota: (i) las personas en situación de discapacidad física, psíquica y neurosensoriales con afecciones permanentes graves e incapacitantes no susceptibles de recuperación; (ii) los indígenas que acrediten su integridad cultural, social y económica a través de certificación expedida por el Ministerio del Interior; (iii) el personal clasificado en niveles 1, 2 o 3 del Sisbén, o puntajes equivalentes a dichos niveles; (iv) los soldados desacuartelados con ocasión al resultado de la evaluación de aptitud psicofísica final; (v) quienes, al cumplir los 18 años, estuvieren en condición de adoptabilidad y se encuentren bajo el cuidado y protección del ICBF; (vi) las víctimas del conflicto armado interno que se encuentren inscritas en el RUV; (vii) los ciudadanos desmovilizados, previa acreditación de la ACR; (viii) los ciudadanos en condición de extrema pobreza; y (ix) los ciudadanos que se encuentren en condición de habitabilidad de calle, previo censo y del ente territorial correspondiente.

1. Ahora bien, los literales objetos de esta sentencia son los que exoneran a los miembros de las comunidades indígenas de prestar el servicio militar (artículo 12, literal j) y pagar la cuota de compensación militar (artículo 26, parágrafo, literal b). En ambos casos, se exige que se

aporte la correspondiente certificación expedida por el Ministerio del Interior. Las dos disposiciones en comento, en términos generales, mantienen el sentido de la legislación anterior:

Ley 48 de 1993

Ley 1861 de 2017

Artículo 27: EXENCIONES EN TODO TIEMPO. Están exentos de prestar el servicio militar en todo tiempo y no pagan cuota de compensación militar:

(...)

b. Los indígenas que residan en su territorio y conserven su integridad cultural, social y económica.

Artículo 12: CAUSALES DE EXONERACIÓN DEL SERVICIO MILITAR OBLIGATORIO. Están exonerados de prestar el servicio militar obligatorio, cuando hayan alcanzado la mayoría de edad en los siguientes casos:

(...)

j) Los indígenas que acrediten su integridad cultural, social y económica a través de certificación expedida por el Ministerio del Interior (...).

Artículo 26: CUOTA DE COMPENSACIÓN MILITAR. (...)

PARÁGRAFO. Están exonerados de pagar cuota de compensación militar, los siguientes:

(...)

b) Los indígenas que acrediten su integridad cultural, social y económica a través de certificación expedida por el Ministerio del Interior (...).

1. Los antecedentes legislativos de la Ley 1861 de 2017¹³⁶ dan cuenta de tres aspectos relevantes para esta providencia. Primero, que esta norma buscó actualizar el contenido de la disposición anterior, por lo que replicó el contenido de gran parte de sus disposiciones. Segundo, que la residencia en el territorio dejó de ser relevante para los efectos de la exoneración sub examine y que pasó a serlo la certificación expedida por el Ministerio del Interior¹³⁷. Y, tercero, que el legislador buscó que la ley que regula el servicio de reclutamiento y movilización se hiciera compatible con la jurisprudencia constitucional, particularmente, en lo que respecta a la prohibición de adelantar “batidas y redadas ilegales”¹³⁸ y la modificación e inclusión de causales de exoneración del servicio militar obligatorio¹³⁹. Frente a esto último, en los antecedentes legislativos se da cuenta de una especial atención en la exoneración para los hombres transgénero¹⁴⁰ y de aquellos sujetos que alegan la objeción de conciencia; sin embargo, nada relevante en relación con los literales acusados, esto es, sobre la exoneración a las comunidades indígenas, así como tampoco se hizo expresa alguna razón para no incluir a las comunidades NARP¹⁴¹. Con todo, en el informe de ponencia para primer debate se observa que los ponentes de la iniciativa citaron el artículo 7º de la Constitución Política como precepto que “incide en el deber de prestar servicio militar obligatorio”¹⁴², particularmente, en lo que respecta al reconocimiento y protección de la diversidad étnica y cultural de la Nación. De todos modos, esta cita es un referente indirecto y no una alusión directa¹⁴³.

1. Verificación de la afectación prima facie del principio de igualdad

1. La Sala identificará quiénes son los sujetos objeto de comparación y cuál es el criterio de comparación o *tertium comparationis*. Luego, determinará si, a la luz de dicho criterio de comparación, tales sujetos son comparables. El ejercicio argumentativo consiste en determinar si deben ser tratadas de la misma forma dos situaciones similares, desde un punto de vista que sea relevante y de acuerdo con la finalidad perseguida por la norma analizada¹⁴⁴. No se busca, pues, establecer cuáles son las diferencias y similitudes entre las dos situaciones, pues, de ser así, se estaría vaciando de contenido el test integrado de igualdad, ya que, desde un punto de vista ontológico, todos los sujetos, situaciones y cosas se pueden describir con diferencias y similitudes.

1. Los sujetos objeto de comparación en este proceso son, de una parte, los hombres de las comunidades indígenas que deben definir su situación militar¹⁴⁵, pero están exonerados de prestar el servicio militar y pagar la cuota de compensación militar, por disposición de las normas acusadas; y, por la otra, los hombres de las comunidades NARP que deben definir su situación militar¹⁴⁶ y, de resultar aptos¹⁴⁷, prestar el servicio militar y pagar la cuota de compensación militar. Los accionantes entienden que, tanto los pueblos indígenas como las comunidades NARP “merecen ser protegidas en su identidad y diversidad étnica y cultural”¹⁴⁸. Por esta razón, consideran que “resulta equiparable el supuesto y la finalidad constitucional de la exención del servicio militar obligatorio y de la cuota de compensación militar concedida a los indígenas para ser aplicadas a [dichas] comunidades”¹⁴⁹. Así, los demandantes consideran que el criterio de comparación es la pertenencia a grupos indígenas¹⁵⁰.

1. Con miras a agotar el debate jurídico propuesto en la demanda, la Sala definirá cuál es el criterio de comparación entre los sujetos comparables (infra Num. 4.2.1.). Posteriormente, estudiará si, de acuerdo con tal criterio, los sujetos en comparación son o no comparables (infra Num. 4.2.2.). De ser procedente, desarrollará el test de proporcionalidad en la

intensidad que corresponda.

1. Definición del criterio de comparación en el caso concreto

1. Como ya se dijo, el criterio de comparación que plantearon los demandantes es la pertenencia a grupos indígenas¹⁵¹. Sin embargo, una lectura integral de la demanda permite concluir que el criterio de comparación al que se quiso hacer referencia es la pertenencia a grupos étnicos. Los accionantes, así como la mayoría de los intervinientes¹⁵², consideran que los indígenas y los miembros de las comunidades NARP hacen parte de las comunidades étnicas que protege la Constitución Política y, por ende, aseguran que ambos deberían estar sujetos a las mismas reglas sobre prestación del servicio militar obligatorio. En su criterio, el principio de pluralismo y diversidad étnica y cultural, plasmado en los artículos 1º, 7º, 13 y 70 de la Constitución Política, impone el deber estatal de tratar igual a todas las comunidades étnicas. Al respecto, refiriéndose a la jurisprudencia constitucional, los ciudadanos demandantes concluyeron que “las comunidades negras son sujetos comparables a las comunidades indígenas en razón de su identidad étnica y cultural”¹⁵³.

1. Por otro lado, los demandantes sugieren que los sujetos comparables se pueden equiparar desde una perspectiva normativa y jurisprudencial, pues ponen de presente, de un lado, que a los dos les aplica el Convenio 169 de la OIT y, del otro, que en ambos casos la jurisprudencia constitucional ha reconocido escenarios de vulnerabilidad y de discriminación histórica. Esta condición de vulnerabilidad es objeto de varias de las intervenciones ciudadanas. Por ejemplo, la Conferencia Nacional de Organizaciones Afrocolombianas (CNOA) y el Consejo Nacional de Paz Afrocolombiano (CONPA) aseguraron que los jóvenes de las comunidades NARP se encuentran en mayor riesgo de ser reclutados para prestar el servicio militar obligatorio, debido a factores asociados a sus condiciones de pobreza y a lo que denominaron la “condición de afrodescendiente”¹⁵⁴. Igualmente, la ONG Temblores resaltó que las comunidades NARP se encuentran en una situación socioeconómica difícil y compleja que amerita la toma de medidas de protección en su favor. En el mismo sentido, la Corporación Hileros solicitó a la Corte tener en cuenta “el trato que la gente negra ha recibido en la historia”¹⁵⁵ y concluyó que “con esta norma pretenden [el Congreso de la

República] perpetuar la idea que los pueblos negros deben seguir integrando las fuerzas armadas porque sus condiciones físicas y adaptabilidad así lo exigen, o incluso, sigue manteniéndose en el imaginario social y legislativo que debe[n] seguir pagando [su] libertad y (...) ciudadanía”¹⁵⁶ Otros intervinientes resaltaron que las comunidades NARP han sido afectados por el conflicto armado interno¹⁵⁷.

1. La Corte ha reconocido que es complejo identificar el criterio de comparación¹⁵⁸. Esta dificultad, como ya se dijo, está asociada al hecho de que, desde un punto de vista ontológico, todos los sujetos, situaciones y cosas se pueden describir con diferencias y similitudes. La selección equivocada del criterio de comparación puede llegar a tener graves consecuencias, pues hacerlo con fundamento en factores muy generales, puede conducir a un alto grado de asimilación -asimilar siempre o casi siempre-, “lo que supondría una profunda limitación del margen de configuración del legislador”¹⁵⁹; mientras que hacerlo al amparo de factores muy específicos, puede llevar a un alto grado de diferenciación -diferenciar siempre o casi siempre- y, en consecuencia, a comprometer “la vigencia del mandato de igualdad como expresión básica de justicia”¹⁶⁰. El papel de la Corte, entonces, se concreta en fijar un criterio de comparación que garantice un balance preciso y que concilie los postulados en tensión, claro está, a partir de los criterios expuestos por la parte demandante.

1. En la Sentencia C-109 de 2021, reiterando lo expuesto en la Sentencia C-841 de 2003, la Corte señaló que “la identificación del criterio de comparación es el paso inicial para examinar si la clasificación objeto de cuestionamiento fue racionalmente configurada por el legislador”. Igualmente, señaló que “la racionalidad de la medida diferenciadora obedece al grado de acierto del Legislador en incluir a todas las personas similarmente situadas para los fines de la ley”. En ese sentido, concluyó, “para determinar si dos grupos o categorías son comparables es necesario examinar su situación a la luz de los fines de la norma”. El criterio de comparación, pues, no se puede estructurar con criterios abstractos y genéricos que no consulten la finalidad de la norma sometida al control de esta Corporación. Aceptar lo contrario implicaría asumir el riesgo que se quiere evitar, esto es, altos grados de asimilación

o de diferenciación y los sacrificios que esto implica para el margen de apreciación del legislador y la vigencia del mandato constitucional de igualdad.

1. Una clasificación es racional si incluye a todos los sujetos comparables y, por el contrario, es irracional si no incluye a ninguno de ellos. Así, la racionalidad de la clasificación configurada por el legislador puede estar comprometida, al menos, en dos eventos. Primero, si no incluye a todos los sujetos comparables (infra inclusividad), lo que ocurre si: (i) confiere un beneficio o instituye una carga para un grupo de personas, con el objeto de alcanzar una finalidad constitucionalmente legítima, pero (ii) no incluye, de manera injustificada, a otro grupo de personas que se encuentra en idéntica o similar situación fáctica y jurídica frente a aquellos incluidos, y que, por tanto, (iii) han debido ser incluidos como destinatarios de la regulación en tanto contribuyen razonablemente a alcanzar la finalidad de la misma¹⁶¹. Y, Segundo, si incluye a sujetos comparables y no comparables (supra inclusividad), esto es: (i) confiere un beneficio o instituye una carga para un grupo de sujetos, con el objeto de alcanzar una finalidad constitucionalmente legítima, pero (ii) incluye también a individuos que, por sus particularidades fácticas o jurídicas, no son asimilables a los sujetos del primer grupo y que, por tanto, (iii) no han debido ser incluidos como destinatarios de la regulación en tanto no contribuyen razonablemente a alcanzar la finalidad de la regulación¹⁶². En una hipótesis u otra, la determinación del criterio de comparación resulta necesaria e imprescindible.

1. Sin perjuicio de lo anterior, la Sala Plena de la Corte también ha reconocido que no es posible exigir al legislador “una congruencia perfecta entre el criterio de diferenciación y la delimitación del ámbito de las clases resultantes de dicho criterio”¹⁶³, toda vez que este “goza de un margen de configuración legislativa en materia del diseño de las políticas públicas, sin que le sea exigible jurídica, ni prácticamente dada la creciente complejidad social, una racionalidad máxima, es decir, una congruencia perfecta entre el criterio de diferenciación y la delimitación de las clases resultantes de aplicar dicho criterio”¹⁶⁴.

1. Así las cosas, la Sala encuentra que, desde la perspectiva del principio de igualdad, para definir si es o no discutible la clasificación que subyace a las normas objeto de litigio, es indispensable precisar su objetivo y, luego de ello, establecer cuál es el criterio de comparación relevante para el presente proceso.

1. La Sala no comparte que la pertenencia a grupos étnicos sea el criterio de comparación relevante en este caso, primero, porque es un criterio que no consulta en ningún sentido la finalidad de la norma acusada y, segundo, porque se trata de un criterio abstracto y genérico en virtud del cual el grado de asimilación es muy alto, lo que limita el margen de configuración del legislador, según lo ha reconocido la jurisprudencia constitucional. Este criterio supone un trato igualitario para todas las comunidades étnicas, el cual, de un lado, ha sido descartado por la jurisprudencia constitucional¹⁶⁵ y, del otro, es contrario a los postulados constitucionales de diversidad y pluralidad, que imponen valorar la realidad cultural y social de cada comunidad étnica. Lo mismo puede decirse del hecho de valorar los sujetos comparables a partir de una perspectiva normativa y jurisprudencial, pues, más allá de la veracidad del argumento, se trata de un criterio de comparación que no consulta la finalidad de las normas acusadas y, sobre todo, de un criterio abstracto y genérico.

1. Ahora bien, como se afirmó anteriormente, la determinación del criterio de comparación supone valorar la finalidad de la norma acusada. Los actores aseguran que “la razón de excluir a los indígenas del servicio militar en la Ley 1861 de 2017 corresponde a los mismos criterios que seguía el legislador en la Ley 48 de 1993: adecuar el sistema de reclutamiento a los mandatos constitucionales impuestos en 1991”. No obstante, la Corte considera que la finalidad que persigue la norma acusada es diferente a la que plantean los actores.

1. Con todo, sí les asiste razón a los demandantes cuando sugieren que la finalidad de las normas acusadas se debe consultar en la finalidad perseguida por el legislador al expedir la Ley 48 de 1993. Esto cobra especial importancia si se tiene en cuenta que, durante el trámite legislativo del proyecto de ley que se convirtió en la Ley 1861 de 2017, nada se dijo sobre la

exoneración objeto de controversias (num. 4.1. supra). Por esta razón, pese a que no se trate de la misma disposición normativa, los antecedentes de la Ley 48 de 1993 resultan relevantes a efectos de definir la finalidad de los literales objeto del presente proceso. Todo, por dos razones: de un lado, porque, en términos generales, las dos leyes referidas excluyen a los miembros de las comunidades indígenas del deber de prestar el servicio militar y de la obligación de pagar la cuota de compensación militar y, del otro, porque la Ley 1861 de 2017 buscó actualizar el servicio de reclutamiento y el control de reservas, pero no adoptar un estatuto totalmente diferente al anterior (fj. 93 supra), al punto que replicó el contenido de gran parte de sus disposiciones, de lo que se sigue que entre los antecedentes de una norma y otra existe una relación relevante que puede ser valorada por esta Corte, al menos, para efectos de fijar la finalidad de las normas acusadas.

1. En ese contexto, mediante la Sentencia C-058 de 1994, la Sala consideró que, “[a]l diferenciar a los indígenas de los demás ciudadanos respecto a la prestación del servicio militar, considera la Corte que el legislador procedió razonablemente porque actuó en función de un fin constitucionalmente legítimo, como es la defensa de las minorías, a fin de proteger la diversidad étnica y cultural de la Nación colombiana (CP art 7)”. En ese sentido, precisó que “el servicio militar obligatorio, al sustraer durante un año a un indígena de su comunidad para que cumpla con sus deberes militares, puede constituir una amenaza a la preservación de la existencia y la identidad de estos grupos humanos que la Constitución ordena proteger de manera privilegiada, por cuanto la ausencia física de quien presta el servicio puede desestabilizar la vida comunitaria”. Este criterio fue reiterado en la Sentencia T-113 de 2009¹⁶⁶ y complementado con las intervenciones de expertos en la materia, particularmente, del Instituto Colombiano de Antropología e Historia y los departamentos de antropología de las universidades Javeriana y de los Andes.

1. Igualmente, esta finalidad constitucional es coherente en relación con los antecedentes legislativos de la Ley 48 de 1993, que buscó que “se excluye[ran] de la prestación del servicio militar a los indígenas, en orden al reconocimiento de sus derechos instituidos en la Constitución Política de 1991”¹⁶⁷. Incluso, este asunto fue objeto de debates durante el

segundo debate en la Plenaria del Senado de la República¹⁶⁸. Por ejemplo, el senador indígena Gabriel Muyuy Jacanamejoy explicó que la exoneración se justifica en que las comunidades indígenas tienen una manera diferente “de pensar por historia, por ubicación geográfica, por tradición (...), por convencimiento[,], por filosofía y por cultura”¹⁶⁹. En su intervención, Anatolio Quirá Guauña, también senador indígena, consideró inviable que los indígenas prestaran el servicio militar, frente a lo que informó que “los cabildos indígenas y las autoridades tradicionales se han venido quejando precisamente, de que el indígena sale de su hábitat”¹⁷⁰. Incluso, pese a que algunos parlamentarios consideraron improcedente exonerar a los indígenas del deber de prestar el servicio militar¹⁷¹, estos reconocieron que no era posible extraerlos de sus comunidades, por lo que propusieron que el servicio se prestara al interior de sus propios territorios.

1. La finalidad constitucional de las normas que exoneran a las comunidades indígenas de prestar el servicio militar y pagar la cuota de compensación militar es, pues, defender la existencia e identidad de las minorías étnicas, a efectos de proteger la diversidad étnica y cultural de la nación colombiana, en el entendido de que sustraer a un miembro de la comunidad étnica puede significar una amenaza a la existencia misma del grupo, así como una amenaza a la pervivencia de su identidad cultural, debido al carácter colectivo que caracteriza la estructura social de estas comunidades étnicas.

1. En consecuencia, a la luz de dicha finalidad constitucional, la Sala considera que el criterio de comparación relevante en el expediente sub examine es la situación de riesgo en la que se encuentran las comunidades étnicas ante la separación temporal de uno de sus miembros, particularmente, en lo que respecta a la existencia misma de la comunidad, su integridad étnica, cultural y social¹⁷² y sus valores, creencias y conocimientos ancestrales. Esto, porque, para “(...) efectos del servicio militar[,], se protege no al indígena individualmente considerado sino al indígena en un contexto territorial y de identidad determinado”¹⁷³, toda vez que “la protección introducida por la Ley se dirige a la comunidad étnica”¹⁷⁴, lo que supone que “[e]l mensaje final de la norma es un estímulo para que el indígena continúe perpetuando su especie y su cultura” ¹⁷⁵.

1. La Corte rechaza la aproximación argumentativa del Ministerio de Justicia y del Derecho, según la cual los sujetos comparables no son tal, porque las comunidades NARP “han tenido, por decirlo así, más éxito en lo que respecta a su inclusión y participación en la vida social de los países”¹⁷⁶, pues, además de carecer de evidencias empíricas, desconoce el precedente constitucional en el que se ha reconocido, extensamente, la situación de vulnerabilidad y discriminación que afrontan las comunidades NARP, incluso, en el contexto del conflicto armado interno; y, además, porque el argumento genera una jerarquización entre las diferentes comunidades étnicas que habitan en el territorio colombiano, la cual es per se contraria a la Constitución Política¹⁷⁷ y a los valores que la inspiran, particularmente, al pluralismo étnico y cultural y el respeto por la igualdad y dignidad de las diferentes culturas (art. 70, CP).

1. Desde la perspectiva del riesgo en el que se encuentran las comunidades étnicas, los miembros de las comunidades indígenas y NARP sí son sujetos comparables

1. A la luz del criterio de comparación planteado, la Sala considera que sí son comparables los hombres de las comunidades indígenas que deben definir su situación militar¹⁷⁸, pero están exonerados de prestar el servicio militar y pagar la cuota de compensación militar; y los hombres de las comunidades NARP que deben definir su situación militar y, de resultar aptos, prestar el servicio militar y pagar la cuota de compensación militar. Por ende, encuentra superado el primer paso del test integrado de igualdad, como se explicará a continuación.

1. Los sujetos en comparación sí son comparables, al menos, por dos razones. Primero, porque, pese a las diferencias culturales que existen entre las comunidades indígenas y NARP, sus miembros tienen una forma colectiva de vida y, por ende, en los dos casos la ausencia física de uno de sus ellos puede llegar a afectar a toda la comunidad. Y, segundo,

debido a que la vida colectiva en las dos comunidades se inspira en unos valores y un modo de ser y de actuar en el mundo diferente al de la sociedad mayoritaria –etnicidad–, lo que supone que, al sustraer a un miembro de la comunidad para prestar el servicio militar, en los dos casos se puede comprometer la manera como estos perpetúan su cultura, particularmente, en lo que tiene que ver su cosmovisión sobre el territorio y la trasmisión de su cultura y de algunos de sus saberes ancestrales.

1. Las comunidades indígenas y NARP tienen una forma de vida colectiva. Desde finales del siglo XIX, en Colombia se reconocen legalmente las costumbres y forma de vida de las comunidades indígenas, incluso, desde esa época se reconoce la existencia cabildos indígenas y de sus autoridades propias, esto es, de una forma organizativa y de representación comunitaria¹⁷⁹. En lo que respecta a su estructura social, los pueblos indígenas han sido considerados como “sociedades originarias, diversas y con identidad propia”¹⁸⁰, de la cual se derivan conocimientos y prácticas tradicionales protegidos por el orden constitucional. En ese mismo sentido, como lo señaló el Observatorio de Intervención Ciudadana de la Universidad Libre en su escrito de intervención, con anterioridad a la Constitución Política de 1991, las comunidades NARP ya adelantaban un proceso organizativo: “[s]e trataba de grupos organizados en comunidades rurales y tradicionales, ubicados en tierras ancestrales, en una región amplia pero delimitada y con marcadas diferencias culturales que reconocería (...) la Constitución”¹⁸¹. Luego, el artículo 2º, numeral 5º, de la Ley 70 de 1993, que desarrolló el artículo 55 transitorio de la Carta Política, reconoció formalmente a las comunidades negras como grupo étnico, a quienes definió como “el conjunto de familias de ascendencia afrocolombiana que poseen una cultura propia, comparten una historia y tienen sus propias tradiciones y costumbre dentro de la relación compo-poblado, que revelan y conservan conciencia de identidad que las distinguen de otros grupos étnicos”.

1. Igualmente, el artículo 5º de la Ley 70 de 1993 les reconoció a las comunidades NARP el derecho de constituir consejos comunitarios, por un lado, como “forma de administración interna” y, por el otro, con el objetivo de recibir en propiedad colectiva las tierras baldías que

ocupaban. Este derecho al reconocimiento de la propiedad colectiva, incluso, ha sido reconocido en el sistema interamericano de protección de derechos humanos¹⁸². Su importancia radica en la relación que tiene con la identidad cultural de las comunidades étnicas y, especialmente, con la forma de vida comunitaria de los pueblos étnicos.

1. En Colombia, las comunidades negras¹⁸³ se dividen en tres grupos étnicos: (i) raizales del Archipiélago de San Andrés y Providencia; (ii) los palenqueros de San Basilio; y (iii) los negros, mulatos, afrodescendientes y afrocolombianos. Cada uno de estos grupos tiene su cultura propia y sus tradiciones y costumbres, pese a que comparten una misma historia¹⁸⁴. Según los datos recopilados por el Departamento Administrativo Nacional de Estadística -DANE- en el año 2018¹⁸⁵, los tres grupos étnicos están conformados, aproximadamente, por cuatro millones seiscientos mil (4,600.000) personas, quienes se auto reconocen como miembros de comunidades NARP, lo que equivale al nueve punto treinta y cuatro por ciento (9.34%) de la población nacional. En su mayoría, estas personas se ubican en los departamentos de Valle del Cauca, Chocó, Bolívar, Antioquia, Cauca y Nariño. En términos generales, los miembros de estas comunidades presentan altos índices de analfabetismo y viven en condiciones deficientes de acceso a servicios públicos, particularmente, quienes se ubican en centros poblados y en áreas rurales dispersas.

1. Para los fines de esta sentencia, la Sala resalta que, de la misma forma como los miembros de una comunidad indígena desempeñan roles en la colectividad¹⁸⁶, la pertenencia a las comunidades NARP supone el desempeño de diferentes roles sociales. El Ministerio de Cultura, por ejemplo, ha reconocido que, “[d]entro de los espacios del territorio para las comunidades negras y afrocolombianas, los espacios en los que se desarrollan las diferentes actividades tradicionales están claramente identificadas con los roles de género de hombres y mujeres, siendo los espacios de las labores que exigen mayor fortaleza física están reservadas para los hombres, y el resto de espacios son de actividades desarrolladas por mujeres y niños, o por la comunidad”¹⁸⁷. También a título ilustrativo, la doctrina especializada ha reconocido que los miembros de las comunidades NARP se organizan en torno a diversas actividades que ejercen algunos miembros de la comunidad, como la

pesca¹⁸⁸, la minería¹⁸⁹, la búsqueda de madera, la siembra y la cosecha¹⁹⁰. Igualmente, ha destacado que, al interior de estas comunidades, son importantes los saberes ancestrales que identifican maneras propias de conocer y difundir el conocimiento, como, por ejemplo, la tradición oral sobre las propiedades curativas de las plantas medicinales, la enseñanza comunitaria o la alimentación y los rituales de muerte¹⁹¹, entre otros ámbitos. La doctrina local¹⁹², recientemente, resaltó la relevancia y el alcance de la relación entre cultura y roles sociales al interior de las comunidades NARP, en los siguientes términos:

El patrimonio cultural oral, material e inmaterial a partir del cual es posible descubrir matices de ese sentido de pertenencia, se lee en las prácticas y saberes culturales desde los cuales cada integrante piensa y elabora sus actuaciones en torno a su comunidad; de este modo, la cosmovisión, la religiosidad, el territorio, las relaciones con la naturaleza, lo ético, lo estético, la gastronomía, las relaciones sociales, las formas de comunicación, los objetos y un conjunto de prácticas simbólicas representativos constituyen un componente importante para comprender diferentes aspectos de los diversos grupos humanos, entre estos, la manera como se concibe y se vive con los pequeños en el espacio de la comunidad.

1. La identidad cultural de las comunidades étnicas es compartida por sus integrantes y esta puede estar comprometida al sustraer a un miembro de la comunidad. La identidad cultural de los grupos étnicos es una construcción colectiva que se sostiene sobre la conexión entre los miembros de la comunidad. De esta manera, como ocurre frente a los recursos naturales y la propiedad colectiva, la defensa de su modo de ser y de actuar en el mundo, diferente al de la sociedad mayoritaria –etnicidad–, exige un esfuerzo solidario que puede verse afectado por la ausencia de un miembro de la colectividad, sin distinción de que se trate de una comunidad indígena o una comunidad NARP, pues, como ya se dijo, la identidad cultural de las dos comunidades depende de la cohesión de sus miembros. Al respecto, en la Sentencia T-778 de 2005, la Corte señaló que:

El derecho a la identidad cultural se proyecta en dos dimensiones una colectiva y otra individual. La primera se trata de la protección constitucional que se le otorga a la comunidad como sujeto de derechos y la segunda la protección que se le otorga al individuo para poder

preservar el derecho de esa colectividad. Lo anterior comprende dos tipos de protección a la identidad cultural, una directa que ampara a la comunidad como sujeto del derecho y otra indirecta que ampara al individuo para proteger la identidad de la comunidad. La protección a la identidad cultural de la comunidad como sujeto de derechos no supone que no se deban garantizar las manifestaciones individuales de dicha identidad, ya que la protección del individuo puede ser necesaria para la materialización del derecho colectivo del pueblo indígena al cual pertenece.

1. En esa línea argumentativa, el numeral 4º del artículo 4º de la Ley 70 de 1993 establece como principio orientador del régimen jurídico de las comunidades NARP, la protección del ambiente, según las relaciones establecidas por estas comunidades con la naturaleza. Con esa orientación, el legislador reconoce como usos las prácticas tradicionales que se ejerzan sobre las aguas, las playas o riberas. Por ejemplo, la Sala Sexta de Revisión de Tutelas de esta Corte¹⁹³ resaltó que las comunidades NARP del pacífico colombiano defienden el vínculo entre su identidad cultural colectiva y el Río Atrato: “las comunidades han hecho de la cuenca del río Atrato no solo su territorio, sino el espacio para reproducir la vida y recrear la cultura”, así como también “han habitado en sus territorios ancestralmente y (...) han establecido sus formas tradicionales de vida a través de la agricultura, la caza, la pesca y la minería artesanal, actividades con las que garantizan su abastecimiento total de alimentos”.

1. De este vínculo intrínseco “entre naturaleza y cultura, y la diversidad de la especie humana como parte de la naturaleza y manifestación de múltiples formas de vida”¹⁹⁴, surge el derecho que tienen las comunidades étnicas de ejercer control de acuerdo con sus propias leyes y costumbres, de los lugares en donde se desarrolla su cultura, tradiciones y su forma de vida, lo que supone un esfuerzo solidario de todos los miembros de la comunidad, bien para ejecutar las prácticas tradicionales reconocidas por la ley como usos o bien para ejercer el control sobre el territorio y los recursos que conforman el hábitat de la comunidad¹⁹⁵. En su escrito de intervención, la Universidad Libre se refirió a esta relación en los siguientes términos: “[l]a lucha por el territorio no es solo por el lugar físico delimitado por éste (sic), o

los ríos que lo atraviesan, sino por el espacio como constructo donde tienen lugar las representaciones e interpretaciones que consolidan la identidad colectiva sobre y alrededor del territorio.”¹⁹⁶.

1. En el mismo sentido, el artículo 13 de la Ley 21 de 1991, por la cual se aprueba el Convenio 169 de la OIT sobre pueblos indígenas y tribales, establece que el Estado debe “respetar la importancia especial que para las culturas y valores espirituales de los pueblos interesados reviste su relación con las tierras o territorios, o con ambos, según los casos, que ocupan o utilizan de alguna otra manera, y en particular los aspectos colectivos de esa relación” (negritas propias). Incluso, en algunas comunidades indígenas existen estructuras humanas encargadas de defender el territorio indígena y la identidad cultural de la comunidad, como ocurre, por ejemplo, con la guardia indígena o los semilleros de resistencia del Pueblo Nasa¹⁹⁷. La importancia de esta relación entre el territorio y la identidad cultural de las comunidades indígenas ha sido reconocida profusamente por parte de la jurisprudencia constitucional¹⁹⁸ e interamericana¹⁹⁹.

1. La sustracción de un miembro de las comunidades indígenas y NARP, entonces, puede poner en riesgo la identidad cultural de la comunidad en sí misma, pues, como se dijo, dicha identidad cultural se construye colectivamente y a partir de distintas prácticas tradicionales, generalmente relacionadas con el territorio, por lo que depende de la conexión entre los miembros de la comunidad como un todo, ya sea para ejecutar dichas prácticas o para reivindicar su cosmovisión, esto es, su modo de ser, sentir, relacionarse y de actuar en el mundo, diferente al de la sociedad mayoritaria. Esto explica por qué la Corte Constitucional considera que en el presente caso, para efectos del test integrado de igualdad, los miembros de las comunidades indígenas y NARP son sujetos comparables.

1. En diferentes escenarios, la Corte ha reconocido que los miembros de las comunidades indígenas y NARP son sujetos comparables. En las primeras décadas de la jurisprudencia, la Corte estableció criterios generales para calificar la existencia de una comunidad étnica. Por

ejemplo, en la Sentencia SU-510 de 1998, la Corporación resaltó que dichos criterios, que se aplican “a la generalidad de las comunidades diversas”, deben definirse a partir de las características etno-culturales de sus miembros, esto es, “la existencia de una visión arraigada y tradicional de ver el mundo y de un sistema de valores propio y distinto al de la cultura mayoritaria”. Particularmente, en la Sentencia C-169 de 2001, la Corte fijó dos criterios para definir cuándo las comunidades NARP pueden ser entendidas como grupos étnicos: uno objetivo, referido a los rasgos culturales y sociales compartidos que las diferencia del resto de la sociedad; y otro subjetivo, circunscrito a la identidad grupal por la que las personas se auto perciben como miembros de la colectividad. Luego, en la Sentencia C-359 de 2013, la jurisprudencia estableció los siguientes criterios para la identificación de los grupos étnicos; (i) la auto identificación y vínculo comunitario; (ii) los estilos tradicionales de vida; (iii) la cultura y modo de vida diferentes a los de los otros segmentos de la población nacional, –la lengua, los valores y prácticas sociales, culturales, religiosas y espirituales, entre otros–; (iv) la organización social y costumbres propias; y (v) la existencia de normas tradicionales propias.

1. Los criterios referidos han servido para que la Corte valore la comparabilidad de las comunidades indígenas y NARP, en diversos escenarios. En la Sentencia C-864 de 2008²⁰⁰, esta Corte señaló que, en lo que respecta al derecho de tener un sistema especial de salud, “la situación de los pueblos indígenas y de las demás comunidades étnicas existentes en el país es asimilable”²⁰¹. Igualmente, en la Sentencia C-666 de 2016²⁰², la Corte concluyó que las dos comunidades étnicas se encuentran en la misma situación frente a la ausencia de una regulación legal integral de las relaciones del Estado y los docentes que prestan servicios en sus comunidades y territorios, lo cual lesiona su autonomía educativa y afecta la protección y promoción de la identidad cultural que la Carta Política protege. En este caso, la Corte declaró la exequibilidad condicionada de la norma acusada, a efectos de descartar su aplicación a las comunidades NARP, como ya lo había hecho con las comunidades indígenas²⁰³.

1. Mas recientemente, en la Sentencia C-480 de 2019²⁰⁴, este tribunal manifestó que “[l]os

sujetos que se encuentran en el supuesto de hecho del párrafo del artículo 7 de la Ley 1816 de 2016 (los cabildos indígenas y asociaciones de cabildos indígenas) y los no incluidos (comunidades negras, palenqueras y raizales) son asimilables en relación con el objeto de protección que persigue la norma en sus dimensiones fácticas y jurídicas”, esto es, la protección de una manifestación cultural de las comunidades étnicas, particularmente, la producción de licores ancestrales y tradicionales. Como consecuencia de lo anterior, en la referida providencia la Corte declaró la constitucionalidad condicionada de las expresiones normativas acusadas (cabildos indígenas y asociación de cabildos indígenas), bajo el entendido de que también incluyen a los concejos comunitarios de las comunidades NARP.

1. Con fundamento en lo expuesto hasta aquí, es posible considerar que, en atención al criterio de comparación propuesto (supra Num. 4.2.1.), los sujetos en comparación sí son comparables, pues, por una parte, las comunidades a las que pertenecen tienen una forma colectiva de vida y, por ende, su ausencia física puede llegar a afectar la existencia misma de la comunidad en su conjunto; y, por la otra, la vida colectiva de sus comunidades se inspira en unos valores y un modo de ser y de actuar en el mundo diferente al de la sociedad mayoritaria, lo que supone que, al sustraerlos del colectivo para prestar el servicio militar, se puede comprometer la manera como estos contribuyen a perpetuar su cultura, cosmovisión sobre el territorio y saberes ancestrales.

1. Así las cosas, la Sala encuentra que las expresiones acusadas afectan prima facie el principio de igualdad, debido a que establecen una medida infra inclusiva y, en ese sentido, prevén un beneficio diferenciado entre sujetos comparables. Todo, porque: (i) confieren un beneficio a los miembros de las comunidades indígenas, con el objeto de alcanzar una finalidad constitucionalmente legítima, esto es, defender la existencia e identidad de las minorías étnicas, a efectos de proteger la diversidad cultural de la nación colombiana; pero (ii) no incluye, de manera injustificada, a las comunidades NARP, grupo de personas comparable con el que sí fue incluido, y que, por tanto; (iii) ha debido ser incluido como destinatario de la exoneración sub examine en tanto contribuyen razonablemente a alcanzar la finalidad constitucional de las normas acusadas.

1. La afectación prima facie del principio de igualdad no está constitucionalmente justificada y, por ende, es inconstitucional

1. El beneficio diferenciado en favor de las comunidades indígenas es desproporcionado y, en consecuencia, contrario a la Constitución Política. Para sustentar esta afirmación, la Sala procederá a: (i) definir la intensidad del juicio a partir de la escala triádica y (ii) analizar la proporcionalidad de la medida diferenciada a la luz del juicio de proporcionalidad.

1. En este caso se debe aplicar un test intermedio. Según los criterios establecidos en la Sentencia C-345 de 2019, reiterados recientemente en las sentencias C-432 de 2020 y C-084 y C-218 de 2021, la intensidad intermedia se usa “1) cuando la medida puede afectar el goce de un derecho constitucional no fundamental, o 2) cuando existe un indicio de arbitrariedad que se refleja en la afectación grave de la libre competencia”. Igualmente, 3) “en los casos en [los] que existen normas basadas en criterios sospechosos pero con el fin de favorecer a grupos históricamente discriminados”. Esta última hipótesis se presenta en aquellos casos en los que se establecen acciones afirmativas, “tales como las (...) que utilizan un criterio de género o raza para promover el acceso de la mujer a la política o de las minorías étnicas a la educación superior”. Se trata, pues, de aquellos casos en los que se implementan acciones afirmativas en garantía de grupos discriminados, dentro de los que están incluidas toda las comunidades étnicas.

1. Como ya se dijo al establecer el alcance de las disposiciones acusadas (supra Num. 4.1.), las normas acusadas tienen como objeto exonerar a las comunidades indígenas de la prestación del servicio militar y del pago de la cuota de compensación militar; en otras palabras, establecer una medida afirmativa en favor de una comunidad históricamente discriminada. Esta hipótesis, según el estándar antes referido, impone el deber de aplicar el test intermedio.

1. La Corte considera que no les asiste razón a los demandantes, quienes afirman que se debe acudir al test estricto porque “está de por medio un criterio sospechoso de discriminación que afecta a personas que pertenecen a grupos marginados o discriminados, como las NARP, y que afecta de manera grave el goce de derechos constitucionales fundamentales”. Es cierto que el caso tiene relación con una de las categorías sospechosas de discriminación que establece la Constitución Política (raza) e involucra grupos discriminados y marginados (indígenas), circunstancias que habilitarían el uso de test estricto, al amparo de la jurisprudencia constitucional. Sin embargo, también es cierto que dicha relación es indirecta y, como tal, no es suficiente para justificar la aplicación de la intensidad fuerte del test. En estricto sentido, la norma no afecta grupos discriminados o marginados, por el contrario, los favorece a través de una acción afirmativa, pese a que al hacerlo no hubiera tenido en cuenta otros grupos étnicos, igualmente discriminados.

En el test intermedio es necesario valorar, escalonadamente, (i) que el fin perseguido por la norma sea constitucionalmente importante; (ii) que el medio elegido sea efectivamente conducente para lograrlo; y (iii) que la medida no sea evidentemente desproporcionada²⁰⁵.

1. La medida diferenciada no persigue un fin constitucionalmente importante. Durante el trámite legislativo de la ley que contiene las expresiones acusadas, incluso, en los debates de la norma que le antecede (Ley 48 de 1993), el legislador no formuló argumento alguno que justificara la exclusión de las comunidades NARP de la exoneración de prestar el servicio militar obligatorio y pagar la cuota de compensación militar. Esta situación, como lo señalan los demandantes, da cuenta de que la no inclusión de estas comunidades en los mencionados beneficios carece de un principio de razón suficiente, por lo que, a juicio de la Sala, no es posible establecer si la omisión objeto de controversias se encuentra fundada en causas claras y precisas que la justifiquen.

1. De todos modos, la Sala no concibe la existencia de un fin constitucionalmente importante que justifique la medida diferenciada que establecen los literales acusados, sobre todo si se tiene en cuenta que estos buscan defender la existencia e identidad de las minorías étnicas,

categoría a la que se adscriben las comunidades indígenas y NARP (supra num. 4.2.1.). Por el contrario, al incluir a los miembros de las comunidades NARP en el ámbito de aplicación de los referidos literales, sí se estaría persiguiendo un fin constitucionalmente relevante, esto es, defender la existencia e identidad de las minorías étnicas, a efectos de proteger la diversidad étnica y cultural de la nación colombiana, en cumplimiento de lo establecido en los artículos 7º y 55 transitorio de la Constitución Política. En ese contexto, la norma no buscaría excluir del servicio militar obligatorio y del pago de la cuota de compensación militar a un grupo de personas en razón del color de su piel, sino proteger a un conjunto de pueblos y comunidades, esto es, la riqueza cultural de la Nación colombiana. Esta inclusión, adicionalmente, constituye una medida afirmativa a favor de comunidades NARP, grupo étnico que merece del Estado el reconocimiento y la protección de su identidad y diversidad cultural²⁰⁶.

1. La Constitución Política de 1991 significó un cambio de paradigma en relación con los derechos de las comunidades NARP. Según lo reconoció esta Sala recientemente²⁰⁷, la protección de su diversidad étnica y cultural encuentra fundamento en el pluralismo que establece el artículo 1º de la Carta Política. Este principio se concreta en el reconocimiento al individuo de diversas formas de pensar, actuar y ser, según los artículos 16 y 18 ibídem, y en el reconocimiento de la diferencia entre distintos grupos sociales que representan la identidad colombiana, de conformidad con el artículo 7º ejusdem, que le ordena al Estado reconocer y proteger la diversidad étnica y cultural de la Nación. Esta disposición debe leerse en concordancia con los artículos 8º y 9º de la Constitución Política y el Convenio 169 de la OIT, que disponen la obligación de proteger la riqueza cultural de la Nación y la importancia de la autodeterminación de los pueblos. Igualmente, el pluralismo debe leerse en conjunto con el artículo 13 constitucional. Así, según lo que se dijo en la Sentencia T-530 de 2016, la cultura es el fundamento de la nacionalidad²⁰⁸ y, por ende, es imperioso reconocer la igual dignidad de todas las culturas que conviven en el país. Incluso, amparada en el deber de garantizar la diversidad étnica y cultural de la Nación, esta Corte ha protegido diferentes derechos a las comunidades NARP, como es el caso de la propiedad colectiva²⁰⁹ y la autonomía cultural²¹⁰, entre otros²¹¹.

1. Al comprobar que la medida diferenciada no persigue un fin constitucionalmente válido, no es necesario agotar las otras etapas del test intermedio, como lo consideró la Corte recientemente²¹² y lo ha establecido la doctrina²¹³. Lo dicho en los párrafos precedentes es, en consecuencia, suficiente para concluir que la medida diferenciada que contienen los literales acusados no está justificada constitucionalmente, pues la no inclusión de las comunidades NARP en el ámbito de aplicación de dichos literales no es proporcional, en la medida en que la misma no persigue algún fin constitucionalmente importante. En consecuencia, el cargo por violación al principio de igualdad está llamado a prosperar.

1. El legislador incurrió en una omisión legislativa relativa

1. Mediante la Sentencia C-108 de 1994²¹⁴, la Corte reconoció que una norma puede resultar inexecutable por omisión. En esa línea, mediante la Sentencia C-555 de 1994, manifestó que la inexecutableidad de una norma puede tener origen en “la conducta omisiva del Legislador que propicia la desigualdad de trato y que consiste en no extender un determinado régimen legal a una hipótesis material semejante a la que termina por ser única beneficiaria del mismo”. Estas decisiones judiciales dieron lugar al surgimiento de una nutrida línea jurisprudencial sobre las omisiones legislativas relativas, de la cual se dio cuenta en el numeral 2.1. supra, la que fue reiterada, recientemente por esta Corporación, por medio de la Sentencia C-243 de 2021.

1. Los demandantes consideran que el legislador incurrió en una omisión legislativa relativa al prever que la exoneración del servicio militar obligatorio y del pago de la cuota de compensación militar, prevista en las normas demandadas, cobijara “a aquellas personas que acrediten la identidad cultural, social y económica indígena y no la de comunidades negras, afrocolombianas, raizales y palenqueras”²¹⁵. A juicio de la Sala, este reproche también está llamado a prosperar, toda vez que, al expedir las normas acusadas, el Congreso de la República no tuvo en cuenta los principios de diversidad étnica y cultural, el mandato de protección igual a todas las culturas y la obligación de garantizar la autonomía de los

pueblos étnicos frente a su integridad, de acuerdo con los artículos 1º, 7º, 13 y 70 de la Constitución Política, al igual que el Convenio 169 de la OIT, que forma parte del bloque de constitucionalidad²¹⁶. En concreto, el legislador incumplió su deber de reconocer y proteger la diversidad étnica y cultural de la Nación y quebrantó los derechos al reconocimiento y de autonomía, así como el carácter pluralista y diverso de la Constitución Política, porque no incluyó a las comunidades NARP en las exoneraciones en controversia.

1. Para la Sala, además, están configurados los elementos esenciales de las omisiones legislativas desarrollados en la jurisprudencia constitucional²¹⁷. Algunos de esos elementos fueron objeto de estudio al profundizar en el cargo por violación del principio de igualdad, por lo que, en seguida, la Corte explicará las razones por las que considera configurados dichos elementos, pero se restringirá a aquellos aspectos que no fueron objeto de análisis en el numeral cuarto de esta providencia.

1. Existe una norma sobre la cual se predica el cargo y esta excluye de sus consecuencias jurídicas sujetos equiparables o asimilables. El reproche de constitucionalidad recae sobre las expresiones “indígenas”, contenida en el literal j) del artículo 12 y en el literal b) del parágrafo del artículo 26 de la Ley 1861 de 2017. Los enunciados legales de estas normas son una manifestación de los principios de identidad y diversidad cultural, pues tienen como objeto la exclusión de los miembros de las comunidades indígenas del deber constitucional de prestar el servicio militar obligatorio y pagar la cuota de compensación militar, la cual, se insiste, busca defender la existencia y pervivencia de las minorías étnicas, a efectos de proteger la diversidad étnica y cultural de la Nación colombiana, en cumplimiento de lo establecido en los artículos 7º y 55 transitorio de la Constitución Política (supra ffjj. 134 a 136).

1. Con todo, los enunciados legales sub examine no incluyen a los miembros de las comunidades NARP, pese a que, como se dijo al estudiar el cargo de violación del principio de igualdad (supra num. 4.2.2.), desde la perspectiva del riesgo en el que se encuentran los

grupos étnicos, los miembros de las comunidades indígenas y NARP son sujetos equiparables o asimilables.

1. Existe un deber específico impuesto directamente por el Constituyente al legislador que resultó omitido. Como se dijo en la Sentencia C-480 de 2019, los artículos 1º, 7º y 13 de la Constitución Política recogen el deber de reconocer y respetar las diferentes cosmogonías que tienen las comunidades étnicas diversas. Ello se concreta en los principios de diversidad e identidad culturales, que comportan el reconocimiento y respeto de toda manifestación cultural de los colectivos étnicos diversos, debido a que dichas manifestaciones se relacionan con las formas de percibir el mundo y la vida de dichas comunidades.

1. En la mencionada decisión, la Corte también reconoció que el artículo 9º de la Constitución Política garantiza la autodeterminación y la autonomía de los pueblos étnicos, incluidas las comunidades NARP, en la medida en la que persigue el respeto del ethos de tales comunidades. Igualmente, precisó que el artículo 70 ibídem reconoce la igualdad y la dignidad de todas las culturas que conviven en el país. Adicionalmente, resaltó que el Convenio 169 de la OIT atribuye al Estado la obligación de garantizar la autonomía y la autodeterminación de los grupos étnicos en relación con su identidad e integridad económica, social y cultural.

1. Con fundamento en tales disposiciones constitucionales (arts. 1, 7, 13 y 70), representadas en la realización de los principios de diversidad étnica y cultural, la jurisprudencia constitucional ha reconocido el mandato de protección igual a todas las culturas y la obligación de garantizar la autonomía de los pueblos étnicos frente a su integridad cultural. En lo que respecta a las comunidades NARP, en la Sentencia C-480 de 2019, se destacó que este Tribunal ha protegido la igualdad real de las comunidades negras y se advirtió que “el artículo 55 transitorio Constitucional otorgó la calidad de grupo étnico a dicho colectivo, como sucedió con los pueblos indígenas, de modo que poseen similares derechos de reconocimiento de identidad y diversidad cultural que tienen estos últimos”. Todo, por la

historia de represión y de negación que ha padecido ese sector de la población.

1. La exclusión de las comunidades NARP carece de un principio de razón suficiente. Como se señaló al estudiar la justificación constitucional de la afectación prima facie del principio de igualdad (supra num. 4.3., fj. 134), el legislador no formuló argumento alguno que justificara la exclusión de las comunidades NARP de la exoneración de prestar el servicio militar obligatorio y pagar la cuota de compensación militar. La Procuraduría General de la Nación resaltó esta situación, la cual se hace evidente al consultar los antecedentes legislativos de las disposiciones acusadas (supra fj. 93). Incluso, al expedir la Ley 48 de 1993, norma que antecede a la Ley 1861 de 2017 (norma acusada), tampoco se dijo nada al respecto. La omisión reclamada, en consecuencia, jamás se fundó en causas claras y precisas que justifiquen la decisión del legislador de obviar el aspecto echado de menos por los ciudadanos demandantes.

1. La falta de justificación y objetividad genera una discriminación frente a las comunidades indígenas, que sí se encuentran amparadas por las consecuencias de las normas acusadas. Como lo concluyó la Corte al estudiar el cargo por violación del principio de igualdad (supra num. 4), las expresiones acusadas establecen una medida infra inclusiva contraria a la Constitución Política, pues prevén un beneficio diferenciado e injustificable entre sujetos comparables, desde la perspectiva del riesgo en el que se encuentran sus comunidades.

1. Por lo demás, encuentra la Sala que la no inclusión de las comunidades NARP en el ámbito de aplicación de las normas acusadas incumple los principios de necesidad y de proporcionalidad. Pese a que el legislador no hizo explícita la finalidad de las normas acusadas, como ya se dijo, la Corte considera que estas buscan garantizar la existencia y pervivencia de las minorías étnicas, a efectos de proteger la diversidad étnica y cultural de la Nación colombiana. Para tales fines, a juicio de la Sala, el legislador tenía a su disposición

otra alternativa, esto es, la inclusión de las comunidades NARP en el literal j) del artículo 12 y en el literal b) del párrafo del artículo 26 de la Ley 1861 de 2017. Tal medida no implicaba una interferencia a los derechos de los grupos étnicos que habitan en el territorio colombiano. Por el contrario, como advirtieron la mayoría de los intervinientes, la inclusión de las comunidades NARP en las normas acusadas permitiría el desarrollo de los principios constitucionales de reconocimiento y de protección de la identidad y la diversidad étnica y cultural.

1. En el mismo sentido, la Corte considera que no incluir a las comunidades NARP en las exoneraciones a prestar el servicio militar obligatorio y pagar la cuota de compensación militar, implica una interferencia desmedida para los derechos de esos colectivos, debido a que tal omisión desconoce su identidad y las prácticas culturales que hacen parte de su forma de vida. No incluir a dichas comunidades en las exoneraciones en comento, en consecuencia, representa una afectación intensa de sus derechos y perpetúa la negación de su cultura, lo que se traduce en una lesión de la dignidad humana y, como tal, de la Carta Política.

1. En suma, por las consideraciones anteriores, la Corte concluye que les asiste razón a los demandantes cuando afirman que, al expedir las normas acusadas, el Congreso de la República incurrió en una omisión legislativa relativa. En consecuencia, la Sala debe establecer el alcance del remedio constitucional a adoptar.

1. Alcance del remedio constitucional

1. Dadas las particularidades del caso, en ejercicio de las facultades que le otorgan los artículos 243 de la Constitución Política y 21 del Decreto 2067 de 1991, la Sala valorará la razonabilidad de la decisión que debe adoptar. Para tales fines, tendrá en cuenta tres aspectos: primero, que, ante la configuración de una omisión legislativa relativa, la Corte

tiene la opción de extender las consecuencias normativas que el legislador no incluyó injustificadamente²¹⁹. Segundo, que, tratándose de medidas infra inclusivas, la decisión de inexecutableidad es una medida prima facie irrazonable, en el entendido de que se estaría eliminando la carga o el beneficio diferenciado, incluso, para el sujeto o grupos de personas que sí incluyó el legislador. Esto supone la necesidad de valorar, caso por caso, la razonabilidad de adoptar otro tipo de medidas, como, por ejemplo, un fallo de executableidad condicionada, una sentencia de inexecutableidad diferida²²⁰ o, excepcionalmente, el exhorto al legislador. Ante ese panorama, tercero, es necesario que la Corporación tome en consideración si la decisión que se adopta es riesgosa en términos constitucionales, para lo que se deben ponderar los contenidos constitucionales que puedan verse comprometidos con los efectos de la decisión. Todo, en el marco de principio de conservación del derecho, según el cual esta Corte debe preferir la decisión que, además de garantizar la supremacía e integridad constitucional, permita efectivizar en el mayor grado posible los otros principios que se encuentran en tensión²²¹, dados el objeto y alcance particular del cuerpo normativo revisado.

1. Ahora bien, en este caso no es procedente adoptar una decisión de inexecutableidad, pues, en la práctica, eso conduciría a que los miembros de las comunidades indígenas pierdan el beneficio de estar exonerados del deber de prestar el servicio militar y de la obligación de pagar la cuota de compensación militar. Incluso, una decisión en ese sentido mantendría el déficit de protección objeto de estudio en esta sentencia, en el entendido de que las comunidades NARP seguirían estando excluidas de la exoneración sub examine. A juicio de la Sala, el remedio que garantiza la supremacía e integridad de la Constitución Política y, a la vez, optimiza en el mayor grado posible los postulados constitucionales en tensión, esto es, que presenta menor riesgo para los principios constitucionales en tensión, es la declaratoria de executableidad condicionada, como se explicará a continuación.

1. La executableidad condicionada garantiza la supremacía e integridad de la Constitución Política. La inclusión de las comunidades NARP en el ámbito de aplicación de los literales acusados, por un lado, es efectivamente conducente para materializar el fin que persiguen

los literales acusados, esto es, la defensa de las minorías, a fin de proteger el pluralismo y la diversidad étnica y cultural de la Nación colombiana (supra fj. 109); y, por el otro, no es evidentemente desproporcionada.

1. La inclusión de las comunidades NARP en el ámbito de aplicación de los literales que contienen las expresiones acusadas es una medida conducente para garantizar el pluralismo y la diversidad étnica y cultural de la nación colombiana (arts. 7 y 70, CP). A juicio de la Sala, como sucede con las comunidades indígenas, al evitar la sustracción de un miembro de la comunidad NARP se contribuye a la cohesión del grupo étnico y a la protección de sus manifestaciones culturales. Todo, por la forma colectiva de vida que caracteriza a estas comunidades y por la manera como estas comunidades perpetúan su cultura, según lo que se explicó en el numeral 4.2.2. supra de esta providencia.

1. La medida de inclusión antes referida tampoco es desproporcionada. El Ministerio de Defensa Nacional no aportó elementos de juicio que le permitan a la Sala evaluar el impacto que podría tener esta decisión en términos de disponibilidad de personal. Este silencio, para la CNOA y el CONPA, se agrava si se tiene en cuenta “la ausencia de cifras oficiales públicas atinentes a la composición étnica o racial de los miembros de la fuerza pública, por medio de las cuales se presente de forma desagregada el número exacto de personas afrodescendientes que hacen parte de la misma”²²². Con todo, la Corte toma como referencia diferentes cifras para inferir que los efectos del condicionamiento, no son evidentemente desproporcionados. En efecto, a esta conclusión se puede llegar si se tienen en cuenta las cifras recopiladas por el DANE en el año 2018²²³. De un lado, se resalta que la población de las comunidades NARP representa menos del diez por ciento (10%) de la población nacional y, del otro, se destaca que de esa cifra, solo el diez por ciento (10%) son hombres entre los quince (15) y los veinticuatro (24) años. Esto último es importante, porque, según cifras de la Defensoría del Pueblo, más del noventa por ciento (90%) de la población que presta el servicio militar obligatorio tiene entre 18 y 21 años²²⁴.

1. La exequibilidad condicionada optimiza en el mayor grado posible los postulados constitucionales en tensión. En un contexto general, las normas acusadas involucran diversos contenidos constitucionales. En efecto, la controversia sometida a control de constitucionalidad se relaciona con el cumplimiento del deber que tienen los colombianos de tomar las armas para defender la independencia nacional y las instituciones públicas, que se deriva de los artículos 1º, 2º y 216 de la Constitución Política. Igualmente, el debate se relaciona con algunos de los fines esenciales del Estado a los que se refiere el artículo 2º ibídem, esto es, defender la independencia nacional, mantener la integridad territorial, asegurar la convivencia pacífica y proteger a todas las personas, en su vida, honra, bienes, creencias y demás derechos y libertades. Todo, porque, frente a los dos contenidos constitucionales, el personal de las fuerzas militares y de policía tienen un papel protagónico, según las competencias que les asignó el constituyente por medio de los artículos 217 y 218 de la Constitución Política.

1. Esto justifica que, en el actual escenario constitucional, las exoneraciones al deber de prestar el servicio militar sean excepcionales y que, para la exoneración de la que son beneficiarias las comunidades indígenas, resulte indispensable que la persona acredite su integridad cultural, social y económica, por medio de la certificación expedida por parte del Ministerio del Interior. Así lo establecen los dos literales que contienen las expresiones acusadas. Relevante a los interesados de dicha carga probatoria, pone en riesgo los postulados mencionados en el párrafo precedente, debido a que su ejecución práctica exige, entre otros, la disponibilidad de recursos humanos suficientes, para lo cual la incorporación de quienes deben prestar el servicio militar es importante. En ese sentido, incluir a las comunidades NARP en la exoneración sub examine sin establecer el alcance de dicha carga probatoria, conduce al mismo resultado riesgoso en términos constitucionales, sobre todo si se tiene en cuenta que, actualmente, los miembros de las comunidades NARP están obligados a prestar el servicio militar, es decir, que tienen la potencialidad de contribuir al cumplimiento de las funciones asignadas a las fuerzas militares y de policía.

1. Desde esa perspectiva, es necesario valorar la manera como, actualmente, se acredita la

condición de indígena para efectos de la exoneración del servicio militar obligatorio y, además, como se acredita la calidad de miembro de una comunidad NARP, para otros efectos legales. Esto es importante, primero, porque es indispensable establecer cuál sería la forma de cumplir con el requisito de certificación al que se refieren los literales acusados, una vez sus efectos sean extendidos a los miembros de las comunidades NARP; y, segundo, porque esta Corporación no puede avalar que a las comunidades indígenas se les exija una carga probatoria cualificada, mientras que a las comunidades NARP se les pida otra menos estricta, toda vez que esto podría conducir a un escenario de desigualdad contrario a la Constitución Política y, como ya se dijo anteriormente, al sacrificio de los postulados constitucionales que guardan relación con el deber de prestar del servicio militar obligatorio.

1. En ejercicio de la competencia que les otorga el numeral 1º de la Ley 89 de 1890, los cabildos indígenas deben formar “el censo distribuido por familias, anotando al margen, al fin de cada año, las altas y bajas que haya sufrido”. Por su parte, de acuerdo con lo establecido en los numerales 7º y 8º del artículo 13 del Decreto Ley 2893 de 2011, modificado por el artículo 1º del Decreto 2340 de 2015, el Ministerio del Interior lleva el registro de dicho censo. Particularmente, a la Dirección de Asuntos Indígenas, Rom y Minorías del Ministerio del Interior le compete expedir la certificación por medio de la cual los indígenas acreditan su integridad cultural, social y económica, necesaria para que estas personas hagan efectiva la exoneración de prestar el servicio militar obligatorio.

1. En lo que respecta a las comunidades NARP, el artículo 2.5.1.5.1. del Decreto 1066 de 2015, adicionado por el artículo 2º del Decreto 1640 de 2020, establece que “El Ministerio del Interior, a través de la Dirección de Asuntos para Comunidades Negras, Afrocolombianas, Raizales y Palenqueras, llevará un registro público único nacional de Consejos Comunitarios, formas y expresiones organizativas, y organizaciones de base de las comunidades negras, afrocolombianas, raizales y palenqueras”, también conocido como Registro Público de Instituciones Representativas (RPIR). Para el caso de los consejos comunitarios y las formas o expresiones organizativas de comunidades, por disposición de los artículos 2.5.1.5.2. y 2.5.1.5.3. del Decreto 1066 de 2015, es necesario que se aporte el censo poblacional o el

listado de los integrantes de la respectiva comunidad. Igualmente, por disposición del artículo 2.5.1.6.1. del Decreto 1066 de 2015, adicionado por el artículo 3º del Decreto 1640 de 2020, los consejos comunitarios “expedirán certificación de pertenencia étnica de los miembros de su censo, para los efectos de la representación de dichas comunidades en los diferentes espacios de participación y elección contemplados en la Ley 70 de 1993 y en el ordenamiento jurídico”.

1. Por otro lado, mediante la Resolución 0762 del 8 de julio de 2020, el Ministerio del Interior reguló el trámite de auto reconocimiento como miembro de la población NARP para el acceso de estas comunidades a diferentes derechos, beneficios, prestaciones, planes, proyectos y programas. El artículo 3º de dicho acto administrativo establece que el interesado en obtener un certificado de auto reconocimiento de la población de la comunidad NARP, debe aportar la documentación que permitan identificarlo como miembro de una comunidad NARP o, en su defecto, los que permitan establecer los vínculos sanguíneos con otra persona que sea identificable como miembro de la población NARP.

1. Como se advierte, en los dos casos el Ministerio del Interior ha venido certificando la condición de miembros de las comunidades indígenas o NARP, sin interferir en su autonomía. En el caso de las comunidades indígenas, se respeta el censo elaborado por los cabildos indígenas; mientras que en el caso de las comunidades NARP, se reconoce el censo poblacional que elaboran los consejos comunitarios, así como el auto reconocimiento que hacen los interesados.

1. En consecuencia, la Sala considera que, para los efectos del requisito de acreditar la integridad social, cultural y económica, es posible asimilar el certificado de pertenencia indígena con dos documentos que deben aportar los interesados de las comunidades NARP: (i) el certificado de pertenencia étnica que expiden los consejos comunitarios y (ii) el certificado de auto reconocimiento de las comunidades negras, que expide el Ministerio del Interior, una vez cumplidos los requisitos que establece el artículo 3º de la Resolución 0762

de 2020. Esta asimilación es posible porque en los dos casos se garantiza la intervención del Estado sin afectar la autonomía de las comunidades étnicas, lo que descarta tratos discriminatorios entre las comunidades indígenas y NARP y, a la vez, disminuye el riesgo en el que se encuentran los postulados constitucionales involucrados con la prestación del servicio militar obligatorio. Todo, sin perjuicio de la reglamentación que pueda llegar a expedir el Gobierno Nacional, en ejercicio de sus competencias legales, siempre que garantice el derecho a la consulta previa de las comunidades NARP.

1. La exigencia de tales documentos garantiza el cumplimiento de la finalidad constitucionalmente relevante que persiguen las normas acusadas, pues, como ya se dijo, lo que estas buscan es proteger el pluralismo y la diversidad étnica y cultural de la Nación colombiana, mas no excluir a un grupo de personas en particular de un deber constitucional. La exención del servicio militar y del pago de la cuota de compensación militar, en consecuencia, solo cobija a aquellos miembros de las comunidades NARP que conservan una identidad cultural diferenciada, asociada a un estilo de vida y una cosmovisión comunitaria diversa, se insiste, pero no a los miembros de un colectivo específico, es decir, no cubre a todas las personas de piel negra. Esto justifica la necesidad de exigir el certificado de auto reconocimiento de las comunidades negras y, además, el certificado de pertenencia étnica, pues lo relevante, para efectos de las exoneraciones sub examine, es que el interesado acredite su integridad cultural, social y económica; no solo el color de su piel.

1. En consecuencia, teniendo en cuenta las consideraciones precedentes, la Corte declarará la exequibilidad condicionada de la expresión “indígenas”, contenida en los artículos 12 y 26 de la Ley 1861 de 2017, en el sentido de que se entienda que esa expresión incluye a los miembros de las comunidades NARP.

1. Síntesis de la decisión

1. La Corte examinó si el literal j) del artículo 12 y el literal b) del párrafo del artículo 26 de la Ley 1861 de 2017 vulneran el artículo 13 de la Constitución Política, norma a la que se adscribe el principio de igualdad y la cláusula de no discriminación. Igualmente, estudió si, al expedir las normas acusadas, el Congreso de la República incurrió en una omisión legislativa relativa.

1. Como cuestión previa, la Sala estudió la aptitud de los cargos de la demanda. Al respecto, concluyó que los dos cargos de la demanda son aptos, pues cumplen las exigencias generales de argumentación establecidas en el artículo 2º del Decreto 2067 de 1991 y en la jurisprudencia constitucional, así como también cumplen con los requisitos especiales de argumentación de los cargos por violación del principio de igualdad y de omisión legislativa relativa.

1. En relación con la vulneración del principio de igualdad, la Sala Plena encontró que las expresiones acusadas afectan prima facie el principio de igualdad, debido a que establecen una medida infra inclusiva y, en ese sentido, prevén un beneficio diferenciado entre sujetos comparables. Todo, porque: (i) confieren un beneficio a los miembros de las comunidades indígenas, con el objeto de alcanzar una finalidad constitucionalmente legítima, esto es, defender la existencia e identidad de las minorías étnicas, a efectos de proteger la diversidad cultural de la nación colombiana; pero (ii) no incluye, de manera injustificada, a las comunidades NARP, grupo de personas comparable con el que sí fue incluido, y que, por tanto; (iii) ha debido ser incluido como destinatario de la exoneración sub examine en tanto contribuyen razonablemente a alcanzar la finalidad constitucional de las normas acusadas.

1. Por otro lado, la Corte encontró que el legislador incurrió en una omisión legislativa relativa al no incluir a las comunidades NARP en el ámbito de aplicación de las disposiciones acusadas. Constató la existencia de la norma excluyente, pues los literales acusados de los

artículos 12 y 26 de la Ley 1861 de 2017 no incluyeron a las comunidades NARP como beneficiarios de la exoneración de prestar el servicio militar y pagar la cuota de compensación militar. Igualmente, estimó que el legislador no tuvo en cuenta un deber específico constitucional, consagrado en los artículos 1, 7, 13 y 70 de la Carta Política, representado en la realización de los principios de diversidad étnica y cultural, el mandato de protección igual a todas las culturas y la obligación de garantizar la autonomía de los pueblos étnicos frente a su integridad cultural. En el mismo sentido, comprobó que la omisión alegada por los demandantes carece del principio de razón suficiente, pues, durante el trámite legislativo, no se argumentó la razón de excluir a las comunidades NARP del ámbito de aplicación de las disposiciones acusadas. Además, la Corte Constitucional consideró que la no inclusión de las referidas comunidades constituye una discriminación o desigualdad negativa, puesto que impide el desarrollo de aspectos culturales de su vida en comunidad.

1. Frente al remedio constitucional, la Corte entendió que en este caso no es procedente adoptar una decisión de inexecutableidad, pues, en la práctica, eso conduciría a que los miembros de las comunidades indígenas pierdan el beneficio de estar exonerados del deber de prestar el servicio militar y de la obligación de pagar la cuota de compensación militar. Incluso, agregó, una decisión en ese sentido mantendría el déficit de protección objeto de estudio en esta sentencia, en el entendido de que las comunidades NARP seguirían estando excluidas de la exoneración sub examine. Por lo anterior, concluyó que el remedio que garantiza la supremacía e integridad de la Constitución Política y, a la vez, optimiza en el mayor grado posible los postulados constitucionales en tensión, esto es, que presenta menor riesgo para los principios constitucionales en tensión, es la declaratoria de executableidad condicionada.

I. DECISIÓN

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

RESUELVE:

Declarar EXEQUIBLE la expresión “indígenas”, contenida en el literal j) del artículo 12 y en el literal b) del párrafo del artículo 26 de la Ley 1861 de 2017, bajo el entendido de que esta incluye a los miembros de las comunidades negras, afrodescendientes, raizales y palenqueras.

Comuníquese y cúmplase,

ANTONIO JOSÉ LIZARAZO OCAMPO

Presidente

DIANA FAJARDO RIVERA

Magistrada

JORGE ENRIQUE IBÁÑEZ NAJAR

Magistrado

ALEJANDRO LINARES CANTILLO

Magistrado

Ausente con permiso

PAOLA ANDREA MENESES MOSQUERA

Magistrada

GLORIA STELLA ORTIZ DELGADO

Magistrada

Aclaración de voto

CRISTINA PARDO SCHLESINGER

Magistrada

Con impedimento aceptado

JOSÉ FERNANDO REYES CUARTAS

Magistrado

ALBERTO ROJAS RÍOS

Magistrado

MARTHA VICTORIA SÁCHICA MÉNDEZ

Secretaria General

ACLARACIÓN DE VOTO DE LA MAGISTRADA

GLORIA STELLA ORTIZ DELGADO

A LA SENTENCIA C-433/21

JUICIO DE IGUALDAD-Metodología de análisis (Aclaración de voto)

JUICIO DE IGUALDAD-Modalidades según grado de intensidad (Aclaración de voto)

JUICIO INTEGRADO DE IGUALDAD-Criterio de comparación, patrón de igualdad o tertium comparationis (Aclaración de voto)

JUICIO ERICTO DE IGUALDAD-Aplicación (Aclaración de voto)

SERVICIO MILITAR OBLIGATORIO DE MIEMBROS DE LAS COMUNIDADES NEGRAS, AFRODESCENDIENTES, RAIZALES Y PALENQUERAS-Prueba de su condición para acceder a la exención (Aclaración de voto)

En efecto, consideró que la pertenencia a la comunidad puede probarse con el certificado que expiden los consejos comunitarios o con la certificación que expide el Ministerio del Interior. Tal situación genera los siguientes interrogantes: ¿Por qué se les permite a las comunidades negras acreditar su condición con una certificación de la propia comunidad y por qué dicha previsión no fue contemplada para los indígenas? ¿este argumento desconoce

la norma que pide certificación del Ministerio del Interior? Y, ¿la argumentación genera un escenario de desigualdad en materia de acreditación de su pertenencia al grupo para ambas comunidades? Desafortunadamente, la sentencia no responde a las dudas expuestas.

GRUPOS ETNICOS DISTINTOS DE LOS PUEBLOS INDIGENAS-Protección especial como comunidades culturales diversas (Aclaración de voto)

Referencia: Expediente D-14236.

Demanda de inconstitucionalidad contra el literal j) (parcial) del artículo 12 y del literal b) (parcial) del párrafo 26 de la Ley 1861 de 2017 “Por la cual se reglamenta el servicio de reclutamiento, control de reservas y la movilización.”

Demandantes: Rossana Mejía Caicedo y otros.

Magistrada Sustanciadora:

PAOLA ANDREA MENESES MOSQUERA

Con el acostumbrado respeto por las decisiones de la Corte Constitucional, presento las razones que me conducen a aclarar mi voto en la decisión adoptada por la Sala Plena en sesión del siete (7) de diciembre de 2021, que por votación mayoritaria profirió la Sentencia C-433 de 2021 de la misma fecha.

1. El fallo declaró EXEQUIBLE la expresión “indígenas” contenida en el literal j) del artículo 12 en el literal b) del párrafo del artículo 26 de la Ley 1861 de 2017, bajo el entendido de que esta incluye a los miembros de las comunidades negras, afrodescendientes, raizales y palenqueras. Luego de estudiar la aptitud de los cargos de la demanda relacionados con la vulneración del principio de igualdad y la configuración de una omisión legislativa relativa, la Sala resolvió el fondo de asunto. En este punto, debía establecer si las normas acusadas incurrieron en las mencionadas censuras porque no incluyeron a las comunidades negras, afrodescendientes, raizales y palenqueras (en adelante NARP) en los supuestos de exoneración de la prestación del servicio militar obligatorio y el pago de la cuota de compensación.

Para responder el problema jurídico planteado, la postura mayoritaria concluyó que las normas vulneraron el principio de igualdad y, además, incurrieron en una omisión legislativa relativa. Lo anterior, porque la regulación sobre la exención de la prestación del servicio militar y el pago de la cuota de compensación no incluyó a las comunidades NARP. Finalmente, y, luego de descartar una decisión de inexequibilidad, resolvió declarar la exequibilidad condicionada en los términos expuestos.

1. Aclaré el voto en el asunto de la referencia porque, si bien acompañé la decisión de declarar la exequibilidad condicionada de las normas acusadas, me aparté de los siguientes aspectos de la sentencia: i) la metodología del fallo, particularmente, la aplicación del juicio integrado de igualdad de intensidad intermedia; y, ii) el análisis de la carga probatoria de las comunidades NARP para acceder a la exención. De igual manera, iii) la posibilidad de haber precisado el alcance de la exequibilidad condicionada de la expresión “indígenas”. Paso a explicar mi postura.

El juicio integrado de igualdad

1. Este capítulo lo desarrollaré de la siguiente manera: i) expondré, en términos generales, la postura de la mayoría en torno al juicio integrado de igualdad; y, ii) precisaré los aspectos particulares de mi diferencia argumentativa. Finalmente, iii) presentaré la metodología, que a mi juicio, habría permitido una aproximación más clara para resolver el caso concreto.

1. La postura mayoritaria analizó los cargos de la demanda en forma separada. En tal sentido, al estudiar el principio de igualdad desarrolló los argumentos que expongo a continuación: i) el principio de igualdad en la jurisprudencia constitucional; ii) el test integrado de igualdad en la jurisprudencia de la Corte; iii) el alcance de las disposiciones acusadas; iv) la verificación de la afectación prima facie del principio de igualdad; v) la definición del criterio de comparación en el caso concreto; vi) las comunidades étnicas y los miembros de las comunidades indígenas si son sujetos comparables desde perspectiva del

riesgo; y, vii) la afectación prima face del principio de igualdad no está constitucionalmente justificada y por ende es inconstitucional.

1. No comparto algunos de los argumentos presentados en desarrollo de este capítulo. A continuación, presento las razones de mi disenso:

1. Sobre el test integrado de igualdad: si bien la sentencia analizó el juicio integrado de igualdad²²⁵, considero que era necesario profundizar en las intensidades y los presupuestos de cada escrutinio. En ese sentido, la jurisprudencia constitucional ha establecido que el juicio integrado de igualdad es la metodología idónea para decidir cargos que plantean violación del principio de igualdad²²⁶. En efecto, Sentencias como las C-673 de 2001²²⁷, C-624 de 2008²²⁸, C-313 de 2013²²⁹, C-601 de 2015²³⁰, C-220 de 2017²³¹, C-389 de 2017²³², C-535 de 2017²³³, C- 063 de 2018²³⁴, C-345 de 2019²³⁵ y C-372 de 2019²³⁶ entre otras, lo han utilizado. En cuanto a la aplicación de dicha metodología, las Sentencias C-345 de 2019 y C-372 de 2019²³⁷ señalaron que, según su intensidad, el juicio puede tener tres niveles de escrutinio: débil, intermedio y estricto.

Escrutinio débil o suave²³⁸. Esta modalidad está dirigida a verificar que la actividad legislativa se ejerza dentro del marco de razonabilidad y que, por ende, no se adopten decisiones arbitrarias o caprichosas. Así, para que una norma sea declarada constitucional, la medida que trae un trato diferente debe ser potencialmente adecuada para alcanzar una finalidad que no esté prohibida constitucionalmente. Esta intensidad de escrutinio se usa como regla general, debido a que, en principio, existe una presunción de constitucionalidad de las normas expedidas por el Legislador. De este modo, la Corte utiliza este tipo de juicio en casos relacionados, por ejemplo, con (i) con materias económicas y tributarias, (ii) con política internacional, (iii) cuando está de por medio una competencia específica definida por la Carta en cabeza de un órgano constitucional, (iv) cuando se examina una norma preconstitucional derogada que aún produce efectos y (v) cuando no se aprecia, en principio, una amenaza para el derecho en cuestión²³⁹.

Escrutinio intermedio²⁴⁰. Para que la norma supere el test en este nivel debe perseguir un fin importante desde el punto de vista constitucional y que el medio para lograrlo sea efectivamente conducente. Además, se debe verificar que la medida no sea evidentemente

desproporcionada. Según la jurisprudencia, esta modalidad procede, entre otras, cuando: (i) la medida puede afectar el disfrute de un derecho constitucional no fundamental; (ii) existe un indicio de arbitrariedad que se refleja en la afectación grave de la libre competencia; o (iii) la medida se basa en criterios sospechosos, pero con el fin de favorecer a grupos históricamente discriminados²⁴¹. Se trata de casos en los que se establecen acciones afirmativas, tales como las medidas que utilizan un criterio de género o raza para promover el acceso de la mujer a la política o de las minorías étnicas a la educación superior²⁴².

Escrutinio estricto o fuerte²⁴³. Este nivel de intensidad evalúa (i) si el fin perseguido por la norma es imperioso; (ii) si el medio escogido, además de ser efectivamente conducente, es necesario, esto es, si no puede ser reemplazado por otros menos lesivos para los derechos de los sujetos pasivos de la norma; y, por último, (iii) si los beneficios de adoptar la medida exceden o no las restricciones impuestas sobre otros valores o principios constitucionales; es decir, si la medida es proporcional en sentido estricto.

Esta modalidad de escrutinio se aplica a hipótesis en las que la misma Constitución señala mandatos específicos de igualdad, lo que se traduce en una menor libertad de configuración del Legislador y, por consiguiente, en un juicio de constitucionalidad más riguroso. De esta forma, la Corte Constitucional ha aplicado el escrutinio estricto o fuerte cuando la medida (i) contiene una clasificación sospechosa como las enumeradas no taxativamente en el inciso 1° del artículo 13 de la Constitución; (ii) afecta a personas en condiciones de debilidad manifiesta o grupos discriminados o marginados; (iii) en principio, impacta gravemente un derecho fundamental; o (iv) crea un privilegio²⁴⁴.

1. Sobre la verificación del criterio de comparación: la providencia manifestó que en la identificación del criterio de comparación “No se busca, pues, establecer cuáles son las diferencias y similitudes entre las dos situaciones, pues de ser así, se estaría vaciando de contenido el test integrado de igualdad, ya que, desde un punto de vista ontológico, todos los sujetos, situaciones y cosas se pueden describir con diferencias y similitudes.”²⁴⁵

No comparto este argumento. La postura mayoritaria descartó la comparación entre los sujetos con base en la característica intrínseca del juicio de igualdad que es la relacional. La remisión a la ontología del ser es un argumento descriptivo que no excluye la comparación

sino que, por el contrario, la refuerza. En efecto, la existencia de similitudes y diferencias es lo que permite establecer si los sujetos o situaciones son comparables. De esta suerte, la imposibilidad de acudir a las diferencias y similitudes de los sujetos a comparar puede tornarse en una carga argumentativa imposible para los ciudadanos e incluso para la misma Corte, en términos de acreditación del criterio de comparación.

1. La metodología empleada por la ponencia para identificar el criterio de comparación: la mayoría descartó la identificación del criterio de comparación a partir del concepto de grupo étnico²⁴⁶. En tal sentido, se enfocó en establecerlo a partir de la finalidad de la norma y, concluyó que el criterio es el riesgo de la comunidad étnica²⁴⁷. Me aparto de esta aproximación por las siguientes razones:

1. Es una metodología confusa: el tema de la finalidad de la norma es un presupuesto del juicio integrado y, por lo general, no es analizado en esta etapa previa de procedencia del test de igualdad. Bajo ese entendido, la providencia complejizó injustificadamente el juicio de igualdad desde la etapa de identificación de los extremos y el criterio de comparación. En particular, empleó presupuestos del análisis material como es la finalidad de la norma, que busca establecer si el fin es constitucional y no está prohibido o, o importante o, imperioso (según el nivel de escrutinio) en la fase de valoración de procedencia del test.

1. La conclusión de la mayoría de que la categoría de grupo étnico es abstracta, genérica e implica un grado de asimilación muy alto²⁴⁸. No comparto este argumento porque justamente la condición de comunidad étnica ha sido consagrada en la Constitución y construida por la jurisprudencia de la Corte con base en la particularidad de unos grupos específicos. Es decir, es un concepto que está lejos de tener un significado abstracto, genérico y de alta asimilación. En ese sentido, no todos somos parte de una comunidad étnica. Por el contrario, el concepto permite identificar grupos específicos que tienen particularidades culturales y que son altamente vulnerables, por lo que requieren una especial protección. Algunos de ellos fueron identificados directamente por el Constituyente,

como son los indígenas y las comunidades negras.

1. El criterio de comparación basado en el riesgo de la comunidad configura un argumento circular²⁴⁹: Luego de analizar la finalidad de la norma acusada, la mayoría concluyó que el criterio de comparación no era el concepto de comunidad étnica, sino que aquel estaba determinado por el riesgo de la comunidad étnica. En mi concepto, se trata de un argumento circular que se sustenta en un mismo punto, la existencia de una comunidad étnica. En efecto, no se trata de una noción independiente o autónoma al grupo étnico. Por el contrario, es una de las características de dicha categoría, pues las personas que la integran son reconocidas como vulnerables. Si no se está en una comunidad étnica no existe el riesgo descrito por la postura mayoritaria.

1. El argumento de la mayoría de que “El beneficio diferenciado a favor de las comunidades indígenas es desproporcionado y en consecuencia, contrario a la Constitución”²⁵⁰. Me aparto de esta afirmación porque: i) no es un aspecto que se resuelve en la etapa preliminar de procedencia del juicio; y, ii) el beneficio diferenciado para los indígenas no es desproporcionado. Dicho trato está justificado por la Constitución. El problema que enfrentaba la sentencia estaba relacionado con establecer si la exclusión de las comunidades negras era desproporcionada o no.

1. El juicio de igualdad de intensidad intermedia²⁵¹: la postura mayoritaria indicó que la relación de la medida con los grupos históricamente discriminados era indirecta. Por tal razón, el nivel de escrutinio era intermedio. En este sentido, precisó lo siguiente:

“Es cierto que el caso tiene relación con una de las categorías sospechosas de discriminación que establece la Constitución Política (raza) e involucra grupos discriminados y marginados (indígenas), circunstancias que habilitarían el uso de test estricto, al amparo de la jurisprudencia constitucional. Sin embargo, también es cierto que dicha relación es indirecta y, como tal, no es suficiente para justificar la aplicación de la intensidad fuerte del test. En

estricto sentido, la norma no afecta grupos discriminados o marginados, por el contrario, los favorece a través de una acción afirmativa, pese a que al hacerlo no hubiera tenido en cuenta otros grupos étnicos, igualmente discriminados.”²⁵²

No comparto esta afirmación. En este punto, reitero que la intensidad estricta se aplica a hipótesis en las que la misma Constitución señala mandatos específicos de igualdad, lo que se traduce en una menor libertad de configuración del Legislador y, por consiguiente, en un juicio de constitucionalidad más riguroso. De esta forma, insisto, este escrutinio estricto o fuerte está previsto cuando la medida (i) contiene una clasificación sospechosa como las enumeradas no taxativamente en el inciso 1° del artículo 13 de la Constitución; (ii) afecta a personas en condiciones de debilidad manifiesta o grupos discriminados o marginados; (iii) en principio, impacta gravemente un derecho fundamental; o (iv) crea un privilegio²⁵³.

Considero que en este caso, tal y como lo manifestaron los accionantes, debía aplicarse el juicio estricto de igualdad. Lo anterior, porque: i) el debate recaía en un grupo étnico sobre el cual la Constitución consagró mandatos específicos de igualdad²⁵⁴; ii) la medida sí tenía un impacto directo en la comunidad NARP; y, iii) lo expuesto, configura una categoría sospechosa basada en la pertenencia a un grupo étnico. El hecho de que se trate de una acción afirmativa no desconoce que la misma se otorga a un grupo étnico y excluye a otro de sus efectos porque no lo contempla en el supuesto de hecho de la norma. Por esa razón, contrario a lo expresado por la postura mayoritaria, el análisis de la medida reprochada debió hacerse bajo la metodología del test integrado de igualdad de intensidad estricta.

1. El argumento de que “La medida diferenciada no persigue un fin constitucionalmente importante”²⁵⁵. Sin perjuicio de que este asunto debió estudiarse con base en el juicio de igualdad de intensidad estricta, no comparto la postura de la mayoría. Estimo que la medida si cumple un fin constitucionalmente importante relacionado con otorgar a una comunidad étnica, como los indígenas, una acción afirmativa en materia de servicio militar. Incluso, la medida era conducente porque efectivamente le permite a ese grupo acceder a la exoneración de la prestación del servicio y al pago de la cuota de compensación. El problema es que no era proporcionada al excluir a la comunidad negra.

En dicho escenario, el análisis de la medida no podía terminar en el primer paso del juicio.

Aquel debía agotar todas las etapas porque el examen de constitucionalidad estaba dirigido a verificar la proporcionalidad de la exclusión de las comunidades NARP de los efectos de la norma y no la concesión del mismo a las comunidades indígenas.

1. La falta de pronunciamiento del Legislador en los antecedentes de la norma en relación la finalidad²⁵⁶. La postura mayoritaria indicó que “Durante el trámite legislativo de la ley que contiene las expresiones acusadas, incluso, en los debates de la norma que le antecede (Ley 48 de 1993), el Legislador no formuló argumento alguno que justificara la exclusión de las comunidades NARP de la exoneración de prestar el servicio militar obligatorio y pagar la cuota de compensación militar (...)”²⁵⁷

No comparto este argumento. La situación descrita, por sí sola, no configura la falta de justificación de la medida. La postura mayoritaria no tuvo en cuenta que, en ocasiones, el Legislador no hace expresas las razones que sustentan las leyes que expide, por lo menos en los términos exigidos en el marco del juicio integrado de igualdad. Lo anterior, porque las dinámicas del Congreso atienden a procesos políticos y no judiciales. Por esa razón, lo que debió hacer este Tribunal era establecer la finalidad de la norma mediante instrumentos diferentes a la búsqueda de la intención del Legislador.

El estudio de la carga probatoria de las comunidades NARP para acceder a la exención²⁵⁸

1. La postura mayoritaria analizó la carga probatoria de los indígenas y de las comunidades negras para acceder a la exención. Considero que el estudio de dicha disposición por parte de la Corte requería la integración de la unidad normativa. En particular, porque este aspecto no fue demandado por los ciudadanos.

No obstante, la mayoría comparó ambas comunidades y concluyó que los indígenas deben aportar la certificación del Ministerio del Interior. De aceptarse, en gracia de discusión, el análisis de este aspecto sin la integración de la unidad normativa, en este punto era interesante que la Corte estudiara el alcance de dicha exigencia a la comunidad indígena. En este aspecto, resultaba relevante examinar la Sentencia T-113 de 2009²⁵⁹ sobre la prueba

de la condición de indígena en el marco de la prestación del servicio militar obligatorio. Esa decisión indicó que:

“La condición de ser un indígena que conserva su ‘integridad cultural, social y económica’ es algo que ha de valorarse en el contexto específico de cada cultura y cada caso particular. No obstante, cuando una persona sea presentada por las autoridades tradicionales indígenas como alguien que pertenece a la comunidad debe presumirse y considerarse que conserva su identidad cultural. Cuando las autoridades tradicionales se han manifestado, no es la persona indígena la llamada a seguir probando su ‘autenticidad’ o ‘pureza cultural’. Por el contrario, corresponde a quienes no consideren cierta tal manifestación demostrar que la persona en cuestión no conserva su identidad cultural.

Ahora bien, como lo han señalado los conceptos antropológicos aportados al proceso, establecer que alguien se ha alejado de su comunidad y ya no comparte su cosmovisión, es un hecho complejo de demostrar y que debe tener en cuenta las especificidades del pueblo indígena del que se trate, así como su historia y su desarrollo actual. No prueba nada, por tanto, demostrar que un joven se viste como ‘occidental’, que obtuvo ‘el grado de bachiller’ o que se encuentra estudiando una carrera en una Universidad ubicada en la capital del departamento o de la nación. Ninguno de estos hechos, autónomamente, prueba algo con respecto a la condición de indígena de una persona.

6.6. Ahora bien, lo dicho hasta entonces implica también, en el contexto del reclutamiento para prestar servicio militar, que las autoridades militares responsables del reclutamiento valoren especialmente las reales condiciones de una persona. Así pues, incluso cuando un joven no haga referencia a su condición indígena, o simplemente la niegue por temor a ser discriminado, si existen criterios claros y objetivos para pensar que el joven sí pertenece a una comunidad indígena, es deber del Ejército Nacional adoptar las medidas adecuadas y necesarias para esclarecer su identidad. No hacerlo, puede implicar que el Ejército viole el derecho a la vida de una comunidad indígena, especialmente para comunidades en riesgo de extinción.”

De otra parte, sobre la comunidad NARP, la postura mayoritaria flexibilizó la carga probatoria para acreditar su pertenencia al grupo²⁶⁰. En efecto, consideró que la pertenencia a la comunidad puede probarse con el certificado que expiden los consejos comunitarios o con la

certificación que expide el Ministerio del Interior. Tal situación genera los siguientes interrogantes: ¿Por qué se les permite a las comunidades negras acreditar su condición con una certificación de la propia comunidad y por qué dicha previsión no fue contemplada para los indígenas? ¿este argumento desconoce la norma que pide certificación del Ministerio del Interior? Y, ¿la argumentación genera un escenario de desigualdad en materia de acreditación de su pertenencia al grupo para ambas comunidades? Desafortunadamente, la sentencia no responde a las dudas expuestas.

El remedio constitucional de exequibilidad condicionada

1. La exequibilidad condicionada de la expresión “indígena” bajo el entendido de que esta incluye a los miembros de las comunidades negras, afrodescendientes, raizales y palenqueras²⁶¹: Si bien acompañé esta decisión, considero que la postura mayoritaria podría haber explorado una fórmula de exequibilidad condicionada que reivindicara las luchas de la comunidad NARP y no vaciara de contenido a los grupos indígenas. Aquellos, son dos grupos completamente diferentes, que comparten el hecho de ser comunidades étnicas, pero nada más. Ser indígena no es equivalente a afrodescendiente, raizal o palenquero y aquellos no son equivalentes a indígena. Este modelo de decisión muestra una especie de traslape de las garantías de las comunidades indígenas al grupo NARP. Dicha aproximación podría desconocer las diferencias de los grupos e invisibilizar las luchas por la reivindicación de la comunidad NARP.

En efecto, la sentencia indicó que ambos grupos tienen una forma colectiva de vida. En tal sentido, aquella puede verse afectada por la ausencia de un miembro de la comunidad sin distinción de que se trate de indígena o NARP²⁶². En esa misma línea, refirió la forma en que las comunidades indígenas ejercen su relación con el territorio y, bajo esa premisa, insistió en que extraer a un miembro de la comunidad puede afectarla²⁶³.

Bajo tal perspectiva, opino que la garantía de los derechos del grupo NARP, como grupo étnico, no está condicionada a los reconocimientos previos de la comunidad indígena. Aquel puede ser un referente, pero no un requisito para la procedencia de la protección del grupo NARP. En efecto, aquella condición está consagrada en la Constitución y de ahí derivan deberes específicos de garantía de derechos.

Bajo ese entendido, el reconocimiento de las comunidades fue materializado en el artículo 55 transitorio de la Constitución²⁶⁴. Lo anterior, no significa que, previamente, dicho grupo no tuviera el reconocimiento de sus garantías fundamentales, por ejemplo, al territorio²⁶⁵.

La Sentencia C-169 de 2001²⁶⁶ estableció que, con fundamento en el artículo 55 Transitorio superior y la Ley 70 de 1993, las comunidades afrodescendientes son beneficiarias del Convenio 169 de la OIT. Lo anterior, porque aquellas cumplen con los criterios objetivos y subjetivos para considerarlas grupos o pueblos “tribales”. En consecuencia, dicho grupo adquiere “la titularidad de derechos colectivos similares a los de las comunidades indígenas, con las diferencias impuestas por sus especificidades culturales y su régimen legal propio. Lo que es más importante, se hacen acreedores a los derechos que consagra el Convenio 169 de la O.I.T.”. (Énfasis agregado)

Con fundamento en esta interpretación, la Sentencia T-955 de 2003 tuteló por primera vez los derechos étnicos de una comunidad negra. En particular, las garantías a la diversidad e integridad étnica y cultural, a la propiedad colectiva, a la participación y a la subsistencia. La decisión reiteró que, al ser reconocidos como pueblo tribal, las comunidades NARP merecen la misma protección que reciben los pueblos indígenas, así algunas disposiciones constitucionales se refieran solamente a estos últimos.

Por su parte, la Sentencia C-864 de 2008²⁶⁷ analizó los grupos que pueden considerarse como sujetos étnicos diferentes a los pueblos indígenas. Con base en lo anterior, reconoció que el Convenio 169 de la OIT protege en igualdad de condiciones y otorga los mismos derechos a los pueblos indígenas y tribales. Sin embargo, esa providencia advirtió que, dadas las particularidades de los primeros (como su especial cosmovisión), pueden ser presentarse tratos diferenciados en la reglamentación de los derechos, lo cual no exonera a los Estados de su deber de materializar los mismos. En tal perspectiva, precisó que:

“(…) la jurisprudencia de esta Corporación, sentada en sede de constitucionalidad, ha explicado que la diversidad sociocultural no es exclusiva de los pueblos indígenas, pues como realidad fáctica existen en Colombia otras comunidades y grupos sociales que poseen una cultura propia; la Corte también ha explicado que la Constitución Política ‘busca proteger la identidad y diversidad de todos los grupos culturales, y no sólo aquella de los indígenas, como lo muestra no sólo que la Carta reconoce y protege genéricamente la diversidad étnica

y cultural de la Nación colombiana (CP arts 7º y 70) sino que también prevé derechos y tratamientos especiales para las comunidades negras del Pacífico o los raizales de San Andrés (CP arts 311 y 55T).” (Énfasis agregado)

De acuerdo con lo expuesto, si bien a la categoría de pueblo tribal de las comunidades afrodescendientes se les asigne la misma protección que reciben los pueblos indígenas, no puede extenderse per se la aplicación de algunas normas de manera indiscriminada entre los distintos grupos étnicos o condicionar el reconocimiento de sus derechos a la protección previa de uno de los grupos. Lo anterior, por cuanto la jurisprudencia reconoce la diversidad de los grupos étnicos, no solo respecto a la sociedad mayoritaria, sino también entre las distintas comunidades.

Bajo esa perspectiva, en el presente asunto, la vulnerabilidad de la comunidad NARP se configura por sus particularidades, no porque se les aplique la misma vulnerabilidad de los indígenas. En ese entendido, existe un mandato de protección a la comunidad afro que no depende de las garantías reconocidas a los indígenas, sino que dicha protección si bien se deriva de su condición de comunidad étnica, no depende de los reconocimientos previos de otros grupos étnicos y mucho menos, deben aplicarse las mismas acciones afirmativas. En ese sentido, la sentencia podría haberse apoyado en documentos como el Auto 005 de 2009, documentos CONPES como el 3310 de 2004, 3660 de 2010, la comisión intersectorial para el avance de la población afrocolombiana (2009). Los documentos del Ministerio de Cultura “afrocolombianos población con huellas de Africanía”²⁶⁸ o “Palenqueros, descendientes de la insurgencia anticolonial”²⁶⁹, entre muchos otros, que reflejan la lucha de la comunidad por el reconocimiento de su identidad étnica y la garantía de sus derechos a partir de la misma.

En conclusión, esta era una oportunidad para que la Corte reivindicara las luchas de las comunidades NARP desde su identidad particular. Si bien las garantías exigían que el criterio de comparación fuera la configuración del concepto de grupo étnico, la garantía de protección no podía derivarse del simple traslape de las vulnerabilidades y los derechos de las comunidades indígenas. Tal aproximación, permitiría visibilizar que la protección de la comunidad NARP no está condicionada al reconocimiento previo de dichos postulados a los grupos indígenas. En este punto, la mayoría debió aclarar que cada grupo ejerce sus derechos de forma diferente e independiente.

Por tal razón, la decisión pudo haber sido ser la exequibilidad condicionada de la expresión “indígena” contenida en las normas acusadas, en el entendido de que la exoneración allí contemplada también es aplicable a las comunidades negras, afro, raizal y palenquera.

1. En suma, aclaré mi voto a la Sentencia C-433 de 2021 porque, si bien acompañé la decisión de exequibilidad condicionada de las normas acusadas, me aparté de los siguientes aspectos de la sentencia: i) la metodología del fallo, particularmente, el juicio integrado de igualdad. En este punto, demostré las dificultades en la identificación del criterio de comparación entre los grupos, la necesidad de utilizar un juicio integrado de igualdad de intensidad estricta y de agotar todos sus presupuestos. En relación con ii) el análisis de la carga probatoria de las comunidades NARP para acceder a la exención, acredité que dicha aproximación flexibilizó los requisitos para que los miembros de las comunidades NARP estén exonerados del servicio militar. Este análisis se produjo, no obstante que dicho contenido normativo fue demandado y, además, la norma exige que los indígenas acrediten su pertenencia a la comunidad con fundamento en la certificación del Ministerio del Interior. Lo anterior, podría haber generado un escenario de desigualdad entre ambos grupos.

Finalmente, iii) la posibilidad de haber precisado el alcance de la exequibilidad condicionada de la expresión “indígenas” porque la fórmula empleada por la mayoría indica que la expresión indígenas incluye a la comunidad NARP. Precisé que, en esta oportunidad, la Corte podría haber contemplado una fórmula que reivindicara de mejor manera las luchas del grupo NARP por la protección de sus derechos. Bajo ese entendido, manifesté que la decisión pudo haber sido la exequibilidad condicionada de la expresión “indígena” en el entendido de que la exoneración del servicio militar y el pago de la cuota de compensación también se aplica a la comunidad NARP.

De esta manera, dejo expresas mis razones para aclarar el voto a la Sentencia C-433 de 2021, proferida por la Sala Plena de la Corte Constitucional.

Fecha ut supra

GLORIA STELLA ORTIZ DELGADO

Magistrada

1 Mediante escrito del 14 de mayo de 2021, los demandantes manifestaron: “Al respecto, en primer lugar aclaramos que el primer aparte de la demanda, denominado «La protección constitucional de la identidad y diversidad étnica y cultural, con especial énfasis en las comunidades negras, afrocolombianas, raizales y palenqueras (NARP)», no era un cargo autónomo, tal y como lo informamos en la parte denominada «Síntesis de la demanda» (p. 3), sino un componente introductorio que permite ilustrar los contenidos constitucionales que soportan la protección constitucional de las comunidades NARP y que guardan relación con los dos cargos

planteados, y admitidos”.

2 En la referida providencia, la magistrada sustanciadora resolvió no tener en cuenta como parámetro de control de constitucionalidad el artículo 310 de la Constitución. Política. Esta decisión no fue objeto de recurso alguno por la parte actora.

3 El mismo escrito de recusación fue presentado en los expedientes D-12973, D-13956, D-13801, D-13937, D- D-13992, D-14005, D-14045, D-14054, D-14049, D-14052, D-14053, D-14055, D-14061, D-14115, D-12437, D-14172, D-14197, D-14216, D-14088, D-14252, D-14255, D-14268, D-14249, D-14138, D-14264, D-14216, D-14086, D-14101, D-14163, D-14079, D-14102, D-14112, D-13887, D-14015, D-13839, D-14168, D-14169, D-14176, D-13957, D-14179, D-14075, D-14206, D-1400, D-14228, D-14270, D-14172, D-14274, D-14275, D-14231, D-14197, D-14190, D-14211, D-14338, D-14186, D-14096, D-14208, D-14230, D-14129, D-14074, D-14236, PE-049, PE-050 y T- 7785. Teniendo en cuenta esto, la Sala Plena de la Corte, mediante el auto del 5 de agosto, rechazó la recusación presentada en el presente proceso y también en la totalidad de expedientes.

4 Demanda, p. 9.

5 Se hace referencia al Auto 005 de 2009, dictado en el marco del seguimiento a la sentencia T-025 de 2004.

6 Demanda, p. 24.

7 lb. p. 29.

8 lb. p. 28.

9 lb. p. 29.

10 lb. p. 32.

11 lb.

12 lb. p. 33.

13 lb.

14 lb. p. 31.

15 Concepto No. 6972 del 15 de julio de 2021.

16 Se refiere a la Sentencia C-356 de 2019.

17 Escrito de intervención, p. 2.

18 La ONG Temblores presentó su intervención de forma extemporánea.

20 La Universidad Externado de Colombia únicamente se pronunció en relación con el cargo de igualdad.

21 Escritos de intervención, pp. 2.

22 Se citaron, principalmente, las sentencias C-208 de 2007, C-359 de 2013 y C-480 de 2019.

23 lb. p. 8.

24 La Comisión Colombiana de Juristas presentó una “adición a la intervención” refiriéndose a estos temas.

25 Escritos de intervención de la Universidad Externado de Colombia y de Jonathan Sandoval,

pp. 3.

26 Escrito de intervención de la Corporación Afrocolombiana Hileros, pp. 1 y 2.

27 Concepto de la Procuraduría General de la Nación, p. 6.

28 Ib. p. 3.

29 La Procuraduría General de la Nación citó las sentencias C-359 de 2013 y C-480 de 2019.

30 Ib. p. 4.

31 Ib. p. 5.

32 Ib.

33 Auto 011 de 2018.

34 Cfr. Sentencia C-089 de 2016.

35 Cfr. Sentencia C-341 de 2014.

36 Reiterado en las sentencias C-247 de 2017, C-002 de 2018, C-087 de 2018 y C-221 de 2019.

37 Cfr. Sentencia C-330 de 2013, entre otras.

38 Escrito de intervención, p. 18.

39 Cfr. Corte Constitucional, sentencias C-108, C-545 y C555 de 1994, C-247 de 1997, C-073, C-188 y C-543 de 1996, C-405, C-470 y C-540 de 1997, C-146 C-407 y C-745 de 1998 y C-215 de 1999, entre otras.

40 En efecto, en la sentencia C-188 de 1996 se dijo: “El fenómeno de la inconstitucionalidad por omisión está ligado, cuando se configura, a una “obligación de hacer”, que supuestamente el Constituyente consagró a cargo del legislador, el cual sin que medie motivo razonable se abstiene de cumplirla, incurriendo con su actitud negativa en una violación a la Carta.”. La noción “obligación de hacer fue reiterada en la Sentencia C-215 de

1999.

41 Cfr. Sentencia C-543 de 1996. Allí se dijo: “El legislador puede violar los deberes que le impone la Constitución de las siguientes maneras: // - Cuando no produce ningún precepto encaminado a ejecutar el deber concreto que le ha impuesto la Constitución ;// - Cuando en cumplimiento del deber impuesto por la Constitución, favorece a ciertos grupos, perjudicando a otros; // - Cuando en desarrollo de ese mismo deber, el legislador en forma expresa o tácita, excluye a un grupo de ciudadanos de los beneficios que otorga al resto. // A esta clasificación propuesta cabe agregar otra instancia: cuando el legislador al regular o construir una institución omite una condición o un ingrediente que, de acuerdo con la Constitución, sería exigencia esencial para armonizar con ella. v.gr.: si al regular un procedimiento, se pretermite el derecho de defensa. // En el primer caso, de acuerdo con la clasificación creada por Wessel, quien fue el primero en aceptar que el “no hacer” del legislador puede vulnerar derechos individuales, se presenta una omisión legislativa absoluta por cuanto falta la disposición de desarrollo legislativo de un determinado precepto constitucional; mientras que en los restantes, existe una omisión legislativa relativa por que si bien el legislador ha expedido la ley en ella solamente ha regulado algunas relaciones dejando por fuera otros supuestos análogos, con clara violación del principio de igualdad. // Así, mientras en el primer evento, hablaríamos de la omisión absoluta de un deber que la Constitución ha establecido de manera concreta, que implica necesariamente la ausencia de normatividad legal, en los demás, nos estaríamos refiriendo a la violación del deber derivado del principio de igualdad o del derecho de defensa, como elemento esencial del debido proceso, por cuanto la ley existe pero no cubre todos los supuestos que debería abarcar. Hay aquí una actuación imperfecta o incompleta del legislador. En cambio en la primera, no hay actuación en absoluto.

42 Sentencia C-0146 de 1998.

43 Cfr. Corte Constitucional, sentencias C-108 de 1994, C-247 de 1995, C-188 de 1996, C-470 de 1997 y C-146 de 1998, entre otras.

44 C-427 de 2000, C-246 de 2001, C-155 de 2002, C-402 de 2003, C-1125 de 2004, 1047 de 2005, C-1043 de 2006, C-542 de 2008, C-522 de 2009, C-173 de 2010, C-600 de 2011, C-533 de 2012, C-120 de 2013 y C-666 de 2016, entre otras.

45 Cfr. Corte Constitucional, sentencias C-543 de 1996 y C-407 de 1998.

46 Sentencia C-352 de 2017, C-534 de 2019, C-034 de 2020, C-122 de 2020 y C-158 y C-243 de 2021.

47 Cfr. Corte Constitucional, sentencias C-100 de 2011, C-833 de 2013, C-291 de 2015 y C-010 de 2018, entre otras.

48 Sentencia C-122 de 2020.

49 En esa ocasión, la Corte Constitucional consideró que el cargo por omisión legislativa carecía de aptitud sustantiva. Dentro de los argumentos de la decisión, se lee el siguiente: “Primero, no se acredita el cumplimiento de los criterios especiales reseñados en el párrafo 33 supra. Si bien es claro que el cargo recae sobre una disposición específica y concreta, esto es, el artículo 2 de la Ley 2038 de 2020 en la cual no se precisa la entidad a la que quedaría adscrita el Fondo de Sustentabilidad Pro-Cartagena 500 años, lo cierto es que no identifican un mandato constitucional del cual se derive un deber expreso impuesto por el Constituyente al Legislador para fijar tal adscripción en la ley” (negritas propias).

50 Así los denominó la Corte, en la Sentencia C-122 de 2020.

51 Sentencia C-352 de 2017, reiterada en la Sentencia C-122 de 2020.

52 Ib.

53 Ib.

55 Ib.

56 Corte Constitucional, Sentencia C-083 de 2018. En el mismo sentido, Cfr. sentencias C-555 de 1994, C-864 de 2008 y C-449 de 2009.

57 Ib. Cfr. Sentencia C-401 de 2016.

58 Demanda, p. 15.

59 Ib. pp. 15 a 21.

60 Ib. pp. 21 y 22.

61 Ib. pp. 22 y 23.

62 Ib. pp. 23 y 24.

63 Demanda, p. 20.

64 En auto del 31 de mayo de 2021, la magistrada sustanciadora resolvió no tener en cuenta como parámetro de control de constitucionalidad el artículo 310 de la Constitución. Política. Esta decisión no fue objeto de recurso alguno por la parte actora.

65 Se hace referencia al Auto 005 de 2009, dictado por la Sala Especial de Seguimiento de la Sentencia T-025 de 2004.

66 Demanda, p. 16.

67 Ib.

68 Los demandantes también se refirieron al artículo 310 de la Constitución Política, sin embargo, en el auto admisorio el cargo fue limitado y allí no se incluyó dicha disposición constitucional como parámetro de control.

69 Demanda, p. 17.

70 Se citan las sentencias T- 380 de 1993, C-394 de 1995, T-131 de 1996, SU-039 de 1997, T-778 de 2005 y C-208 de 2007.

71 Demanda, p. 21.

72 Ib.

73 Sentencia C-352 de 2017, reiterada en la Sentencia C-122 de 2020.

74 Sentencia C-480 de 2019.

75 Demanda, p. 16.

76 Corte Constitucional, Auto 005 de 2009, ffjj. 12 a 18.

77 Constitución Política, artículo 13. Allí se lee: “Todas las personas nacen libres e iguales ante la ley, recibirán la misma protección y trato de las autoridades y gozarán de los mismos derechos, libertades y oportunidades sin ninguna discriminación por razones de sexo, raza, origen nacional o familiar, lengua, religión, opinión política o filosófica. // El Estado promoverá las condiciones para que la igualdad sea real y efectiva y adoptará medidas en favor de grupos discriminados o marginados. (...)”.

78 Ib. Artículo 70. Allí se lee: “El Estado tiene el deber de promover y fomentar el acceso a la cultura de todos los colombianos en igualdad de oportunidades, por medio de la educación permanente y la enseñanza científica, técnica, artística y profesional en todas las etapas del proceso de creación de la identidad nacional. // La cultura en sus diversas manifestaciones es fundamento de la nacionalidad. El Estado reconoce la igualdad y dignidad de todas las que conviven en el país. El Estado promoverá la investigación, la ciencia, el desarrollo y la difusión de los valores culturales de la Nación.”.

79 Sentencia C-1031 de 2002.

80 Sentencias C-826 de 2008, C-886 de 2010, C-240 de 2014 y C-002 de 2018.

81 Ib.

82 Escrito de demanda, p. 29.

83 Demanda, pp. 25 a 27.

84 Ib. pp. 28 y 29.

85 Cfr. Sentencias C-171 y C-542 de 2017, C-257 de 2016 y C-336 de 2012, entre otras.

86 Cfr. Sentencia C-257 de 2016.

87 Demanda, p. 27.

88 Sentencias C-266 de 2019 y C-125 de 2018.

89 Sentencia C-125 de 2018.

90 Sentencia C-239 de 2019 y T-266 de 2019.

91 Sentencias C-138 de 2019, C-178 de 2014 y SU 336 de 2017.

92 Sentencias C-179 de 2016 y C-1125 de 2001.

93 Sentencia C-624 de 2008.

94 Sentencias C-505 de 1999. Reiterada en la sentencia C-114 de 2017.

95 Sentencias C-266 de 2019, C-601 de 2015, C-551 de 2015.

96 Sentencias C-006 de 2018 y C-006 de 2017.

97 La jurisprudencia constitucional ha señalado que el carácter relacional de la igualdad implica igualmente que “a diferencia de otros principios constitucionales o derechos fundamentales, no protege ningún ámbito concreto de la esfera de la actividad humana, sino que puede ser alegado ante cualquier trato diferenciado injustificado” (sentencias C-818 de 2010, C-250 de 2012 y C-743 de 2015).

98 Sentencia C-1146 de 2004.

99 Sentencia C-090 de 2001.

100 Sentencia C-818 de 2010.

101 Ibídem.

102 Ibídem.

103 Al respecto, ver sentencia C-663 de 2009: “[e]sta Corporación ha sostenido en diferentes oportunidades que el derecho a la igualdad es un derecho relacional, por lo que presupone necesariamente una comparación entre dos o más regímenes que actúan como términos de comparación. Así un determinado régimen jurídico no es discriminatorio en sí mismo, sino únicamente en relación con otro régimen jurídico. La comparación intrínseca al principio de igualdad no afecta, sin embargo, a todos los elementos de los regímenes jurídicos en cuestión, sino únicamente a aquellos aspectos que son relevantes para la finalidad de la

diferenciación. Ello implica, por tanto, que la igualdad también constituye un concepto relativo: dos regímenes jurídicos no son semejantes o diferentes entre sí en todos sus elementos, sino únicamente respecto al criterio utilizado para la comparación”.

104 Sentencia 540 de 2008 “toda diferenciación que se haga en ella [la ley] debe atender a fines razonables y constitucionales”.

106 *Ibídem*.

107 *Ibídem*.

108 *Ibídem*.

109 Cfr. Sentencias C-740 de 2001, C-456 de 2002, C-621 de 2007, C-755 de 2008 y C-728 de 2009.

110 Corte Constitucional, Sentencia SU-200 de 1997.

111 Cfr. Sentencias T-113 de 2009 y T-292 y T-465 de 2012.

112 Esta excepción ha sido reconocida en otros ámbitos, como, por ejemplo, en materia carcelaria y penal. Sobre el particular, se pueden consultar las sentencias C-394 de 1995 y C-370 de 2002.

113 Sobre la constitucionalidad de esta norma, consultar las sentencias C-058 de 1994 y C-728 de 2009, entre otras.

114 Sentencia C-345 de 2019.

115 Sentencia C-093 de 2001.

116 En la sentencia C-521 de 2019 la Corte definió la estructura del test integrado de igualdad en los siguientes términos: “[p]ara resolver la cuestión se aplicará, en concordancia con la jurisprudencia de esta Corporación, un juicio integrado de igualdad que según ha dicho esta Corte, “combina las ventajas del análisis de proporcionalidad de la tradición europea y de los test de distinta intensidad estadounidenses” y se desarrolla a través de dos etapas, en la primera se debe determinar cuál es el criterio, termino de comparación o tertium

comparationis, para lo cual se requiere de antemano definir si desde la perspectiva fáctica y jurídica la medida analizada configura un tratamiento desigual entre iguales o igual entre desiguales; una vez superada esta etapa y habiendo establecido que en efecto existe un trato diferenciado, viene la segunda etapa del examen, en el que se procede a establecer si desde la perspectiva constitucional dicha diferenciación está justificada o no”.

117 Es importante resaltar que este test ha sido aplicado recientemente por la Corte Constitucional para valorar la constitucionalidad de tratos tributarios diferenciados en las sentencias C-128 de 2018, C-521 de 2019 y C-109 de 2020, entre otras. Este juicio integra dos metodologías de escrutinio. De un lado la “metodología de los escrutinios de distinta intensidad”¹¹⁷ desarrollada por la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de Estados Unidos. De otro, el juicio de proporcionalidad aplicado por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, el Tribunal Constitucional español y el Tribunal Constitucional alemán, el cual está compuesto por los subprincipios de idoneidad, necesidad y proporcionalidad en sentido estricto.

118 Sentencia C-179 de 2016. En relación con el criterio de comparación, en la sentencia C-109 de 2020 la Corte precisó que el juez constitucional debe evitar (i) fijar un criterio de comparación que por su carácter genérico conduce siempre a concluir que los sujetos son comparables lo cual supondría una “profunda limitación del margen de configuración del legislador”; y (ii) emplear “rasgos que por su grado de especificidad conducen siempre a diferenciar,” lo cual podría “afectar la vigencia del mandato de igualdad como expresión básica de justicia”.

119 La Corte Constitucional ha señalado que las personas, grupos y situaciones “pueden siempre tener rasgos comunes y siempre también rasgos diferentes” (C-109 de 2020). Por ello, para determinar si dos grupos de sujetos o categorías son comparables “es necesario examinar su situación a la luz de los fines de la norma” (C-841 de 2003, C-018 de 2018). Cfr. Sentencias C-826 de 2008, reiterada en las sentencias C-002 de 2018, C-240 de 2014, C-886 de 2010.

120 La doctrina de la infrainclusividad (underinclusiveness doctrine) ha sido ampliamente desarrollada por la Corte Suprema de Justicia de los Estados Unidos. Al respecto ver, entre otros: *Vance v. Bradley*, 440 U.S. 93 (1979); y *New York City Transit Auth. v. Beazer*, 440 U.S.

568 (1979).

121 Existe una afectación prima facie al principio de igualdad cuando la norma en principio desconozca cualquiera de los cuatro mandatos (trato idéntico, diferente, similar y diferenciado) que derivan del principio de igualdad.

122 Sentencias C-138 de 2019, C-114 y 115 de 2017 y C-104 de 2016.

123 Ib.

124 Sentencia C-748 de 2019.

125 Sentencia C-521 de 2019.

126 Sentencia C-109 de 2020.

127 Sentencia C-345 de 2019.

128 Ibídem. Ver también la sentencia C-838 de 2013.

129 Posteriormente, la Ley 131 de 1985 y el Decreto 370 de 1991 regularon la prestación voluntaria del servicio militar.

130 Reglamentada por medio del Decreto 2048 de 1993.

132 Mediante la Sentencia C-755 de 2008, la Corte declaró la exequibilidad condicionada del literal que contiene dicha exención (literal g), en el entendido de que “la exención allí establecida se extiende a quienes convivan en unión permanente, de acuerdo con la ley”.

133 Cfr. Sentencias T-113 y C-942 de 2009.

134 Citado en la Sentencia T-792 de 2012.

135 Cfr. Sentencia T-465 de 2012.

136 Cfr. Gacetas 650 de 2015; 189, 900 y 1051 de 2016; 274, 399, 493, 494, 528 y 685 de 2017; y 46 de 2018.

137 Es del caso aclarar que la primera versión del proyecto de ley conservaba la estructura de la Ley 48 de 1993. Cfr. P.L. 101 de 2015, Cámara, y 189 de 2016, Senado (acumulado el P.L. 154 de 2015, Cámara).

138 Gaceta No. 189 de 2016, p. 18.

139 Cfr. Gacetas 189 de 2016 (pp. 2 y 5), 399 de 2017 (p. 2) y 274 de 2017 (p. 2).

140 Cfr. Sentencia C-356 de 2019. Fj. 29.2.

141 Así lo reconoció la Procuraduría General de la Nación en el escrito de intervención (p. 4).

142 Gaceta 189 de 2016, pp. 2 y 18.

143 En su escrito de intervención, la delegada para asuntos constitucionales y legales de la Defensoría del Pueblo manifestó: “[e]n la exposición de motivos de los proyectos acumulados se establece como fundamento el artículo 7° de la Constitución Política, el cual hace referencia al reconocimiento y protección especial de la diversidad étnica y cultural de la Nación, de manera que con tales exoneraciones a la prestación del servicio militar y del pago de la cuota de compensación respecto de los miembros de las comunidades indígenas se pretendía materializar este principio constitucional propio del Estado Social de Derecho” (pp. 15 y 16).

144 Cfr. Sentencia C-748 de 2009.

145 Ley 1861 de 2016, art. 11 y 17 a 28.

146 Ib.

147 Ib. Arts. 18 a 21.

148 Escrito de demanda, p. 29.

149 Ib. p. 32.

150 En la demanda se lee: “La Corte Constitucional ha definido el patrón de comparación

(*tertium comparationis*) como el parámetro común que permite establecer si se está ante situaciones análogas que ameriten el mismo trato, con miras a determinar si un trato es igual o desigual respecto de otro. De acuerdo con esto, la expresión “indígena” utilizada por el legislador en las normas demandadas fija un criterio de comparación respecto de las comunidades NARP. El criterio, que sería la pertenencia a grupos indígenas, supone dar tratamientos distintos a características similares, considerando la identidad y diversidad cultural entre grupos étnicos. Adicionalmente, atendiendo a la excepción etnocultural que se deriva de las expresiones de las normas demandadas, se encuentra que tanto las comunidades y pueblos indígenas como las NARP merecen ser protegidas en su identidad y diversidad étnica y cultural. Por esta razón los supuestos de hecho, es decir, la pertenencia a grupos étnicos con integridad cultural, social y económica, son susceptibles de comparación” (negritas propias). Cfr. Demanda, p. 28.

151 Ib. Cfr. Demanda, p. 28.

152 En ese sentido se pronunciaron la Comisión Colombiana de Juristas, la Conferencia Nacional de Organizaciones Afrocolombianas (CNOA), el Consejo Nacional de Paz Afrocolombiano CONPA), la Defensoría del Pueblo, la Corporación Hileros, las universidades Externado de Colombia y Tecnológica y Tecnológica de Colombia y la Procuraduría General de la Nación.

153 Escrito de demanda, p. 31.

154 Escrito de intervención, p. 13.

155 Escrito de intervención, p. 3.

156 Ib.

157 En ese sentido se pronunciaron William Rivas Torres, Jonathan Andrés Sandoval y Ángela María Robledo

158 Cfr. Sentencia C-109 de 2020.

159 Ib.

160 Ib.

161 Cfr. Sentencias C-471 y C-535 de 2017, C-138 de 2019 y C-109 de 2020.

162 Cfr. Sentencia C-741 de 2003, reiterada en la sentencia C-138 de 2019, y C-109 de 2020.

163 Sentencia C-138 de 2019.

164 Ib.

165 Cfr. Sentencias C-169 de 2001, C-864 de 2008, T-576 de 2014 y C-480 de 2019.

166 Cfr. Fj. 5.2.2.

167 Anales del Congreso. Edición No. 57 del 30 de abril de 1992, p. 3. En el mismo sentido, Edición No. 110 del 26 de junio de 1992 (p. 1), Gaceta No 183 del 2 de diciembre de 1992 (p. 5) y Gaceta 193 del 7 de diciembre de 1992 (p. 5).

168 Cfr. Gaceta 82 del 28 de septiembre de 1992.

169 Ib. p. 10.

170 Gaceta 82 del 28 de septiembre de 1992, p. 9.

171 Ib. pp. 8 a 15.

172 Cfr. Sentencias C-882 de 2011 y T-795 de 2013.

173 Cfr. Sentencia C-058 de 1994.

174 Ib.

175 Ib.

176 Escrito de intervención, p. 2.

177 Cfr. Sentencia C-359 de 2013 (fj. 9.4).

178 Ley 1861 de 2016, art. 11 y 17 a 28.

180 Declaración Americana sobre los Pueblos Indígenas, preámbulo.

181 Escrito de intervención, p. 6.

182 Cfr. Caso de las comunidades afrodescendientes desplazadas de la Cuenca del Río Cacarica (Operación Génesis) Vs. Colombia. Sentencia de excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas del 20 de noviembre de 2013.

183 El artículo 2º, numeral 5º, de la Ley 70 de 1993, define así las comunidades negras: “Es el conjunto de familias de ascendencia afrocolombiana que poseen una cultura propia, comparten una historia y tienen sus propias tradiciones y costumbre dentro de la relación compo-poblado, que revelan y conservan conciencia de identidad que las distinguen de otros grupos étnicos”. Cfr. Corte Constitucional, Sentencia T-422 de 1996.

184 Cfr. Roberto Burgos Cantos. Rutas de libertad. 500 años de travesía. Editorial Universidad Javeriana. Bogotá, 2010.

185

<https://www.dane.gov.co/files/investigaciones/boletines/grupos-etnicos/presentacion-grupos-etnicos-poblacion-NARP-2019.pdf>. Documento consultado por última vez el 7 de octubre de 2021.

186 ONU. CEPAL. Los pueblos indígenas en América Latina. Avances en el último decenio y retos pendientes para la garantía de sus derechos. Santiago de Chile, 2014. Allí se lee: “Ser joven en una comunidad indígena significa asumir roles y funciones culturalmente determinados, tanto en el caso de los hombres como de las mujeres, de manera diferenciada, a partir de los cuales se desprenden ciertos derechos, responsabilidades, habilidades y reconocimiento social”. Cfr. p. 71.

187 Ministerio de Cultura. Afrocolombianos, población con huellas de africanía. Bogotá, 2010. Consultado en:

<https://www.mincultura.gov.co/areas/poblaciones/comunidades-negras-afrocolombianas-raizales-y-palenqueras/Documents/Caracterizaci%C3%B3n%20comunidades%20negras%20y%20afroco>

lombianas.pdf. Última consulta el 8 de octubre de 2021.

188 Cfr. Julián Marín (Fundación Swissaid). Las mujeres en la pesca artesanal. Comunidades negras del Bajo Atrato, departamento del Chocó. Revista Semillas No. 16/17. Bogotá, 2001. Pp. 17-19. Documento disponible en: <https://www.semillas.org.co/apc-aa-files/0ccc57454a31b3c038b4b92d620f7f60/revista-semillas-16-17-2001.pdf>. Última consulta el 31 de octubre de 2021.

189 Eduardo Restrepo. Afrodescendientes y minería: tradicionalidades, conflictos y luchas en el norte del Cauca, Colombia. Revista Vibrant (Virtual Brazilian Anthropology). 2017. Documento disponible para consulta en <https://www.scielo.br/j/vb/a/qBjCdLcprBg6Hc6ZhdCWzzp/?lang=es>. Última consulta el 1 de noviembre de 2021.

190 ONU. Fondo para los Objetivos de Desarrollo Sostenible. Estudio de caso-Colombia. Las comunidades indígenas y afrocolombianas del Chocó promueven su seguridad alimentaria. 2017. Texto disponible en: https://www.sdgfund.org/sites/default/files/case_study_-_colombia_nutricion_-_es.pdf. Última consulta el 8 de noviembre de 2021.

191 Al respecto, se puede consultar <http://patrimonio.mincultura.gov.co/legislacion/Paginas/Gual%C3%ADes,-alabaos-y-levantamientos-de-tumba,-ritos-mortuorios-de-las-comunidades-afro-del-Medio-San-Juan.aspx>. Última consulta el 8 de noviembre de 2021.

192 Rutsely Simarra Obeso y Luis Manuel Marrugo Fruto. Prácticas y saberes ancestrales en torno a la niñez en comunidades afrodescendientes, negras y palenqueras de Bolívar y Sucre. Revista Nodos y Nudos, Vol. 5 (41). Universidad Pedagógica Nacional. Bogotá, 2016. P. 71. Documento disponible para consulta pública en: <https://revistas.pedagogica.edu.co/index.php/NYN/article/view/6711/5483>. Consultado el 6 de noviembre de 2021.

193 Sentencia T-622 de 2016.

194 Ib.

195 Cfr. Sentencia T-153 de 2019.

196 Escrito de intervención, p. 8.

197 Cfr. Kelly Johana Quilcué Vivas. Diagnóstico de la situación actual de la guardia indígena y semilleros de resistencia en las Comunidades y Pueblos Indígenas en Colombia. Universitat Jaume I. Castellón de la Plana. 2019. Disponible para consulta en el siguiente enlace Web: http://repositori.uji.es/xmlui/bitstream/handle/10234/183184/TFM_2019_QuilcueVivas_KellyJh oana.pdf?sequence=1&isAllowed=y. Última consulta el 9 de noviembre de 2021.

198 Cfr. Sentencias T-528 de 2011, T-091 y T-387 de 2013, T-515 de 2017 y T-153 de 2019, entre otras.

199 Cfr. Caso Comunidades indígenas miembros de la asociación Ihaka Honhat (nuestra tierra) vs. Argentina. Sentencia de excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas del 6 de febrero de 2020. Allí se hace el recuento de la jurisprudencia interamericana (num. VII.1).

200 Se demandó la constitucionalidad de la expresión “pueblos indígenas”, contenida en los artículos 1 a 30 de la Ley 691 de 2001, “mediante la cual se reglamenta la participación de los Grupos Étnicos en el sistema General de Seguridad Social en Colombia”. En términos generales, los actores alegaron que las expresiones acusadas violaban el derecho a la igualdad por no incluir a las comunidades NARP.

201 Con todo, en esa ocasión la Corte no encontró violado el principio de igualdad, pues la no extensión de los beneficios de la norma acusada a las otras comunidades étnicas tenía un principio de razón suficiente, dadas las particularidades jurídicas del sistema de salud de las comunidades indígenas, específicamente, la participación de los resguardos indígenas en los ingresos de la Nación destinados a atender los servicios de salud.

202 Se demandó la constitucionalidad del Decreto Ley 1278 de 2002, “[p]or el cual se dicta el Estatuto de Profesionalización Docente”. Para los actores, esta norma desconoce la Constitución Política porque no se refiere a las comunidades NARP. Con todo, solicito que la norma fuera declarada exequible y se aclarara que la misma no les aplica a dichas comunidades, tal y como se decidió con las comunidades indígenas (C-208 de 2007).

203 Sentencia C-208 de 2007.

204 Se demandó la constitucionalidad del párrafo del artículo 7 (parcial) de la Ley 1816 de 2016 “Por la cual se fija el régimen propio del monopolio rentístico de licores destilados, se modifica el impuesto al consumo de licores, vinos, aperitivos y similares, y se dictan otras disposiciones”. Esta norma autorizó a las comunidades indígenas para producir sus bebidas alcohólicas tradicionales y ancestrales. Para los actores, el legislador incurrió en una omisión legislativa al no incluir a las comunidades NARP.

205 Este estándar fue reiterado por la Corte, recientemente, por medio de las sentencias C-043 y C-102 de 2021.

206 Cfr. Escrito de demanda, p. 31 y 32.

208 Cfr. Sentencia C-742 de 2006.

209 Cfr. Sentencia T-011 de 2019.

210 Cfr. Sentencias C-208 de 2007, C-882 de 2011 y T-465 y C-293 de 2012. En la Sentencia C-480 de 2019, la Corte Constitucional recordó que “(...) el derecho a la autonomía tiene tres manifestaciones, a saber]: i) la potestad a intervenir en las decisiones que las afecta como comunidad, ya sea en el estándar de participación, de consulta previa o de consentimiento previo libre e informado; ii) la representación política de los pueblos en el Congreso de la República; y iii) la posibilidad de que se configuren, mantengan o modifiquen las formas de gobierno que permita autodeterminar y autogestionar sus dinámicas sociales, entre ellos resolver sus disputa]. Cabe resaltar que el Estado tiene vedado intervenir en esos espacios y en las decisiones que se derivan de los mismos, pues son barreras que garantizan la autonomía, la identidad y diversidad de los grupos étnicos”.

211 La Corte ha garantizado el derecho al reconocimiento de la identidad y diversidad cultural, por ejemplo, en los siguientes ámbitos: i) la participación política de los miembros de una comunidad; ii) el acceso a la educación superior de un sujeto étnico diverso; ii) la necesidad de respetar y garantizar la jurisdicción especial indígena; iii) la vigencia del autogobierno del colectivo étnico, ya sea para dirigir sus intereses o resolver sus conflictos internos; iv) el diseño e implementación de las políticas y planes que benefician a las

comunidades étnicas diversas; v) el uso y consumo de sustancias psicoactivas que tienen un significado cultural, ancestral y tradicional; vi) la recuperación de patrimonio cultural, arqueológico e histórico; y vii) el registro de marcas por parte de miembros de la sociedad dominante sobre los productos que hacen parte del saber cultural y tradicional de las comunidades étnicas diversas.

212 Cfr. Sentencia C-038 de 2021 (fj. 121).

213 Cfr. Carlos Bernal Pulido. El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales. Universidad El Externado de Colombia. Bogotá. 2014. Al respecto, se resalta lo siguiente: Regla 17. Sobre el proceso sucesivo y escalonado de aplicación de los subprincipios de la proporcionalidad. En primer lugar, el Tribunal Constitucional verifica si la norma legal que interviene en el derecho fundamental es idónea. En caso de no serlo, debe declararla inconstitucional. Si, por el contrario, la norma legal supera las exigencias de este primer subprincipio, debe ser sometida al análisis de necesidad, y si sale airoso, finalmente, el escrutinio de proporcionalidad en sentido estricto. En caso de que la norma legal no supere las exigencias de estos últimos dos subprincipios también debe ser declarada inconstitucional” (p. 874).

214 En el mismo sentido, Cfr. sentencias C-545 de 1994.

215 Demanda, p. 9.

216 Cfr. Sentencias C-208 de 2007, C-461 de 2008, C-615 de 2009, C-915 de 2010, C-641 de 2012 y C-480 de 2019.

217 Sentencia C-352 de 2017, reiterada en la Sentencia C-122 de 2020.

218 Sentencia C-480 de 2019.

219 Cfr. Sentencias C-555 de 1994, C-864 de 2008, C-449 de 2009, C-357 de 2017 y C-329 de 2019.

220 En la Sentencia C-666 de 2016 se desarrolla la línea jurisprudencial sobre la materia.

221 Cfr. Sentencia C-029 de 2021.

222 Escrito de intervención, p. 13.

223 DANE. Población negra, afrocolombiana, raizal y palenquera. Resultados del censo nacional de población y vivienda 2018. Bogotá. 2019. Cfr. Pp. 29 y 30. El texto está disponible en el siguiente vínculo Web: <https://www.dane.gov.co/files/investigaciones/boletines/grupos-etnicos/presentacion-grupos-etnicos-poblacion-NARP-2019.pdf>. Consultado por última vez el 14 de noviembre de 2021.

224 Defensoría del Pueblo. SERVICIO MILITAR OBLIGATORIO EN COLOMBIA: Incorporación, reclutamiento y objeción de conciencia. Bogotá. 2014. Cfr. Pp. 128 y 129. El documento está disponible en: <https://www.defensoria.gov.co/public/pdf/ServicioMilitarObligatorio.pdf>. Consultado el 15 de noviembre de 2021.

225 Sentencia C-433 de 2021. Pág. 22 fund. 73.

226 En efecto, la Sentencia C-093 de 2001, con ponencia del magistrado Alejandro Martínez Caballero, señaló: “... este juicio o test integrado intentaría utilizar las ventajas analíticas de la prueba de proporcionalidad, por lo cual llevaría a cabo los distintos pasos propuestos por ese tipo de examen: adecuación, indispensabilidad y proporcionalidad stricto sensu. Sin embargo, y a diferencia del análisis de proporcionalidad europeo, la práctica constitucional indica que no es apropiado que el escrutinio judicial sea adelantado con el mismo rigor en todos los casos, por lo cual, según la naturaleza de la regulación estudiada, conviene que la Corte proceda a graduar en intensidad cada uno de los distintos pasos del juicio de proporcionalidad, retomando así las ventajas de los tests estadounidenses”.

227 M.P. Manuel José Cepeda Espinosa.

228 M.P. Humberto Antonio Sierra Porto.

229 M.P. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo.

230 M.P. Mauricio González Cuervo.

231 M.P. José Antonio Cepeda Amaris.

232 M.P. Cristina Pardo Schlesinger.

233 M.P. Gloria Stella Ortiz Delgado.

234 M.P. Gloria Stella Ortiz Delgado.

235 M.P. Gloria Stella Ortiz Delgado.

236 M.P. Gloria Stella Ortiz Delgado.

237 Ambas con ponencia de la Magistrada Gloria Stella Ortiz Delgado.

239 Ibid. Esa decisión reitera lo expuesto en la Sentencia C-673 de 2001, M.P. Manuel José Cepeda Espinosa, la Corte enumeró como ejemplos en los que ha aplicado el escrutinio débil o suave “casos que versan exclusivamente sobre materias 1) económicas, 2) tributarias o 3) de política internacional, sin que ello signifique que el contenido de una norma conduzca inevitablemente a un test leve. Por ejemplo, en materia económica una norma que discrimine por razón de la raza o la opinión política sería claramente sospechosa y seguramente el test leve no sería el apropiado. Lo mismo puede decirse, por ejemplo, de una norma contenida en un tratado que afecta derechos fundamentales. [...] Por otra parte, la jurisprudencia de la Corporación ha aplicado igualmente en tres hipótesis más un test leve de razonabilidad de medidas legislativas: 4) cuando está de por medio una competencia específica definida por la Constitución en cabeza de un órgano constitucional; 5) cuando se trata del análisis de una normatividad preconstitucional derogada que aún surte efectos en el presente; y 6) cuando del contexto normativo del artículo demandado no se aprecie prima facie una amenaza para el derecho en cuestión”.

240 Consideraciones tomadas de la Sentencia C-345 de 2019, M.P. Gloria Stella Ortiz Delgado.

241 Sentencia C-372 de 2019, M.P. Gloria Stella Ortiz Delgado.

242 Sentencia C-345 de 2019, M.P. Gloria Stella Ortiz Delgado.

243 Consideraciones tomadas de la Sentencia C-345 de 2019, M.P. Gloria Stella Ortiz Delgado.

244 La sentencia C-345 de 2019, M.P. Gloria Stella Ortiz Delgado, reiteró que lo dispuesto en

la Sentencia C-673 de 2001 M.P. Manuel José Cepeda Espinosa,

245 Sentencia C-433 de 2021. Pág. 32 fund. 94

246 Sentencia C-433 de 2021. Pág. 36 fund. 104.

247 Ibidem. Pág. 38 fund. 112.

248 Ibidem. Pág. 36 fund. 104.

249 Ibidem. Pág. 38 y ss.

250 Sentencia C-433 de 2021, Pág. 45 Fund. 129.

251 Ibidem. Pág. 45 fund. 130.

252 Ibidem. Pág. 46 fund. 132.

253 La sentencia C-345 de 2019, M.P. Gloria Stella Ortiz Delgado, reiteró que lo dispuesto en la Sentencia C-673 de 2001 M.P. Manuel José Cepeda Espinosa,

254 Al respecto, ver el artículo 55 Transitorio de la Constitución.

255 Sentencia C-433 de 2021, Pág. 46 fund. 133.

256 Ibidem.

257 Ibidem.

258 Ibidem. Pág. 54 fund. 158.

259 M.P. Clara Elena Reales.

260 Ibidem. Pág. 56 fund. 163.

261 Ibidem. Pag 56 fund. Fund. 165 y resuelve.

262 Ibidem. Pág. 42 fund. 119.

263 Ibidem. Pág. 43 fund. 121.

264 Artículo 55 Transitorio: “Esta norma dispone que “Dentro de los dos años siguientes a la entrada en vigencia de la presente Constitución, el Congreso expedirá, previo estudio por parte de una comisión especial que el Gobierno creará para tal efecto, una ley que les reconozca a las comunidades negras que han venido ocupando tierras baldías en las zonas rurales ribereñas de los ríos de la Cuenca del Pacífico, de acuerdo con sus prácticas tradicionales de producción, el derecho a la propiedad colectiva sobre las áreas que habrá de demarcar la misma ley”.

265 En efecto, la Sentencia T-955 de 2003 M.P. Álvaro Tafur Galvis explica que, antes de la Constitución del 91, “En el ordenamiento jurídico nacional, el reconocimiento a las comunidades negras del territorio que tradicionalmente han ocupado se remonta a la Ley 31 de 1967, mediante la cual fue incorporado a la legislación nacional el Convenio 107 de 1957 de la OIT, ‘sobre Protección e Integración de las poblaciones indígenas y tribales en los países independientes’ (...) No obstante ningún desarrollo tuvieron los instrumentos internacionales en comento, en materia del reconocimiento de los derechos de las comunidades negras, (...). Empero por falta de desarrollo no se podría argüir inexistencia del derecho de las comunidades negras a la propiedad colectiva, ante la claridad de su reconocimiento”.

266 M.P. Carlos Gaviria Díaz.

267 M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra.

268

<https://mincultura.gov.co/areas/poblaciones/comunidades-negras-afrocolombianas-raizales-y-palenqueras/Documents/Caracterizaci%C3%B3n%20comunidades%20negras%20y%20afrocolombianas.pdf>