

C-480-19

Sentencia C-480/19

DEMANDA DE INCONSTITUCIONALIDAD CONTRA NORMA QUE REGULA MONOPOLIO
RENTISTICO DE LICORES DESTILADOS-Exequible condicionalmente

DEMANDA DE INCONSTITUCIONALIDAD-Competencia de la Corte Constitucional

OMISION LEGISLATIVA-Clases

CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD POR OMISION LEGISLATIVA-Condiciones

OMISION LEGISLATIVA RELATIVA-Jurisprudencia constitucional

PRINCIPIO DE DIVERSIDAD ETNICA Y CULTURAL-Alcance

PRINCIPIO DE IGUALDAD-Dimensiones

PRINCIPIO DE IGUALDAD-Pluralismo y multiculturalidad en el Estado Colombiano

CULTURA-Definición

PATRIMONIO CULTURAL DE LA NACION-Contenido

DERECHO DE LAS COMUNIDADES ETNICAS A LA IDENTIDAD ETNICA Y CULTURAL-Facultades

PRINCIPIO DE PLURALISMO Y DIVERSIDAD ETNICA Y CULTURAL-Autonomía y autogobierno
como una de las manifestaciones de los derechos a la subsistencia e integridad de las
comunidades étnica

En el precedente constitucional vigente, se ha precisado 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 disputas. 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.

CONVENIO 169 DE LA ORGANIZACION INTERNACIONAL DEL TRABAJO-Consulta de etnias

DIVERSIDAD ÉTNICA Y CULTURAL DE LA NACION-Reconocimiento y protección

En definitiva, la Constitución de 1991 tiene el carácter de pluralista y participativo, lo que se traduce en reconocer y respetar las diferentes formas de ver el mundo e interpretar el pasado. Ello se concreta en los principios de diversidad e identidad, que implican el reconocimiento y respeto de toda manifestación cultural de los colectivos étnicos diversos, por ejemplo los saberes ancestrales medicinales así como las tradiciones culturales, dado que se relacionan con las formas de percibir el mundo y la vida. Para garantizar esos ámbitos, la Corte Constitucional ha reconocido un derecho de reconocimiento a la diversidad e identidad cultural, el cual trata de asegurar que las comunidades étnicas ejerzan sus derechos fundamentales de acuerdo con su cosmovisión y tengan la posibilidad autogestionarse. Dicha protección beneficia a todo colectivo étnico, como sucede con los pueblos indígenas, afrodescendientes, raizales, palenqueros, y/o población ROM

DERECHOS DE LAS COMUNIDADES NEGRAS, AFRODESCENDIENTES, RAIZALES, PALENQUERAS, PUEBLOS ROM Y DEMAS GRUPOS ÉTNICOS-Protección constitucional

COMUNIDADES NEGRAS-Marco normativo

PROTECCION CONSTITUCIONAL DE LOS AFROCOLOMBIANOS FRENTE A ACTOS DE DISCRIMINACION RACIAL-Línea jurisprudencial

La Constitución y la jurisprudencia ha concretado los principios de diversidad e identidad en derechos de reconocimiento cultural de las colectividades negras, palenqueras y raizales que pretenden eliminar las discriminaciones y negaciones históricas que han padecido esos colectivos desde la colonia hasta nuestros días. Con base en esas garantías, la Corte Constitucional ha salvaguardado la participación de las comunidades afrocolombianas, la aplicación de acciones afirmativas así como las expresiones culturales, ancestrales y

medicinales entre otras, derivado de su carácter de grupos étnicos, de acuerdo con el artículo 55 transitorio de la Constitución

IDENTIDAD CULTURAL-Extensión a todos los grupos étnicos

NORMA ACUSADA-Contenido y alcance

MONOPOLIO DE LICORES-Excepción

OMISION LEGISLATIVA RELATIVA-Configuración

Referencia: Expediente D-13050

Demanda de inconstitucionalidad contra el 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”

Demandante: Audre Karina Mena Mosquera y Juan Sebastián Cárdenas Londoño.

Magistrado Sustanciador:

ALBERTO ROJAS RÍOS

Bogotá D. C., quince (15) de octubre de dos mil diecinueve (2019).

La Sala Plena de la Corte Constitucional, integrada por los Magistrados Gloria Stella Ortiz Delgado, quien la preside, Carlos Bernal Pulido, Diana Fajardo Rivera, Luis Guillermo Guerrero Pérez, Alejandro Linares Cantillo, Antonio José Lizarazo Ocampo, Cristina Pardo Schlesinger, José Fernando Reyes Cuartas y Alberto Rojas Ríos, en ejercicio de sus atribuciones constitucionales y en cumplimiento de los requisitos y trámites establecidos en el Decreto Ley 2067 de 1991, ha proferido la siguiente

SENTENCIA

I. ANTECEDENTES

En ejercicio de la acción pública consagrada en los artículos 40.6, 241.5 y 242.1 de la

Constitución Política, los ciudadanos Audrey Karina Mena Mosquera y Juan Sebastián Cárdenas Londoño formularon demanda en contra el parágrafo (parcial) del artículo 7 de la Ley 1816 de 2016, por la supuesta vulneración de los artículos 1, 7, 11, 12, 13, 40, 70, 93 y 330 de la Constitución y 55 transitorio superior.

II. NORMA DEMANDADA

A continuación se transcribe la norma demandada, de conformidad con su publicación en el Diario Oficial No. 50.092 del 19 de diciembre de 2016:

“LEY 1816 DE 2016”

(Diciembre 19)

EL CONGRESO LA REPÚBLICA DE COLOMBIA

(...) 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. (...)

(...)

“ARTÍCULO 7o. MONOPOLIO COMO ARBITRIO RENTÍSTICO SOBRE LA PRODUCCIÓN DE LICORES DESTILADOS. Los departamentos ejercerán el monopolio de producción de licores destilados directamente, que incluye la contratación de terceros para la producción de licores destilados y alcohol potable con destino a la fabricación de licores sobre los cuales el departamento contratante ostente la titularidad de la propiedad industrial.

También podrán permitir temporalmente que la producción sea realizada por terceros mediante la suscripción de contratos adjudicados mediante licitación pública, en los términos del artículo 8o de la presente ley.

PARÁGRAFO. Los cabildos indígenas y asociaciones de cabildos indígenas legalmente constituidos y reconocidos por el Ministerio del Interior en virtud de su autonomía constitucional, continuarán la producción de sus bebidas alcohólicas tradicionales y ancestrales para su propio consumo, máxime cuando se empleen en el ejercicio de su

medicina tradicional. Estas prácticas formarán parte de sus usos, costumbres, cosmovisión y derecho mayor.”

III. PROCESO DE ADMISIÓN

1. Por Auto del 8 de febrero de 2019, el Despacho sustanciador admitió de manera parcial la demanda, en lo concerniente a los cargos formulados contra el parágrafo parcial de artículo 7 de la Ley 1816 de 2016, por la presunta vulneración de los artículos 13 y 70 Superiores. Simultáneamente, inadmitió la demanda de inconstitucionalidad dirigida contra la misma norma, por el supuesto quebrantamiento de los artículos 1, 2, 7, 11, 72, 85, 93, 330 Constitucionales y 55 transitorio, dado que no se cumplieron los requisitos para iniciar el juicio de inconstitucionalidad respectivo, y en consecuencia concedió tres (3) días para su corrección.

En la misma providencia se comunicó la iniciación de este proceso de constitucionalidad al Presidente del Senado, al Presidente de la Cámara de Representantes, a los Ministerios de Hacienda y Crédito Público, Ministro de Cultura, a la Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales DIAN y al Instituto Colombiano de Antropología e Historia -ICANH, al Defensor del Pueblo, a la Federación Nacional de Departamentos y a la Asociación de Cabildos Indígenas de Bogotá -ASCAI-, al Movimiento Nacional Afrocolombiano CIMARRON, al Centro de Estudios Afrodescendientes de la Universidad del Rosario, al Instituto de Estudios Étnicos y Campesinos de la Universidad Javeriana para que intervinieran directamente o por intermedio de apoderado escogido para el efecto, mediante escrito que deberán presentar dentro de los diez (10) días siguientes al recibo de la comunicación respectiva, indicando las razones que, en su criterio, justifican la constitucionalidad o inconstitucionalidad de la norma demandada.

2. El 14 de febrero de 2019, los demandantes entregaron el escrito de corrección de cargos de la demanda de inconstitucionalidad por los artículos 1, 2, 7, 93 y 55 transitorio de la Carta Política. Más adelante, en auto del 13 de marzo de 2019, el Magistrado Sustanciador admitió la demanda formulada en contra de la normada cuestionada por el artículo 7 Superior. Así mismo, rechazó el libelo frente a los cargos que se justificaron en el desconocimiento de los artículos 1, 2, 11, 72, 85, 93, 330 y 55 transitorio superiores, debido a que no fueron observadas las condiciones señaladas en el auto de inadmisión de la

demanda a efectos de corrección de la misma.

IV. CARGOS DE LA DEMANDA

Los demandantes consideran que las expresiones acusadas son inconstitucionales por el hecho de excluir a las comunidades negras, palenqueras, raizales y a sus miembros de los beneficios y derechos para la producción de bebidas alcohólicas tradicionales y ancestrales para su propio consumo y para el ejercicio de la medicina tradicional como parte de los usos, costumbres y cosmovisiones.

Agregan que las mismas expresiones vulneran el derecho a la igualdad, los derechos culturales de las comunidades afrodescendientes a la identidad cultural, la integridad cultural y social, la autonomía, la participación en las decisiones que les conciernen y la existencia de los integrantes de las comunidades. Consideran que la norma parcialmente demandada consagra beneficios para algunos cabildos, por lo que se trata de una medida que yerra en la delimitación del grupo beneficiario por cuanto lo restringe excesivamente, dejando por fuera a una población que se encuentra en idéntica situación que aquella considerada beneficiaria por la norma acusada.

En concepto de los actores, los apartes demandados configuran una omisión legislativa relativa, por cuanto implican la exclusión de las comunidades negras, raizales y palenqueras respecto de continuar la producción de sus bebidas alcohólicas tradicionales y ancestrales para su propio consumo, máxime cuando se empleen en el ejercicio de su medicina tradicional como parte de sus usos, costumbres y cosmovisión. Agregan que la exclusión de estas comunidades también significa la violación de sus derechos a la participación en las decisiones que les afectan, por cuanto les impiden actuar en áreas que son propias de su cultura.

En suma los actores sostienen que “el cargo fundamental elevado contra las expresiones acusadas de la Ley 1816 de 2016 consiste en que las mismas vulneran el derecho a la igualdad (arts. 13 y 70 de la C.P.) de las comunidades negras, afrocolombianas, raizales y palenqueras” en tanto la disposición solo se refiere a los cabildos indígenas. Que el apartado demandado incorpora una medida constitucionalmente importante, esto es la protección de la diversidad étnica y cultural de minorías étnicamente frágiles y tradicionalmente marginadas, y que por ello no es plausible delimitar el grupo

exclusivamente en favor de los indígenas, sin incorporar a las comunidades afro, raizales y palenqueras que están en idéntica situación que la población beneficiaria, en lo relacionado con los beneficios establecidos en el parágrafo del artículo 7 de la Ley 1816 de 2016.

Aseguran que aun cuando los cabildos indígenas cuentan con unas particularidades, como lo son una jurisdicción especial, el tratamiento de los resguardos como entidades territoriales especiales, lo cierto es que la posibilidad de producir bebidas alcohólicas tradicionales y ancestrales para el propio consumo y para emplearla en la medicina tradicional, al ser parte de los usos, costumbres, cosmovisión y derecho mayor, no es exclusivo de aquellos, sino de las comunidades étnicas diferenciadas, de allí que no puedan ser excluidos de lo señalado en la disposición.

En ese sentido, apuntan que no son solo sujetos comparables, sino que la distinción no es admisible desde el punto de vista constitucional, dado que genera una restricción en su perjuicio, sin que medie ningún tipo de justificación y luego sostienen que, es por efecto de la desigualdad que se vulneran otros preceptos constitucionales, como los de identidad e integridad cultural “ya que impide que las comunidades negras, raizales y palenqueras participen en la toma de decisiones tan relevantes para sus comunidades y para su cultura como lo es la preservación y protección de las innovaciones usos y prácticas de producción tradicional de bebidas alcohólicas tradicionales, que en la mayoría de los casos está asociada con el manejo sostenible de la diversidad en recursos naturales, dentro de los territorios étnicos colectivos”.

Piden que se declare inexecutable las expresiones acusadas, debido a que incurren en una omisión legislativa relativa. Advierten que esos vocablos sólo son constitucionales en el sentido que los beneficios y derechos para producir bebidas alcohólicas tradicionales y ancestrales para su propio consumo y en el ejercicio de su medicina tradicional como parte de sus usos, costumbres y cosmovisiones, también integran la norma demandada. Por ello, solicitan que las expresiones censuradas sean declaradas exequibles en forma condicionada, bajo el entendido que su texto también comprende las expresiones comunidades negras, palenqueras, raizales y a sus miembros.

V. INTERVENCIONES

A continuación se sintetizan los escritos de las entidades que rindieron concepto en el

presente proceso de constitucionalidad.

1. Instituciones Públicas

1.1. Ministerio del Interior

Sandra Jeanette Faura Vargas, jefe de la oficina asesora jurídica del Ministerio del Interior, solicitó que se declare la exequilibilidad condicionada del parágrafo del artículo 7 bajo el entendido de que esta disposición incluye a las comunidades negras o afrodescendientes, raizales y palenqueras. Señaló que se configuró una omisión legislativa relativa como había explicado la demanda:

1. La censura recae sobre una disposición expresa, que se encuentra en el artículo 7 de la Ley 1816 de 2016 y que reconoce a las comunidades indígenas la facultad de producir licores que tienen un significado cultural, pese a los monopolios rentísticos de las entidades territoriales locales. Dicha potestad no se atribuye a las comunidades negras, raizales y palenqueas.
2. Las normas de protección de diversidad cultural y de reconocimiento de la autonomía de las comunidades étnicas diversas contemplan el deber de desarrollar los espacios de vida de esos colectivos, entre los que se encuentran la medicina tradicional y conocimiento ancestrales de botánica aplicables para la salud.
3. El legislador omitió tal obligación, sin que mediara motivo razonable y sin advertir que las comunidades indígenas se encuentran en la misma situación que las negras, raizales y palenqueras, pues son titulares del derecho a la autonomía.
4. La conducta omisiva propició una desigualdad de trato injustificada entre las comunidades indígenas y las afrocolombianas, porque no están sujetas a las consecuencias previstas por la norma a pesar de que se encuentran en las mismas circunstancias fácticas y jurídicas.

En definitiva concluyó que la omisión legislativa denunciada vulnera el derecho a la igualdad de las comunidades negras, raizales y palenqueras, al punto que constituye un trato discriminatorio frente a los cabildos indígenas.

1.2. Cámara de Representantes

La Cámara de representantes intervino a través de la señora María del Carmen Jiménez Ramírez, Jefe de la División Jurídica de la Entidad y Apoderada de esa corporación. Indicó que no emitiría concepto alguno sobre la constitucionalidad de la norma por respeto a la división de poderes, de modo que recomendó a la Corte Constitucional realizar el control respectivo. Sin embargo, reseñó el trámite legislativo que había tenido el proyecto la Ley 1816 de 2016 y el parágrafo del artículo 7. Al respecto, mencionó que la norma demandada fue incluida en el estatuto en comentario en el segundo debate en la plenaria de la Cámara.

2. Instituciones de Educación Superior

2.1. Universidad Del Pacífico

Dagoberto Riascos Micolta, Rector de la Universidad del Pacífico, consideró que la norma demandada quebranta los artículos 7 y 13 de la Constitución, debido a que no estableció una protección para el saber cultural de las comunidades negras del Pacífico colombiano, representado en el Viche/Biche. Recordó que la protección de esos productos es una materialización de la autonomía y los principios de diversidad cultural que otorga el ordenamiento superior a las comunidades étnicas diversas, pues son prácticas ancestrales y tradicionales que han hecho parte de los centros productivos de consumo, y concepción de vida de los territorios de esos colectivo a los largo de siglos. En ese contexto, solicitaron aceptar la pretensión de la demanda, que consiste en declarar inexecutable las expresiones demandadas, y en subsidió condicionarlas a que incluyen a las colectividades afrocolombianas, palenqueras y raizales.

Insistió que negar que el Viche es un activo cultural de la comunidad negra entraña una discriminación y es una muestra que Colombia debe seguir avanzando hacia un reconocimiento de los diversos saberes.

2.2. . Universidad Nacional de Colombia

En representación de la Universidad Nacional de Colombia, el profesor Camilo Alberto Borrero García, solicitó a la Corte que expidiera una sentencia integradora y declarara

exequible la norma bajo el entendido de que todas las comunidades étnicas protegidas por la Constitución tengan el derecho de continuar con la producción de bebidas alcohólicas tradicionales y ancestrales para su consumo, máxime cuando se empleen para medicina tradicional.

El artículo 7 de la Ley 1816 de 2016 consagra una discriminación en contra dos grupos, a saber: i) otras formas de organización de los pueblos indígenas distintas de los cabildos o asociaciones de cabildos, los cuales son titulares del principio de autonomía; y ii) diferentes grupos étnicos, como son los negros o afrodescendientes, raizales, palenqueros y pueblo Rrom. Por ende, indicó que ese trato discriminatorio se convirtió en una omisión legislativa relativa por los siguientes parámetros:

1. Existe una norma que excluye de los beneficios de producción de licores ancestrales a las comunidades indígenas que no están organizadas en cabildos o en asociaciones de los mismos. Lo propio sucede con otras comunidades étnicas constitucionalmente protegidas;
2. La disposición exceptúa de sus consecuencias jurídicas a las comunidades mencionadas, las cuales también producen bebidas alcohólicas en el marco de usos ancestrales y de medicina tradicional, como los sujetos beneficiados por el demandado artículo 7 de la Ley 1816 de 2016;
3. La exclusión carece de sustento en el principio de razón suficiente, al punto que no se justifica;
4. Por tanto, se produce una desigualdad negativa frente a los casos amparados por la norma que implica una discriminación; y
5. La omisión legislativa es el resultado del incumplimiento del deber de igualdad, el cual es impuesto por el Constituyente al legislador. [1]

2.3. Grupo De Acciones Públicas Universidad Del Rosario

Los estudiantes Camilo Zuluaga Hoyos, Esteban Guerrero Álvarez, Juan Manuel Montoya Quintero y Daniel Alejandro Orobio Hurtado, miembros del grupo de Acciones Publicas envían una intervención en el presente asunto. Al respecto, solicitaron la declaratoria de la exequibilidad condicionada del parágrafo del artículo 7 de la Ley 1816 de 2016, bajo el entendido que la norma demandada no debe ser aplicable solo a los cabildos indígenas, sino también a las comunidades de afrodescendientes, raizales y palanqueras. Lo anterior, en razón de que todo grupo étnico goza de condiciones de igualdad y de la misma protección constitucional, por lo que no es factible el establecimiento de condiciones

diferenciados entre unos y otros.

La norma demandada establece un trato diferenciado, dado que otorga un trato privilegiado a las comunidades indígenas por encima de las colectividades negras, raizales y palenqueras, lo que se traduce en una vulneración del derecho a la igualdad, sin que exista una razón válida para ello. Además, significó desconocer el mandato constitucional de garantizar todas las manifestaciones culturales.

Señalaron que la exclusión de las comunidades negras del beneficio regulado en la Ley 1816 de 2016 trae las siguientes consecuencias negativas: i) el uso de las bebidas alcohólicas tradicionales depende de una autorización y estarían sujetas a declaratoria de ilegalidad; ii) la producción posterior se supedita a un permiso, pues tiene plazo; y iii) las autoridades de policía pueden perseguir y destruir esos productos.

En caso de que la Corte no declare la exequibilidad condicionada, solicitaron que se exhortara al Congreso de la República para que regule el régimen de producción de bebidas artesanales apropiadamente en aras de garantizar la protección de la identidad cultural y étnica de estas comunidades.

2.4. Universidad Santo Tomás

Los profesores Alejandro Gómez Jaramillo (decano) y Carlos Rodríguez Mejía intervinieron en nombre de la Universidad Santo Tomás. Sobre el particular, aseveraron que se había configurado una omisión legislativa relativa, al no incluir a las comunidades negras o afrodescendientes, palenqueras y raizales. Para sustentar su postura, la institución de educación superior indicó que las comunidades afrocolombianas son minorías étnicas que deben ser destinatarias de la permisión que establece la norma, pues regula un aspecto cultural que incumbe a ese colectivo. Por tanto, se establece una clasificación restringida que impide a los grupos palenqueros, afros y raizales desarrollar su saber ancestral y cultural con sus bebidas tradicionales.

2.5. Universidad Externado de Colombia

Filipo Ernesto Burgos Guzmán, docente de la Universidad Externado de Colombia, solicitó a la Corte Constitucional declarar la exequibilidad condicionada del artículo 7 de la Ley 1816

de 2016, en tanto se entienda que las comunidades negras, raizales y palenqueras se encuentran cobijadas por dicha proposición normativa. El enunciado legal no debe reducirse a las comunidades indígenas, pues los grupos conformados por población raizal, palenquera y afrocolombiana tienen los mismos derechos que los colectivos beneficiados por la norma.

Reseñó que las bebidas alcohólicas de las comunidades negras, por ejemplo el biche/viche, es una manifestación cultural como sucede con

La chicha, licor de herencia prehispánica que se produce por las comunidades indígenas de la región central de Colombia. Lo propio sucede con el guarapo, el cual se elabora desde la época colonial. En la realidad cultural colombiana, ese fenómeno es una muestra de que los pueblos de nuestro país producen y consumen bebidas alcohólicas de forma tradicional y ancestral. Por tanto, no hay razón para excluir a las comunidades negras, palenqueras y afrodescendiente de ese beneficio.

Finalmente, precisó que los cabildos son instituciones organizativas de las colectividades indígenas, empero no son la única forma en que se pueden asociar tales grupos. La Constitución reconoce que las comunidades tienen la libertad de escoger su forma de autogobierno. Dicha opción se extiende a los Consejo Comunitarios por disposición de la Ley 70 de 1993. Además, resaltó que el objetivo de la norma es establecer una protección a la identidad y diversidad cultural.

2.6. Universidad de Antioquía

Luquegi Gil Neira, decano y representante de la Universidad de Antioquia, estimó que la Corte Constitucional debería declarar la exequibilidad condicionada de la disposición censurada, bajo el entendido de que la norma demandada debería también incluir a las comunidades afrodescendientes.

Soporta su petición en advertir que el artículo 7 de la Ley 1816 de 2016 vulnera los artículos 13 y 70 de la Constitución Política, pues desconoce que las comunidades afrodescendientes cuentan con una similar protección constitucional que las comunidades indígenas, en cuanto a su autonomía y a la autodeterminación de su cultura y costumbres. La norma censurada contiene una discriminación sin fundamento, al soslayar que el uso de las

bebidas ancestrales tiene el mismo fin en los sujetos comparados. A su vez, la medida desconoce los derechos adquiridos de las comunidades afro, ya que existe una prohibición a la fabricación de las bebidas alcohólicas que han sido producidos por este grupo a lo largo de los años.

En definitiva este párrafo quebranta el artículo 70 de la Constitución, en razón de que no permite el desarrollo de la cultura y la tradición afrodescendiente en igualdad de oportunidades que los colectivos indígenas.

3. Intervenciones ciudadanas y fundaciones

3.1. Colectivo Destila Patrimonio

Ana del Pilar Copete Álvarez interviene en calidad de ciudadana colombiana y miembro del Colectivo Destila Patrimonio. Apoyó la petición de los demandantes, de manera que solicitó la declaratoria de inconstitucionalidad del párrafo del artículo 7 de la Ley 1816 de 2016, en cuanto deja sin protección las tradiciones ancestrales y tradicionales de las comunidades negras del país.

Este alegato se basa en que la exclusión de las comunidades negras del párrafo del artículo 7 de la Ley 1816 de 2016 constituye un acto de discriminación que vulnera los derechos constitucionales (diversidad étnica y cultural, igualdad y dignidad) de estos grupos, situación que pone en riesgo la práctica cultural de producción de licores con significado ancestral, al catalogarla como algo que está prohibido. Resaltó que las comunidades negras emplean ese tipo de bebidas para desarrollar sus prácticas ancestrales y tradicionales, dado que lleva inmerso el simbolismo y prácticas espirituales, medicinales, y de relacionamiento entre sí y su entorno. En el caso concreto, referenciaron que el Ministerio de Cultura entregó a las parteras y parteros del Litoral Pacífico la resolución que los incluía en la Lista Representativa del Patrimonio Cultural Inmaterial de la Nación colombiana. Dichos sujetos usan el viche como medicina tradicional, por lo que queda demostrado el carácter ancestral de esos licores.

Agregó que, sin esa salvaguarda, la producción de estas bebidas es considerada ilegal, por lo que se corre con el peligro de que se detenga la elaboración de la misma, pues sería sancionada su venta y distribución. Ese escenario se agrava si se tiene en cuenta que dicha

actividad es una fuente de ingresos de las familias del pacífico colombiano. Ello también dificulta la conservación de las tradiciones, dado que desalienta la realización de estas bebidas, al punto que caen en el olvido

3.2. Fundación Sociedad Portuaria Buenaventura “Fabio Grisales Bejarano”

El señor Andrés Ramírez Urbano, representante legal de la Fundación Sociedad Portuaria Regional de Buenaventura “Fabio Grisales Bejarano”, pidió que el parágrafo del artículo 7 de la Ley 1816 de 2016 fuese declarado inexecutable, en cuanto viola el principio de igualdad consagrado en los artículos 13 y 70 de la Constitución colombiana. Lo anterior, en razón de que el legislador había incurrido en una omisión legislativa relativa, al no incluir a las comunidades negras, afrodescendiente, raizales y palenqueras en la autorización para producir bebidas alcohólicas que poseen significados culturales, facultad que sí tiene las colectividades indígenas.

Advirtió que dicha ausencia desconoce la identidad cultural de las comunidades negras, por lo que sus reclamos de protección de las prácticas tradicionales son válidos. Referenció que el “Viche” es un tipo de bebida que hace parte de la tradición cultural, medicinal y ancestral de la colectividad afrodescendientes del pacífico colombiano. Sin embargo, a lo largo de la historia, ese líquido ha sido prohibido y ocultado por las autoridades y la cultura mayoritaria.

Inclusive, indicó que la falta de protección de esos productos se ha materializado en expropiación del saber tradicional de los grupos étnicos diversos compuestos por población negra. Ello ha sucedido a través de registros comerciales y sanitarios de los productos tradicionales, como el “arrechón”, el “pipilongo” y el “viche curado” a favor de empresas privadas, reconocimiento legal que apareja la prohibición de producir artesanalmente dichas bebidas.

La protección de este patrimonio es un primer paso para asegurar la reproducción del saber hacer o elaborar esas bebidas, de manera que llegue a las futuras generaciones, lo que se traduce en el desarrollo y la supervivencia de las tradiciones de las comunidades negras del pacífico.

3.3. Fundación social para la productividad “FUNDAPRODUCTIVIDAD”

Karen Valverde y Lucía Solís, en representación de FUNDAPRODUCTIVIDAD, aseveran que la norma demandada sienta una discriminación, al crear una excepción para los cabildos indígenas y asociaciones indígenas legalmente constituidos en la prohibición de producción de los licores ancestrales y tradicionales, porque esa permisión no está prevista para las comunidades negras, quienes poseen la misma protección cultural. Agregaron que el Viche/Biche es un ejemplo de ese tipo de bebidas, pues en ese producto se intersectan aspectos culturales, territoriales, medicinales y espirituales de las colectividades del pacífico colombiano. Por ende, exhortaron a las instancias de orden nacional, departamental y municipal para que protejan los derechos que entrañan la producción del licor ancestral y tradicional mencionado. En ese contexto, solicitó declarar exequible condicionado las expresiones censuradas en el entendido de que comprenda a las colectividades afrocolombianas, palenqueras y raizales.

3.4. Asociación de parteras unidas del Pacífico “ASOPARUPA”

La Asociación de parteras unidas del Pacífico “ASOPARUPA”, reconocida con Resolución de aprobación No 0129 del 31 octubre de 2007 del Ministerio del Interior y Justicia, informó que tenía una experiencia de más de 30 años en la asistencia de partos con el uso del viche/biche como práctica ancestral medicinal. A su vez, consideran que ninguna autoridad Administrativa o judicial puede sentar un principio de distinción discriminatorio que falta al derecho de igualdad entre comunidades étnicas reconocidas constitucionalmente.

Así mismo, indicaron que el Viche/Biche es un destilado de caña que hace parte de una práctica tradicional y ancestral. En lo demás, reiteró los argumentos expuestos por FUNDAPRODUCTIVIDAD en su intervención.

En tal virtud, pidieron condicionar la constitucionalidad del párrafo demandando del artículo 7 de la Ley 1816 de 2019 con el fin de que las colectividades afrocolombianas, palenqueras y raizales continúen la producción de licores con contenido ancestral.

3.5. Fundación de Activos Culturales AFRO-ACUA

Nubia Carolina Córdoba Curi, abogada y representante legal de la Fundación Activos Culturales Afro, solicitó a esta Corporación que fueran acogidas las peticiones de los demandantes, debido a que las bebidas alcohólicas, como el Viche, poseen una gran

importancia cultural, territorial y medicinal para las comunidades afrosdescendientes.

La Constitución Política de 1991 reconoce los derechos culturales y sociales de las comunidades negras, entre ellos la autonomía, la participación y la consulta previa. Así mismo, el Convenio 169 de la OIT profundizó esos derechos, debido a que salvaguardó sus garantías sociales, culturales y ancestrales. Indicó que un pronunciamiento a favor de las comunidades negras frente a la autorización de sus productos y saberes tradicionales es de gran importancia para la pervivencia de su ethos y la garantía de sus derechos mencionados.

Además, el derecho de autonomía se ve cobijado por la Ley 70 de 1993, norma que estipula el reconocimiento y protección de la diversidad étnica y cultural y el derecho a la igualdad de todas las culturas que conforman la nacionalidad colombiana, en el marco del respeto y la dignidad de la vida cultural de las comunidades negras y la participación de las mismas en su organización conforme con la igualdad dada por la ley. Indicó que el presente caso es una discriminación, pues se le dan derechos a las comunidades indígenas que a su vez se les niegan a las comunidades negras, raizales y palenqueras.

La omisión del legislador en reconocer esa identidad cultural de las comunidades afrodescendientes es contraria a la igualdad e implica una persecución y destrucción de los saberes ancestrales y tradicionales que hacen parte de la misma esencia del pueblo negro de Colombia.

3.6. Federación Nacional De Departamentos

Carlos Camargo Assís, director ejecutivo de la Federación Nacional de Departamento, manifestó que era innecesaria su intervención en este proceso, pues no tiene incidencia en los intereses de los Municipios y Departamentos respecto del monopolio rentístico.

VI. CONCEPTO DEL PROCURADOR GENERAL DE LA NACIÓN

Mediante concepto número 006571 del 3 de mayo de 2019, el Procurador General de la Nación solicitó que se declarara exequible las expresiones “cabildos indígenas” y “de cabildos indígenas”, contenidas en el parágrafo del artículo 7 de la Ley 1816 de 2016, bajo el entendido de que estas expresiones incluyen a las comunidades negras, afrocolombianas,

raizales y palenqueras, por lo que debe concederse la autorización para producir bebidas alcohólicas tradicionales y ancestrales de consumo propio. En el caso sub-judice, el Ministerio Público sostuvo que se configuraba una omisión legislativa relativa, porque se cumplen las exigencias fijadas por parte de la jurisprudencia Constitucional, a saber[2]:

1. La existencia de una norma frente a la cual se predica la omisión, esto es, el parágrafo del artículo 7 de la Ley 1816 de 2016, que autoriza a los cabildos indígenas y asociaciones de cabildos para producir sus bebidas alcohólicas, permisión que no ostentan las colectividades afrocolombianas.

2. la disposición excluye de sus consecuencias jurídicas a las comunidades negras, raizales y palenqueras, colectividades que son asimilables a las colectividades indígenas, dado que tienen una diversidad cultural que se expresa mediante sus bebidas tradicionales y ancestrales como sucede con ese tipo de colectivo étnico diverso.

3. La exclusión carece de sustento en el principio de razón suficiente que la justifique, dado que no existe una razón constitucional admisible para sustraer las comunidades negras de la autorización para producir licores ancestrales y tradicionales. El legislador nunca formuló razón alguna para justificar esa decisión.

4. La norma demandada solamente autorizó a las comunidades indígenas para continuar produciendo sus bebidas alcohólicas tradicionales y ancestrales, pues se trata de sus usos, costumbre y cosmovisión. Esa situación genera una desigualdad negativa para las comunidades negras, afroamericanas, raizales y palenqueras, porque ellas también tienen aspectos culturales que proteger y se encuentran respaldadas por los principios de pluralismo jurídico.

5. La omisión legislativa es el resultado del incumplimiento de un deber específico impuesto por el Constituyente al legislador, consagrado en los principios 13 y 7 de la Constitución. Las comunidades negras, afrocolombianas, raizales y palenqueras tienen el derecho a la igualdad material y el principio de diversidad étnica y cultural, mereciendo un tratamiento igualitario, respecto a las comunidades indígenas, con el fin de preservar su cosmovisión.

VII. CONSIDERACIONES

1. Competencia

La Corte Constitucional es competente para pronunciarse sobre la demanda de inconstitucionalidad formulada contra el párrafo parcial del artículo 7 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”, de conformidad con el numeral 5º del artículo 241 de la Constitución Política.

2. Problema jurídico y metodología de resolución

2.1. Los ciudadanos aseveraron que las expresiones acusadas son inconstitucionales por el hecho de excluir a las comunidades negras, palenqueras, raizales y a sus miembros de los beneficios y derechos para la producción de bebidas alcohólicas tradicionales y ancestrales para propio consumo y para el ejercicio de la medicina tradicional como parte de los usos, costumbres y cosmovisiones. En consecuencia, pidieron que las expresiones censuradas fuesen declaradas exequibles en forma condicionada, bajo el entendido de que su texto también comprende las expresiones de las comunidades negras, palenqueras, raizales y a sus miembros

2.2. La totalidad de los intervinientes estimaron que restringir a las comunidades indígenas la autorización para producir licores destilados, que tienen una connotación espiritual, cultural, ancestral o tradicional, constituyó una vulneración de los artículos 7, 13 y 70 de Constitución, porque implicó la exclusión de las colectividades negras, raizales y palenqueras de ese beneficio, quienes comparten aspectos de identidad y diversidad cultural similares a la que tienen los sujetos destinatarios del párrafo del artículo 7º de la Ley 1816 de 2016. Por tanto, los pueblos afrocolombianos deberían poder utilizar las bebidas alcohólicas, en razón de que poseen usos medicinales, culturales, ancestrales, tradiciones o espirituales.

2.3. Sin embargo, pese a la mencionada unanimidad, existe una divergencia en torno al alcance de la decisión que deberá adoptar la Corte Constitucional, de manera que unos intervinientes pidieron la inexequibilidad de las expresiones demandadas; mientras otros solicitaron la exequibilidad condicionada de las mismas.

En la primera posición, se encuentran la Universidad del Pacífico y la Fundación Sociedad Portuaria Buenaventura “Fabio Grisales Bejarano”, quienes aseveran que la norma quebranta el principio de la igualdad y deja sin protección cultural alguna a las comunidades negras.

En la segunda postura, se hallan las Universidades Nacional de Colombia, Externado de Colombia, Santo Tomás y Rosario, al igual que el Ministerio del Interior y de Justicia, la Vista Fiscal, y las organizaciones FUNDAPRODUCTIVIDAD, ASOPARUPA, Colectivo Destila Patrimonio, AFRO-ACUA, que solicitaron la exequibilidad condicionada de las expresiones “cabildos indígenas” y “asociaciones de cabildos indígenas”, en el entendido de que las comunidades negras, raizales y palenqueras se encuentran incluidas bajo la permisión regulada en el párrafo del artículo 7 de la Ley 1816 de 2016. Lo anterior, en razón de que el legislador incurrió en una omisión legislativa, al excluir a los colectivos mencionados de la permisión consignada en la norma referida, sin justificación alguna. Indicaron que los colectivos objeto de contraste poseen una identidad cultural que se representa en la producción de licores para uso medicinal, ancestral y tradicional.

2.4. De conformidad con el debate planteado por los demandantes y los intervinientes en este juicio, corresponde a la Corte resolver el siguiente problema jurídico: ¿las expresiones “cabildos indígenas” y “asociaciones de cabildos indígenas”, contenidas en el párrafo del artículo 7 de la Ley 1816 de 2016 quebrantan los artículos 7, 13 y 70 de la Constitución, porque no incluyeron a las comunidades negras, palenqueras y raizales en la posibilidad de continuar con la producción de bebidas alcohólicas tradicionales, ancestrales y medicinales, omisión que, según los actores, desconoce que las colectividades afrodescendientes también poseen una identidad y diversidad cultural similar a la que tienen los pueblos indígenas?

En este punto, aclara que no se estudiarán las censuras que expusieron dos intervinientes en relación con la presunta omisión legislativa de las expresiones atacadas frente a las demás estructuras organizativas indígenas y la población Rrom, porque no fueron objeto de la demanda, ni componen el concepto de violación de la misma. Ese más, ese cuestionamiento implica una carga argumentativa particular que jamás se formuló en el proceso por parte de los actores. Abordar esos escenarios implicaría superar y modificar el cargo de la demanda, pues los sujetos comparados y/o el elemento que se denuncia como

omitido por el legislador es otro totalmente diferente.

2.5. Para resolver ese interrogante de derecho, la Sala adoptará la siguiente metodología: (i) esbozará la jurisprudencia constitucional sobre las omisiones legislativas y las condiciones para su configuración; (ii) precisará el alcance de los principios de diversidad e identidad étnica y cultural de la Nación; y iii) delimitará los derechos de reconocimiento y protección de la diversidad cultural de las comunidades negras, raizales y palenqueras; y iv) resolverá el cargo de la demanda.

Jurisprudencia constitucional sobre la omisión legislativa relativa.

3. Con base en el concepto de la democracia constitucional, la jurisprudencia de la Corte ha advertido que no puede existir ningún acto de una autoridad sin control, por lo que ha realizado un escrutinio sobre las acciones y las omisiones del legislador[3]. Las segundas hipótesis se definen como “todo tipo de abstención del legislador de disponer lo prescrito por la Constitución”[4]. Se trata de un incumplimiento de la obligación de legislar que impuso el Constituyente al Congreso en una norma de rango superior. Entonces, como presupuesto de una omisión legislativa es indispensable la existencia de un deber, pues sin éste no puede presentarse la “no acción”.

3.1. En múltiples casos se ha advertido que las omisiones son de dos tipos[5], a saber: i) absoluta, que ocurre cuando nunca se emite proposición jurídica alguna encaminada a ejecutar el deber concreto que ha sido impuesto por la Constitución; y ii) relativa, que se presenta en el evento en que la regulación proferida para cumplir el deber superior favorece a ciertos grupos en perjuicio de otros, excluye a una grupo de ciudadanos mientras se conceden beneficios al resto y la normatividad soslaya delimitar una condición o un elemento que, según la Carta Política, sería una condición esencial para respetar la supremacía constitucional.

Esa distinción es importante para identificar cuándo debe ejercerse el control constitucional. Así, en i) no es posible realizar escrutinio alguno, puesto que es inexistente el objeto sobre el que debe recaer el análisis. En contraste, en ii) es viable que la Corte Constitucional inicie un juicio de validez, dado que se encuentra ante la necesidad de proteger los derechos de igualdad o de defensa[6].

“(i) Exista una norma sobre la cual se predique necesariamente el cargo y que ‘(a) excluya de sus consecuencias jurídicas aquellos casos equivalentes o asimilables o, en su defecto, (b) que no incluya determinado elemento o ingrediente normativo’[7].

(ii) ‘Exista un deber específico impuesto directamente por el Constituyente al legislador que resulta omitido, ‘por (a) los casos excluidos o (b) por la no inclusión del elemento o ingrediente normativo del que carece la norma’. Esto, por cuanto solo se configura la omisión legislativa relativa siempre que el legislador desconozca una concreta “obligación de hacer” prevista por la Constitución Política.

(iii) La exclusión o la no inclusión de los casos o ingredientes carezca de un principio de razón suficiente. Esto implica verificar “si el Legislador, cuando desconoció el deber, contó con una razón suficiente, esto es, que el hecho de omitir algún elemento al momento de proferir la norma no hizo parte de un ejercicio caprichoso, sino, por el contrario, ello estuvo fundado en causas claras y precisas que lo llevaron a considerar la necesidad de obviar el aspecto echado de menos por los demandantes”[8].

(iv) En los casos de exclusión o no inclusión, la falta de justificación y objetividad genere una desigualdad negativa frente a los que se encuentran amparados por las consecuencias de la norma. Este presupuesto es aplicable solo en aquellos casos en que se afecte el principio de igualdad, es decir, “cuando la norma incompleta se evidencia discriminatoria al no contemplar todas las situaciones idénticas a la regulada, o, dicho en otras palabras, cuando no se extiende un determinado régimen legal a una hipótesis material semejante a la que termina por ser única beneficiaria del mismo”[9]. Para estos efectos, según la jurisprudencia constitucional, es necesario verificar la razonabilidad de la diferencia de trato, esto es, valorar “a) si los supuestos de hecho en que se encuentran los sujetos excluidos del contenido normativo son asimilables a aquellos en que se hallan quienes sí fueron incluidos, y, b) si adoptar ese tratamiento distinto deviene necesario y proporcionado con miras a obtener un fin legítimo”[10].

3.3. Después de verificar los presupuestos señalados, el juez constitucional es el encargado de subsanar esa laguna axiológica[11] a través del control de constitucionalidad, al expedir “una sentencia que extienda sus consecuencias a los supuestos excluidos de manera injustificada”[12]. En efecto, la idea 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”[13].

3.4. Ahora bien, en materia de comunidades étnicas diversas, la evaluación de los requisitos de la omisión legislativa relativa debe tener en cuenta los sujetos que solicitan la subsanación del vacío legal, la extensión de la consecuencia jurídica de la norma y la finalidad de la misma. Ello servirá como punto de partida para determinar si se vulneró o no el derecho a la igualdad.

En Sentencia C-359 de 2013, se concluyó que el legislador había desconocido el deber constitucional de incluir al pueblo Rrom o Gitano dentro de los criterios de priorización y focalización de las familias potencialmente elegibles y merecedoras del subsidio de vivienda en especie, por lo que se había configurado una omisión legislativa relativa. Al respecto, indicó que las diferencias étnicas entre los destinatarios de la norma eran irrelevantes, porque se concentraba en diseñar de manera general una política de vivienda social y de interés prioritario. Agregó que las medidas legales y reglamentarias generales no suplían la necesidad de priorizar y focalizar el subsidio de vivienda que requería el pueblo gitano[14]. Finalmente, rechazó la jerarquización entre grupos étnicos, debido a que en la caso concreto ello significaría una revictimización.

Por el contrario, en las Sentencias C-208 de 2007 y la C-666 de 2016, se descartó la configuración de una omisión legislativa relativa. Se estimó que exceptuar del estatuto docente a las comunidades negras, palenqueras y raizales como sucedía con los colectivos indígenas no constituía discriminación alguna, por cuanto están en la misma situación de autonomía en materia educativa y, para la época, en la falta de regulación legal integral de las relaciones entre el Estado y los docentes que prestan sus servicios en sus comunidades y territorios. En efecto, se afirmó que las comunidades indígenas y afrocolombianas tienen derecho al reconocimiento de la diversidad étnica y cultural y a ser destinatarios de un régimen educativo especial, ajustado a los requerimientos y características de los distintos grupos étnicos que habitan el territorio nacional y que, por tanto, responda a sus diferentes manifestaciones culturales y formas de vida. De igual forma, en la Sentencia C-864 de 2008, concluyó que no se configuraba una omisión legislativa relativa con la exclusión de las comunidades negras, palenqueras y raizales de la Ley 691 de 2001, que regulaba el sistema

de salud de las comunidades indígenas, porque esa medida no desconocía el derecho a la igualdad entre esas comunidades, pues en esos aspectos eran grupos diferentes.

Los principios de diversidad y reconocimiento de identidad étnica y cultural en la Constitución de 1991

4. La Carta Política de 1991 posee una característica esencial de apertura multicultural que es novedosa en la historia del constitucionalismo colombiano, por cuanto es sensible a las distintas formas de ver el mundo o cosmogonías[15]. Se trata de un estatuto que consagró varias disposiciones que procuran reconocer la identidad y la diversidad de los pueblos étnicos, aspecto que contribuye a eliminar imágenes devaluadas que existen sobre los mismos y a reducir inequidades en la realidad[16]. Ello se enmarca en una política de respeto de la dignidad humana, que se materializa en los principios de diversidad e identidad cultural, así como en los derechos de reconocimiento y protección de esos colectivos.

4.1. El artículo 1º de la Norma Superior establece que son bases fundamentales del orden democrático los principios participativo y pluralista[17]. El Estado colombiano reconoce la coexistencia de diferentes pensamientos, etnias, sexos, razas, géneros y religiones, entre otros[18].

Al respecto, debe precisarse que el pluralismo es un presupuesto social y un valor normativo[19]. Con la primera acepción, la Corte ha subrayado que la sociedad carece de un único proyecto político para alcanzar la paz y la prosperidad[20]. El papel de la Carta Política se concreta en fijar las condiciones para que cada persona o grupo realicen su plan de vida, sin que sea viable imponer un solo *modus vivendi*[21]. Con la segunda cualidad, esta Corporación ha advertido que rige la supremacía de las reglas de juego en una sociedad, por lo que se garantiza la coexistencia de distintas opiniones, valores y creencias en un contexto de deliberación[22]. De los contenidos mencionados, se desprende que el Estado tiene la obligación de defender los derechos fundamentales por igual de todos los grupos étnicos y las normas que facilitan la pluralidad de formas de vida[23].

Esos principios deben leerse en conjunto con el artículo 13 de la Constitución, el cual incorpora la igualdad en su dimensión formal y material. Con esa simbiosis, se promulga un trato paritario ante la ley y se prohíben tratamientos discriminatorios, a la par que se

pretende derruir las desigualdades sociales que padecen los grupos históricamente desfavorecidos a través de las “acciones afirmativas”[24].

En este punto, la igualdad material se torna en una paridad de la diferencia, porque el artículo 7 de la Constitución reconoce y protege la identidad cultural, lo que se traduce en un igual respeto a todas las culturas y las distintas “formas de ver el mundo”[25]. Aquí, la cultura se identifica como una expresión de la diversidad y riqueza humana así como social, de manera que enfatiza sobre la existencia de la Constitución cultural colombiana[26]. Se trata de salvaguardar los individuos y colectivos, que poseen una singularidad propia derivada de la forma de percibir y entender la realidad.

Como se indicó, el ordenamiento constitucional es sensible ante las diferentes identidades, por lo que se refuerza el carácter pluriétnico y multicultural de la Nación. Las siguientes proposiciones jurídicas son una muestra de esa característica: i) la protección de la riqueza cultural de la Nación (Artículo 8º CP); ii) la autodeterminación de los pueblos y el respeto a la misma (Artículo 9º CP); iii) el reconocimiento de que las lenguas y dialectos de las comunidades étnicas diversas son oficiales en sus territorio, junto con el derecho que tienen a recibir una educación bilingüe (Artículo 10); iv) la garantía de que los territorios comunales, los terrenos de resguardos y el patrimonio arqueológico de la Nación es inalienable, imprescriptible e inembargable (Artículo 63); v) el derecho que tienen los grupos étnicos diversos a desarrollar su identidad cultural (Artículo 68); iv) el deber que tiene el Estado de proteger todas las manifestaciones culturales, dado que tienen la misma dignidad e igualdad (Artículo 70); y iv) la previsión de que la guarda del patrimonio cultural está en cabeza del Estado (Artículo 72)

En ese contexto, el reconocimiento de las distintas cosmogonías apareja una obligación de proteger dicha diversidad, puesto que esas diferentes imágenes del mundo requieren garantías para que exista una reproducción cultural de esas colectividades[27]. La identidad e imagen de los grupos étnicos diversos se crea por construcción propia del colectivo y por la interacción que tienen con los demás sectores la sociedad[28]. En ese diálogo, se presentan reconocimientos de identidad y negaciones de la misma, situación que en muchos genera una imagen devaluada del pueblo o colectividad en particular. Para resolver esas distorsiones, la Carta Política asume la idea de que todas las culturas tienen igual valor, pues el reconocimiento es una extensión lógica de la política de dignidad[29].

Entonces, el ordenamiento jurídico establece un derecho a la identidad cultural y como toda norma subjetiva posee garantías para su protección.

Dicho derecho faculta a las comunidades étnicas diversas a demandar de la sociedad mayoritaria que su identidad y diversidad sea reconocida y aceptada. A su vez, les permite exigir que se garantice y respete su autodeterminación y autonomía cultural, la cual facilita las expresiones de su imagen y formas de vida[30]. Se “refiere a la preservación de los usos, los valores, las costumbres y tradiciones, las formas de producción, la historia y la cultura, y todas las demás situaciones que definen e identifican a la comunidad desde el punto de vista cultural y sociológico, así como a la defensa de su particular cosmovisión espiritual o religiosa, es decir, todos aquellos aspectos que la hacen diversa frente al grupo que podría definirse como predominante”[31].”

En efecto, el reconocimiento expreso de los colectivos étnicos diversos es espacio de exaltación de su ethos que debe acompañarse con su salvaguarda efectiva. “En este orden de ideas, no puede en verdad hablarse de protección de la diversidad étnica y cultural y de su reconocimiento, si no se otorga, en el plano constitucional, personería sustantiva a las diferentes comunidades que es lo único que les confiere estatus para gozar de los derechos fundamentales y exigir, por sí mismas, su protección cada vez que ellos les sean conculcados (C.P. art, 1º, 7º y 14)”. [32]

4.2. Conjuntamente, la Sala advierte que los mandatos de reconocimiento de la identidad y diversidad cultural de los grupos étnicos se concretan en el derecho fundamental a la autonomía y autogestión de sus “asuntos culturales, espirituales, políticos y jurídicos, en consonancia con su cosmovisión, de modo que la colectividad y sus miembros, puedan preservar el derecho a la identidad étnica”[33]. Se trata de que existan ámbitos en donde sea posible la supervivencia cultural de los pueblos étnicos.

En el precedente constitucional vigente, se ha precisado que el derecho a la autonomía tiene tres manifestaciones, a saber[34]: 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 disputas[35]. 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.

4.3. Ahora bien, la Constitución también prefigura derroteros para identificar a los titulares de esos derechos de reconocimiento a la identidad y diversidad cultural, dado que, en su texto, enuncia algunas de esas colectividades, como sucede con: i) las comunidades indígenas, pues los artículos 329 y 330 de la Constitución prevén la conformación de entidades territoriales indígenas y la representación de sus territorios por medio del diseño de políticas y planes de desarrollo; ii) los grupos afrocolombianos (negros y palenqueros), dado que el artículo transitorio 55 de la Carta Política ordena al Congreso expedir una ley que reconozca a las comunidades negras que ocupan tierras baldías en las zonas rurales y ribereñas de los ríos de la Cuenca del Pacífico; y iii) el pueblo raizal, en razón de que el artículo 310 Superior establece medidas para proteger la identidad cultural de las colectividades nativas del Departamento del Archipiélago de San Andrés, Providencia y Santa Catalina.

Sin embargo, la referencia mencionada no agota a todos los grupos étnicos en Colombia, por lo que pueden existir más comunidades de ese tipo, por ejemplo el pueblo gitano o Rrom[36]. Lo anterior, en razón de que el artículo 70 Superior reconoce la igualdad y la dignidad de todas las culturas que conviven en el país. Se trata de la aspiración de que la Nación sea un espacio donde todas las culturas puedan convivir en las mismas condiciones de igualdad y dignidad, sin que sea posible permitir imágenes devaluadas una de otra[37]. Es importante precisar que esa igualdad de las culturas no entraña desconocer las particularidades de cada pueblo o comunidad.

El Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo es un tratado vinculante para el Estado, de modo que es una fuente normativa relevante para precisar el alcance de los principios de reconocimiento y de protección de la identidad además de diversidad étnica y cultural de la Nación[38]. Sobre el particular, prevé que los grupos indígenas y los pueblos tribales poseen una protección especial. Así mismo, entiende que la expresión “pueblos tribales” abarca a los grupos sociales que comparten una identidad cultural diferente de la que tiene la sociedad mayoritaria o dominante[39], es decir, se reconoce el derecho a la

identidad cultural a colectivos distintos a los indígenas[40].

4.4. La Corte Constitucional ha protegido en distintos momentos el principio de identidad y diversidad cultural, ya sea en control concreto o abstracto. En estos eventos, ha encontrado necesario prevenir o impedir toda acción que tenga la virtualidad de afectar, desconocer o anular la diversidad, la identidad e integridad cultural en cualquiera de sus manifestaciones históricas, artísticas, medicinales, sociales o de modos de vida de las comunidades étnicas diversas.

A título de ejemplo, se ha garantizado un derecho al reconocimiento de la identidad y diversidad cultural en los siguientes ámbitos: i) la participación política de los miembros de una comunidad[42]; ii) el acceso a la educación superior de un sujeto étnico diverso[43]; iii) la exención de la obligación de prestar el servicio militar[44], iv) la necesidad de respetar y garantizar la jurisdicción especial indígena[45]; v) la vigencia del autogobierno del colectivo étnico, ya sea para dirigir sus intereses o resolver sus conflictos internos[46]; vi) el diseño e implementación de las políticas y planes que benefician a las comunidades étnicas diversas[47]; v) el uso y consumo de sustancias psicoactivas que tienen un significado cultural, ancestral y tradicional[48]; vi) la recuperación de patrimonio cultural, arqueológico e histórico[49]; 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[50].

4.5. En definitiva, la Constitución de 1991 tiene el carácter de pluralista y participativo, lo que se traduce en reconocer y respetar las diferentes formas de ver el mundo e interpretar el pasado. Ello se concreta en los principios de diversidad e identidad, que implican el reconocimiento y respeto de toda manifestación cultural de los colectivos étnicos diversos, por ejemplo los saberes ancestrales medicinales así como las tradicionales culturales, dado que se relacionan con las formas de percibir el mundo y la vida. Para garantizar esos ámbitos, la Corte Constitucional ha reconocido un derecho de reconocimiento a la diversidad e identidad cultural, el cual trata de asegurar que las comunidades étnicas ejerzan sus derechos fundamentales de acuerdo con su cosmovisión y tengan la posibilidad autogestionarse. Dicha protección beneficia a todo colectivo étnico, como sucede con los pueblos indígenas, afrodescendientes, raizales, palenqueros, y/o población ROM.

Los derechos de reconocimiento de identidad y de diversidad cultural de las comunidades negras, raizales y palenqueras

5. Las comunidades negras, raizales y palenqueras son titulares de los derechos de reconocimiento de identidad y diversidad cultural, por lo que sus expresiones espirituales, culturales, ancestrales, medicinales, entre otras, que contienen su ethos, se encuentran protegidas por la Constitución, pues hacen parte de su autonomía e integridad. Para la Corte, esas garantías subjetivas tienen especial relevancia, debido a que sus manifestaciones de su identidad e imagen han estado sometidas a una tendencia histórica de prohibición y/o negación.

5.1. La Constitución de 1991 quiso romper la tendencia de negación de identidad o de reconocimiento devaluado de los pueblos afrocolombianos[51], al abrir el espectro de participación política y consagrar derechos a la tierra así como integridad cultural de las comunidades negras. Inclusive, pretendió eliminar las diferencias entre los indígenas y los afro-latinos en relación con el régimen jurídico[52]. Pese a que la asamblea nacional constituyente no tuvo representantes de las comunidades negras, raizales y palenqueras, los colectivos indígenas[53] apoyaron la propuesta de considerar a los primeros como “grupos étnicos”[54].

Esta Corporación ha reiterado que las comunidades negras, palenqueras y raizales son un “grupo étnico”[55], calidad que se consagró en el artículo Transitorio 55 de la Constitución y en las leyes 70 y 90 de 1993 así mismo 199 de 1995, como se mencionó en esta providencia. Al respecto, ha confirmado que los pueblos afrodescendientes poseen derechos de reconocimiento, los cuales abarcan “el conjunto de familias de ascendencia afrocolombiana que poseen una cultura propia, comparten una historia y tienen sus propias tradiciones y costumbres dentro de la relación campo-poblado, que revelan y conservan conciencia de identidad que las distinguen (sic) de otros grupos étnicos”[56].

La Ley 70 de 1993 logró que ese pueblo fuera reconocido como un nuevo sujeto colectivo que posee una identidad diferenciada. La mencionada calidad apareja una serie de derechos basados en la particularidad étnica y cultural de las comunidades negras, palenqueras y raizales[57], como son: i) el de propiedad de las colectividades afrodescendientes que habían ocupado las tierras baldías en las zonas ribereñas de los ríos

de la Cuenca del Pacífico, potestad que se extendió a todo terreno que fuera habitado por una comunidad negra con prácticas tradicionales[58]; ii) el de reconocimiento de la identidad y diversidad cultural, por ejemplo se indicó que el proceso educativo debe ser acorde con sus necesidades y aspiraciones etnoculturales; iii) el de respeto a la integridad y la dignidad de la vida cultural de las comunidades negras; iv) el de participación de las colectividades y sus organizaciones en las decisiones que la afectan, sin perturbar su autonomía; y v) el de garantía y protección del ambiente, así como del uso y aprovechamiento de sus recursos naturales.

El proceso de etnización de los pueblos negros de Colombia implicó reconocer derechos similares a los que tienen las comunidades indígenas, según el Convenio 169 de la OIT, como sucedió con la consulta previa. Se adoptaron los criterios subjetivos y objetivos para identificar los grupos étnicos, quienes poseían una identidad diferenciada. El reconocimiento de los colectivos negros y la asignación de sus derechos se realizaron en razón del status de grupo étnico, pues son portadores de una imagen propia que debe ser salvaguardada, y no por la raza o el color de piel[59].

Entonces, el marco jurídico actual tiene una tendencia a acercar las diferencias de trato entre los afros y los indígenas a través de un proceso de etnización, al atribuir derechos de reconocimientos a los dos grupos sociales y a facilitar la experiencia de reivindicación de derechos en donde se articulan solidaridades contingentes entre las poblaciones afro e indígenas[60].

5.2. En aplicación de los principios de pluralismo y diversidad, este Tribunal ha salvaguardado los derechos que se derivan del reconocimiento de la población negra, palanquera y raizal como una comunidad étnica que puede autónomamente gestionar sus asuntos. Para ello, las distintas salas de esta Corporación han acudido a los relatos e historias del pasado que han reseñado el contexto de discriminación y de negación en que han vivido los afrocolombianos[61]. Se ha tratado de un esfuerzo judicial por romper con la imagen devaluada e invisibilizada que tiene la sociedad de esos colectivos, por lo que se ha procurado defender su supervivencia como grupo étnico cultural.

Un ejemplo de esa clase de decisiones es la Sentencia T-422 de 1996. En esa oportunidad, se precisó que los actos de discriminación racial pueden afectar los derechos fundamentales

de los individuos afrocolombianos y a la misma comunidad negra[62]. En el caso concreto, se censuró que el Departamento Administrativo del Servicio Educativo Distrital de Santa Marta se había negado nombrar a un representante de las comunidades negras de esa ciudad en la Junta Distrital de Educación con la argumentación de que en esa ciudad no habitaban comunidades negras. La Sala estimó que el amparo de derechos se sustentaba en la situación de marginación y exclusión social que ha padecido ese colectivo a lo largo de la historia, mas no en la protección de las tierras que fueron ocupadas[63]. A partir de la decisión reseñada, las comunidades negras han acudido al reconocimiento de su diversidad étnica y cultural para justificar sus demandas de protección de identidad y de sus demás derechos fundamentales.

En ese mismo sentido, la Sentencia T-955 de 2003 protegió los derechos a la diversidad e integridad étnica y cultural, a la propiedad colectiva, a la participación y a la subsistencia de las comunidades negras de la Cuenca del Río Cacarica, los cuales habían sido vulnerados por varias autoridades que permitieron la explotación de maderas en sus territorios ancestrales[64]. Se enfatizó la necesidad de que las comunidades afro de Colombia recibieran la misma protección de las comunidades indígenas, con independencia de que las normas superiores solo hicieran referencia a estas últimas.

Dicha tendencia de garantizar los ámbitos de la identidad de las comunidades negras incluye la salvaguarda de los derechos lingüísticos. Verbigracia, en Sentencia C-530 de 1993, se protegió el uso de la lengua creole english que se veía afectado por la masiva migración de colombianos continentales a la isla de San Andrés[65]. Posteriormente, en Sentencia C-605 de 2012[66], se reiteró que los principios de diversidad comprenden manifestaciones del lenguaje, de la religión y de las costumbres del pueblo raizal, toda vez que ello hace parte su identidad e imagen. Inclusive, se enfatizó que tienen el derecho al reconocimiento de sus usos de lenguaje diferenciado, lo cual garantiza la dignidad de esos colectivos y se materializa en acciones afirmativas en su favor. Un año más tarde, en Sentencia C-253 de 2013, la Sala Plena consideró que era constitucional designar a las comunidades afrocolombianas con la palabra “negras” en la ley, por cuanto ese vocablo había perdido su connotación negativa y se usa para proteger la diversidad étnica y cultural esos pueblos, al igual que para reivindicar las imágenes de las comunidades negras[67].

El imperativo de proteger el reconocimiento de identidad de los colectivos negros se

maximizó en la Sentencia T-576 de 2014, decisión que también se preocupó por asegurar las reivindicaciones de representación o participación. La Sala Novena de Revisión consideró que era contrario a los derechos de la diversidad étnica y cultural, la participación e identidad del pueblo afro haber restringido la conformación de la Comisión Consultiva de Alto Nivel a los grupos que tuvieran títulos colectivos adjudicados. Resaltó que el territorio titulado por el Estado no podía ser un criterio válido para excluir a un colectivo de intervenir y hacer parte del órgano que tendría la finalidad de concertar muchas de las políticas gubernamentales.

Inclusive, ese mandato junto con el de autonomía impiden al Estado adoptar medidas sin la participación de la comunidad afrocolombiana. En la providencia T-297 de 2017, este Tribunal reconoció el papel de los consejos comunitarios de las colectividades negras en el modelo educativo especial para ese sector de la sociedad. Además, resaltó la importancia del aval de reconocimiento cultural del etnoeducador, al punto que el juez de tutela no puede saltarse esa aceptación, de manera que no puede ser reemplazado. Tales principios garantizaron que en el caso concreto la orden de amparo solo alcanzara a disponer que las autoridades ancestrales estudiaran de nuevo ese requisito, análisis que no podía ser caprichoso[68].

El balance judicial expuesto demuestra la preocupación que ha tenido este juez constitucional para garantizar la igualdad real de las comunidades negras. En esa labor, ha tomado la opción de aceptar y amparar las reivindicaciones de reconocimiento y de participación de las comunidades afrocolombianas[69]. Así, pretende enfrentar las subordinaciones relacionadas con la identidad y con la negación de la voz de los colectivos negros, palenqueros y raizales.

5.3. Sin embargo, el proceso de etnización nunca llegó a eliminar las diferencias entre los pueblos afros y los indígenas. Este tipo de relaciones y la protección que deriva de la misma es un asunto mucho más complejo de lo que parece. Empero, lo relevante en este punto es el reconocimiento de la existencia e identidad de dichos colectivos. Acabar con la invisibilización de las colectividades fue y es una prioridad del marco constitucional vigente.

Entonces, como se dijo, el reconocimiento y los derechos culturales de las comunidades

indígenas son asimilables a los que poseen las colectividades negras. En Sentencia C-461 de 2008[70], se consideró que esos pueblos eran titulares del derecho a la subsistencia de conformidad con sus formas y medios tradicionales de producción dentro de sus territorios, debido a que era indispensable para desarrollar su integridad cultural, social y económica. En sintonía con lo antepuesto, la citada Sentencia T-955 de 2003, manifestó que los derechos consagrados para las colectividades indígenas en la norma superior, consignados en los artículos 5°, 13, 16, 63, 68, 70, 72, 79 y 176, se extienden a las comunidades negras. Y de ahí que, en Sentencia C-702 de 2010, se advirtió que los pueblos afros de Colombia gozaban del derecho a la consulta previa como los grupos indígenas.

Ello no significa que el contenido de la protección sea idéntica, puesto que se debe ajustar a las particularidades culturales, las especificidades del régimen legal de los grupos étnicos y a la historia de los mismos. Así lo entendió la Corte en las Sentencias C-169 de 2001, C-864 de 2008 y T-576 de 2014.

Consciente de que el contexto de negación de reconocimiento que sufrieron las comunidades negras repercute en el ejercicio de sus derechos actuales, la Corte ha considerado que éstas deben ser beneficiarias de acciones afirmativas específicas frente a los colectivos indígenas. Por ejemplo, en Sentencia C-169 de 2001, se avaló la existencia de requisitos menos estrictos para inscribir candidatos a las circunscripciones especiales pertenecientes a las colectividades afrocolombianas en relación con las comunidades indígenas. Esa decisión se fundamentó en que los grupos poblacionales afros tenían un proceso organizativo incipiente a nivel regional y nacional, mientras las colectividades indígenas desarrollaban procesos políticos de organización más elaborados y antiguos.

De igual forma, en la providencia expedida en el año 2008, la Sala Plena concluyó que la regulación en el sistema de salud de las comunidades indígenas podía ser diferente al de las colectividades afrocolombianas. En el proceso en que se estudió la demanda formulada contra la Ley 691 de 2001, que reglamentó la participación de los Grupos Étnicos en el Sistema General de Seguridad Social, estimó que no era el escenario adecuado para regular el sistema de administración y afiliación de las colectividades negras, palenqueras y raizales. Lo anterior, en razón de que ese modelo de atención respondía al *modus vivendi* de las colectividades indígenas, aspecto en que difieren de las afrocolombianas. Además, señaló que la forma de recaudo de dinero, de administración y afiliación es propio de los

pueblos indígenas, ámbitos que son distintos para las demás colectividades étnicas diversas.

5.4. En conclusión, la Constitución y la jurisprudencia ha concretado los principios de diversidad e identidad en derechos de reconocimiento cultural de las colectividades negras, palenqueras y raizales que pretenden eliminar las discriminaciones y negaciones históricas que han padecido esos colectivos desde la colonia hasta nuestros días. Con base en esas garantías, la Corte Constitucional ha salvaguardado la participación de las comunidades afrocolombianas, la aplicación de acciones afirmativas así como las expresiones culturales, ancestrales y medicinales entre otras, derivado de su carácter de grupos étnicos, de acuerdo con el artículo 55 transitorio de la Constitución.

El mencionado reconocimiento ha implicado una asimilación en relación con los derechos que tienen los pueblos indígenas y las colectividades negras, similitud que busca romper la división artificiosa en relación con el régimen jurídico creada desde la época hispánica y que invisibilizó con mayor intensidad el pasado africano[71]. Sin embargo, ese acercamiento no aparece eliminar las diferencias de esos grupos étnicos, pues la Constitución reconoce sus particulares ancestrales, sus historias paralelas y la posibilidad de regímenes normativo específicos en algunos aspectos, como sucede con el sistema de atención en salud y la representación política.

En este contexto, existe un núcleo común de protección en la identidad cultural, cuya función es acabar con las imágenes devaluadas que se han creado sobre esos colectivos y permitir expresar sus formas de vida, que difieren de la que tienen la mayoría de la sociedad colombiana.

6.1. Los accionantes y la totalidad de los intervinientes consideran que el artículo 7 de la Ley 1816 incurrió en una omisión legislativa relativa, porque excluyó a las colectividades negras, raizales y palenqueras de la autorización para producir licores destilados que tienen una connotación espiritual, cultural, ancestral o tradicional. Estimaron que esa ausencia de regulación constituyó una vulneración de los artículos 7, 13 y 70 de Constitución.

6.2. No obstante, existe una divergencia en torno al alcance de la decisión. De un lado, la Universidad del Pacífico y la Fundación Sociedad Portuaria Buenaventura Fabio

Grisales Bejarano pidieron que el artículo demandado fuese declarado inexecutable; de otro lado las Universidades Nacional de Colombia, Externado de Colombia, Santo Tomás y Rosario, al igual que el Ministerio del Interior y de Justicia, la Vista Fiscal, así como las organizaciones FUNDAPRODUCTIVIDAD, ASOPARUPA, el Colectivo Destila Patrimonio y AFRO-ACUA solicitaron que las expresiones “cabildos indígenas” y “asociaciones de cabildos indígenas” fuesen declaradas executables, bajo el entendido de que las comunidades negras, raizales y palenqueras se encuentran incluidas bajo la permisión que regula el párrafo del artículo 7 de la Ley 1816 de 2016.

Esta Corporación recuerda que debe determinar si: ¿las expresiones “cabildos indígenas” y “asociaciones de cabildos indígenas”, contenidas en el párrafo del artículo 7 de la Ley 1816 de 2016 quebrantan los artículos 7, 13 y 70 de la Constitución, porque no incluyeron a las comunidades negras, palenqueras y raizales en la producción de bebidas alcohólicas tradicionales, ancestrales y medicinales, omisión que, según los actores, desconoce que las colectividades afrodescendientes también tienen una identidad y diversidad cultural similar a la que poseen los pueblos indígenas?

6.3. Para resolver el problema jurídico reseñado, se acudirá a la metodología explicada en la supra 3,2, debido a que se trata de un cargo que denuncia un presunto desconocimiento de los artículos 7, 13 y 70, producto de una omisión legislativa relativa por parte del legislador.

6.3.1. La existencia de la norma: La Corte encuentra que la censura formulada por los actores recae sobre las expresiones “cabildos indígenas” y “asociación de cabildos indígenas”, contenidas en el párrafo del artículo 7 de la Ley 1816 de 2016. Así mismo, constata que la disposición no incluye a las comunidades negras, palenqueras y raizales en la excepción del monopolio rentístico de licores que tienen las formas de organización indígenas, de acuerdo con su identidad y diversidad cultural así como autonomía constitucional, que permite desarrollar sus formas de vida y de ver el mundo.

En ese contexto, la norma autoriza producir los licores que poseen un reconocimiento ancestral y tradicional de los pueblos indígenas, al punto que debe hacer parte de los usos, costumbres y cosmovisión de los grupos étnicos. Nótese que esa previsión es una materialización de los principios de identidad y diversidad cultural, así como de los derechos

de reconocimiento en esos aspectos, toda vez que salvaguarda las manifestaciones propias de autogestión de su imagen étnica, que comprende la forma de vida de las comunidades indígenas y sus expresiones culturales. En ese contexto, la referencia que hace la Ley a la autonomía concreta los mandatos y derechos de reconocimiento de identidad y de diversidad, como se señaló en la supra 4.2 de este fallo. El enunciado legal pretende proteger expresiones culturales y la misma identidad e integridad cultural de los pueblos étnicos, como reclamaron los ciudadanos demandantes.

Se advierte que el artículo 336 de la Constitución consignó la posibilidad de configurar monopolio rentístico a favor del Estado, el cual persigue el interés público o social de asegurar recursos económicos para los servicios de salud y educación[72]. En Sentencias C-540 de 2001, C-1191 de 2001 y C-226 de 2004, la Sala Plena explicó que un monopolio es “desde el punto de vista económico, una situación en donde una empresa o individuo es el único oferente de un determinado producto o servicio; también puede configurarse cuando un solo actor controla la compra o distribución de un determinado bien o servicio. Por su parte, la Carta autoriza, excepcionalmente, el establecimiento de monopolios como arbitrios rentísticos, en virtud de los cuales el Estado, se reserva la explotación de ciertas actividades económicas, no con el fin de excluirlas del mercado, sino para asegurar una fuente de ingresos que le permita atender sus obligaciones”.

En concreto, la Ley 1816 de 2016, indicó que el arbitrio de monopolio rentístico recaía sobre la producción e introducción de los licores destilados en los departamentos[73], de modo que éstos deben ser exclusivamente explorados o autorizados por el Estado. Sin embargo, el párrafo 1º del artículo 2º de la Ley en comentario señaló que la producción de los vinos, aperitivos y similares serían de libre producción e introducción, al tiempo que se causarían el impuesto al consumo que señala la Ley.

6.3.2. La existencia del deber específico: 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.

Así mismo, se precisó que el artículo 9 Superior asegura la autodeterminación y autonomía de los pueblo étnicos, pues aboga por un respeto de su ethos. El artículo 70 Superior reconoce la igualdad y la dignidad de todas las culturas que conviven en el país. Además, el Convenio OIT 169 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.

Con base en esos mandatos, se reiteró que la jurisprudencia constitucional ha reconocido un principio a la diversidad e identidad cultural, el cual trata de asegurar que las comunidades étnicas diversas ejerzan sus derechos fundamentales de acuerdo con su cosmovisión, de modo que tengan la posibilidad autogestionarse (Supra 4.4).

Frente a las comunidades negras, 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 (Supra 5.4). Así mismo, debe recordarse que este Tribunal se ha preocupado por garantizar la igualdad real de las comunidades negras (Supra 5.5). En esa labor, ha tomado la opción de aceptar y amparar las reivindicaciones de reconocimiento y participación de las comunidades afrocolombianas, pues ha sido consciente de la historia de represión y de negación que ha padecido ese sector de la población.

6.3.3. La no inclusión de los referidos sujetos carece de un principio de razón suficiente: El legislador no incluyó a las comunidades negras, palenqueras y raizales en la norma demandada, medida que adoptó sin observar el principio de razón suficiente. Lo anterior, en razón de que el parágrafo del artículo 7 de la Ley 1816 de 2016 fue incluido por la Cámara de Representantes en el segundo debate de Plenaria, sin que se hubiese discutido o formulado argumento alguno que justificara la exclusión de las comunidades

afrocolombianas de la autorización para producir bebidas alcohólicas ancestrales y tradicionales[74]. La Corte toma nota de que en el proceso legislativo nunca se discutió sobre la inclusión o no de los pueblos negros, palenqueros y raizales en la permisión que establece el enunciado legal demandado. Es más, en la exposición de motivos de la ley y en los debates posteriores tampoco se explicó por qué se introdujo en ese estatuto la autorización de producción de licores a las comunidades indígenas[75]. Entonces, la omisión reclamada jamás se fundó en unas causas claras y precisas que justificaran la decisión del legislador de obviar el aspecto echado de menos por los actores.

6.3.4. La falta de inclusión de los referidos sujetos genera discriminación en su contra: Los 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.

Como se mostró en la parte motiva de esta providencia, los pueblos afro e indígenas tienen una identidad cultural distinta a la que posee el resto de la sociedad colombiana (Supra 5). No se puede negar la realidad de que nuestro país corresponde con una sociedad diversa y multicultural. Así mismo, la Sala constata que los pueblos afrodescendientes tienen bebidas alcohólicas que hacen parte de su identidad cultural, su medicina tradicional y de sus costumbres en una situación similar a la que tienen las comunidades indígenas. El viche/biche es un ejemplo de ese tipo de licores ancestrales y tradicionales, dado que tiene un significado cultural y es usado para la medicina tradicional[76]. Inclusive, esa bebida es un elemento fundamental dentro del conocimiento médico local, por ejemplo se utiliza para aliviar cólicos menstruales, proteger la matriz de las enfermedades derivadas del parto o atender la mordedura de una culebra[77]. También, se encontró que ese producto es un elemento de resistencia del pueblo negro del pacífico, pues durante mucho tiempo estuvo prohibido, situación que según el relato histórico esbozado en la parte motiva de este fallo han padecido los grupos de poblaciones negra desde la colonia hasta nuestros días.

Ahora bien, en la dimensión normativa los dos grupos comparados fueron reconocidos como colectivos étnicos, lo que se traduce en una asimilación en los derechos culturales de reconocimiento de la identidad y diversidad (Supra 5.5). La Constitución y la Ley 70 de 1993 identificaron al pueblo afro como un nuevo sujeto étnico colectivo, el cual es titular de las

garantías reconocimiento de la identidad, diversidad, integridad y dignidad de su vida cultural. Se recuerda que el párrafo del artículo 7 de la Ley 1816 de 2016 pretende proteger esa identidad y diversidad de las culturas, criterio que aplica tanto para los colectivos indígenas como los pueblos negros, raizales y palenqueros. Así mismo, la materia que pretende salvaguardar la norma demandada es una manifestación cultural (i.e. se usa como práctica medicinal o hace parte de sus costumbres) de los grupos étnicos en Colombia, por lo que no se refiere a un asunto particular que diferencie a los afro de los indígenas, como sería la regulación del sistema de salud (Supra 5.7).

Conjuntamente, la Sala no puede olvidar que el principio de igualdad impone la necesidad de otorgar un trato paritario en el caso concreto, que llega incluso a materializar una acción afirmativa, porque la población afrodescendiente y su cultura ha sido objeto de discriminación e invisibilización desde la colonia hasta la actualidad, como sucedió con la esclavitud que sufrieron durante los siglos XVI al XIX, al igual que con el proceso de blanqueamiento y de empardecimiento del siglo XX. Como se advirtió en la Sentencias T-422 de 1996 y C-169 de 2001, es indispensable adoptar medidas que permitan superar el contexto de marginación y de discriminación que ha vivido la población afro, escenario que ha aparejado la negación de lo africano en sus manifestaciones sociales y culturales.

6.3.5. No incluir a las comunidades negras raizales y palenqueras en el supuesto de hecho de la norma incumple los principios de necesidad y de proporcionalidad: Pese a que el legislador no identificó la finalidad de la norma, se tiene que ésta responde al imperativo de reconocer y salvaguardar los principios de identidad y diversidad cultural a través de la protección de las manifestaciones culturales de las comunidades indígenas, derivadas de la elaboración de bebidas ancestrales que son usadas tradicionalmente, por ejemplo en atención médica. Para garantizar la meta descrita, el legislador consideró que era idóneo permitir a los pueblos indígenas producir licores que tuvieran un significado cultural.

En ese contexto, la Sala concluye que la medida incumple el principio de necesidad[78], porque el legislador tenía a su disposición otra alternativa que observaba en mayor medida la finalidad que persigue la norma y que correspondía con la inclusión de las comunidades negras, raizales y palenqueras dentro del párrafo del artículo 7º de la Ley 1816 de 2016. A su vez, esa medida jamás implicaba una interferencia a los derechos de los grupos afro e indígenas que habitan en Colombia. Como advirtieron la totalidad de los intervinientes en

este proceso de constitucional, la inclusión de la población negra en la norma permite desarrollar los principios superiores de reconocimiento y de protección de identidad y diversidad étnica y cultural.

De igual forma, la medida no satisface el principio de proporcionalidad[79]. En el asunto analizado, excluir a las comunidades afrocolombianas de la posibilidad de producir bebidas alcohólicas, que poseen un significado cultural, ancestral o tradicional, implica una interferencia desmedida para los derechos de reconocimiento de esos colectivos, debido a que desconoce su identidad, imagen y prácticas culturales que hacen parte de su forma de vida. No incluir a tales colectividades negras en esa permisión de producción de licores representa una afectación intensa a dicha comunidad y perpetúa una negación de la cultura afro, lo que se traduce en una lesión de la dignidad humana.

6.4. Por consiguiente, la Corte sintetiza que el legislador incurrió en omisión legislativa relativa en relación con la disposición demandada, toda vez que no incluyó a las comunidades negras, raizales y palenqueras como sujetos beneficiarios de la autorización para producir licores tradicionales y ancestrales. Al respecto, el legislador no tuvo en cuenta los principios de diversidad étnica y cultural, el mandato de protección igual a todas las culturas, la obligación de garantizar la autonomía de los pueblos étnicos frente a su integridad y el deber de reconocer las manifestaciones culturales de los grupos étnicos, de acuerdo con los artículos 1, 7, 13 y 70 Superiores, al igual que el Convenio 169 de la OIT.

En concreto, quebrantó los derechos de reconocimiento y de autonomía, así como el carácter pluralista y diverso de la Carta Política, al punto que implica aceptar una negación e invisibilización de la cultura afro. El legislador incumplió su deber de reconocer y proteger la diversidad étnica y cultural de la Nación, representado en las manifestaciones culturales de los colectivos étnicos, en este caso, en la producción de bebidas alcohólicas tradicionales y ancestrales para su propio consumo

La omisión denunciada carece de razonabilidad, por cuanto el legislador nunca argumentó por qué había excluido a las comunidades negras de la norma demandada. Tampoco precisó las razones que fundamentaron su decisión de incluir a los colectivos indígenas en el parágrafo del artículo 7 de la Ley 1816 de 2016. A su vez, la no inclusión de los grupos poblaciones afrodescendientes constituye una discriminación, puesto que impide que

puedan desarrollar aspectos culturales de la vida en comunidad. De hecho, esa medida tiende a perpetuar una situación de negación e invisibilización de las manifestaciones culturales de ese colectivo, esto es, la omisión de incluir dichos colectivos es un eco de una estructura social jerárquica que sustenta la distribución de derechos en la raza.

Conjuntamente, la Sala Plena verifica que la omisión jurídica no satisface los principios de necesidad y proporcionalidad. El primero, en razón de que el legislador sí contaba con otra alternativa menos lesiva para los derechos de los grupos afrodescendientes, la cual también permitía desarrollar la finalidad que perseguía el parágrafo del artículo 7º de la Ley 1816 de 2016. El segundo, porque excluir a las comunidades negras, raizales y palenqueras de la producción de las bebidas alcohólicas tradicionales, máxime cuando se emplean para el ejercicio de la medicina ancestral, implica una interferencia desmedida a los derechos de reconocimiento de la identidad, la autonomía y la diversidad cultural de esas colectividades.

Ante la configuración de una omisión legislativa relativa, la Corte tiene la opción de modular el contenido de la sentencia, al extender las consecuencias normativas que el legislador no incluyó injustificadamente[80]. De ahí que, la disposición mantenga su validez, siempre que se incorpore el aspecto omitido, situación que resuelve la antinomia de la ley frente la Constitución[81]. Sin embargo, dicha extensión debe tener en cuenta la estructura del parágrafo del artículo 7 de la Ley 1816 de 2016, el cual indica que los cabildos y asociaciones de cabildos indígenas son los sujetos destinatarios de la norma. En ese contexto, el condicionamiento debe cobijar a las formas de organización que tienen las comunidades afrodescendientes, reconocidas en el artículo 5 de la Ley 70 de 1993, las cuales son equivalentes a las estructuras que recoge la norma para las colectividades indígenas.

Por lo tanto, en el asunto sub judice, la Corte declarará exequible las expresiones “cabildos indígenas” y “asociaciones de cabildos indígenas”, contenida en el parágrafo del artículo 7 de la ley 1816 de 2016, en el entendido de que también incluyen a los consejos comunitarios de comunidades negras, raizales y palenqueras.

7. Síntesis de la decisión

7.1. En esta oportunidad, la Corte Constitucional se ocupa de estudiar la demanda

formulada por los ciudadanos Audrey Karina Mena Mosquera y Juan Sebastián Cárdenas Londoño contra las expresiones “cabildos indígenas” y “asociación de cabildos indígenas”, contenidas en el parágrafo del artículo 7 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”. Los actores consideran que el Congreso de la República incurrió en una omisión legislativa relativa, porque no incluyó a las comunidades negras, palenqueras y raizales en la autorización para producir y distribuir bebidas alcohólicas tradicionales y ancestrales de consumo propio, así como las indispensables para ejercer la medicina tradicional, de acuerdo con sus usos y costumbres.

En igual sentido, la totalidad de los intervinientes y la vista fiscal estiman que restringir a las comunidades indígenas la autorización para producir licores destilados, que tienen una connotación espiritual, cultural, ancestral o tradicional, constituye una vulneración de los artículos 7, 13 y 70 de Constitución, porque excluyó a las colectividades negras, raizales y palenqueras de ese beneficio, quienes comparten aspectos de identidad cultural similar a la que tienen las comunidades indígenas.

Sin embargo, pese a la mencionada unanimidad, existe una divergencia en torno al alcance de la decisión que debe adoptar la Corte Constitucional, de manera que unos intervinientes pidieron la inexequibilidad de las expresiones demandadas; mientras otros solicitaron la exequibilidad condicionada de las mismas. La primera posición fue defendida por la Universidad del Pacífico y la Fundación Sociedad Portuaria Buenaventura “Fabio Grisales Bejarano”.

La segunda postura fue reclamada por las Universidades Nacional de Colombia, Externado de Colombia, Santo Tomás y Rosario, al igual que por el Ministerio del Interior y de Justicia, el señor Procurador General de la Nación así como por las organizaciones la Fundación Social para la Productividad -FUNDAPRODUCTIVIDAD-, el Colectivo Destila Patrimonio, la Asociación de Parteras Unidas del Pacífico -ASOPARUPA- y la Fundación Activos Culturales AFRO-ACUA, quienes solicitaron que las expresiones “cabildos indígenas” y “asociaciones de cabildos indígenas” fuesen declaradas exequibles en el entendido de que las comunidades negras, raizales y palenqueras también se encuentran incluidas en la permisión que regula el parágrafo del artículo 7 de la Ley 1816 de 2016.

7.2. . De conformidad con el debate planteado por los demandantes y los intervinientes en este juicio, corresponde a la Corte resolver el siguiente problema jurídico: ¿las expresiones “cabildos indígenas” y “asociaciones de cabildos indígenas”, contenidas en el párrafo del artículo 7 de la Ley 1816 de 2016 quebrantan los artículos 7, 13 y 70 de la Constitución, porque no incluyeron a las comunidades negras, palenqueras y raizales en la posibilidad de continuar con la producción de bebidas alcohólicas tradicionales, ancestrales y medicinales, omisión que, según los actores, desconoce que las colectividades afrodescendientes también tienen una identidad y diversidad cultural similar a la que poseen los pueblos indígenas?

7.3. La Sala precisa que la Constitución de 1991 tiene el carácter de pluralista y participativa, lo que se traduce en reconocer y respetar las diferentes formas de ver el mundo e interpretar el pasado. Ello se concreta en los principios de diversidad e identidad, que implican el reconocimiento y respeto de toda manifestación cultural de los colectivos étnicos diversos, por ejemplo los saberes ancestrales medicinales así como los culturales, dado que se relacionan con las formas de percibir el mundo y la vida. Para garantizar esos ámbitos, la Corte Constitucional ha reconocido un derecho a la diversidad e identidad cultural, el cual trata de asegurar que las comunidades étnicas diversas ejerzan sus derechos fundamentales de acuerdo con su cosmovisión y tengan la posibilidad autogestionarse. Dicha protección beneficia a todo colectivo étnico diverso, como sucede con los pueblos indígenas, afrodescendientes, raizales, palenqueros, y/o población ROM.

Adicionalmente, estima que los principios de diversidad e identidad se concretan en derechos de reconocimiento cultural de las colectividades negras, palenqueras y raizales que pretenden eliminar las discriminaciones y negaciones históricas que han padecido esos colectivos. Con base en esas garantías, la Corte Constitucional ha salvaguardado la participación de las comunidades afrocolombianas, la aplicación de acciones afirmativas así como las expresiones culturales, ancestrales y medicinales entre otras, derivado de su carácter de grupos étnicos, de conformidad con el artículo 55 transitorio de la Constitución.

El mencionado reconocimiento ha implicado una asimilación en relación con los derechos que tienen los pueblos indígenas y las colectividades negras, similitud que busca romper la división artificiosa que se había configurado en el sistema jurídico. Sin embargo, esa

similitud no aparece eliminar las diferencias de esos grupos étnicos, pues la Constitución reconoce sus particulares ancestrales y la posibilidad de que existan regímenes normativos específicos en algunos aspectos, como sucede con el sistema de atención en salud y en representación política. En este contexto, existe un núcleo común de protección en la identidad cultural, cuya función son acabar con las imágenes devaluadas que se han creado sobre esos colectivos y permitir que expresen sus formas de vida diferentes a la que tienen la mayoría de la sociedad colombiana.

7.4. En el caso concreto y con base en las Sentencias C-329 de 2019, C-083 de 2018 y C-352 de 2017, la Corte verifica que el legislador había incurrido en una omisión legislativa relativa en relación con los apartes de la disposición demandada, pues se observaron todos los requisitos fijados por la jurisprudencia para su configuración, como se indica a continuación.

Constata la existencia de la norma excluyente, pues el párrafo del artículo 7 de la Ley 1816 de 2016 no incluyó a las comunidades negras, raizales y palenqueras como sujetos beneficiarios de la autorización para producir licores tradicionales y ancestrales de su consumo propio. Adicionalmente, estima que el legislador no tuvo en cuenta un deber específico constitucional, representado en la realización de los principios de diversidad étnica y cultural, el mandato de protección igual a todas las culturas, la obligación de garantizar la autonomía de los pueblos étnicos frente a su integridad cultural y el deber de reconocer las manifestaciones culturales de los grupos étnicos, de acuerdo con los artículos 7, 13 y 70 Superiores.

A su vez, comprueba que la omisión denunciada carece del principio de razón suficiente, por cuanto el legislador nunca argumentó por qué había excluido a las comunidades negras, raizales y palenqueras de la norma demandada. Tampoco precisó las razones que fundamentaron su decisión de incluir a los cabildos y asociaciones de cabildos indígenas en el párrafo del artículo 7 de la Ley 1816 de 2016.

La no inclusión de los colectivos afrodescendientes constituye una discriminación o desigualdad negativa, puesto que impide el desarrollo de aspectos culturales de la vida en comunidad. De hecho, esa medida tiende a perpetuar una situación de negación e invisibilización de las manifestaciones culturales de los grupos de población negra,

palenquera y raizal. Dicha vulneración al principio de igualdad se agrava si se tiene en cuenta que el legislador se encontraba ante sujetos similares, toda vez que los pueblos afro e indígenas tienen una identidad cultural distinta a la que posee el resto de la sociedad colombiana, por lo que se reconoce el carácter de grupos étnicos, que constituye una asimilación en los derechos culturales de reconocimiento de la identidad y diversidad. Así mismo, los estudios que obran como fundamento de la decisión dan cuenta de que los pueblos afrodescendientes tienen bebidas alcohólicas que hacen parte de su identidad cultural, su autonomía, su medicina tradicional y de sus costumbres, en una situación similar a la que tienen las comunidades indígenas.

La Sala Plena establece que la omisión no satisface los principios de necesidad y proporcionalidad. El primero, en razón de que el legislador sí contaba con otra alternativa menos lesiva para los derechos de las comunidades afrodescendientes. El segundo, porque excluir a ese grupo poblacional de la producción de las bebidas alcohólicas tradicionales para consumo interno, máxime cuando se emplean para el ejercicio de la medicina tradicional, implica una interferencia desmedida a los derechos de reconocimiento de la identidad, la autonomía y la diversidad cultural.

7.5. Ante la configuración de la omisión legislativa relativa, la Corte considera necesario proferir una sentencia que extienda las consecuencias jurídicas del enunciado legal atacado a las comunidades negras, palenqueras y raizales que el legislador excluyó de manera injustificada. Se advierte que dicha extensión debe tener en cuenta la estructura del párrafo del artículo 7 de la Ley 1816 de 2016, el cual indica que los cabildos y asociaciones de cabildos indígenas son los sujetos destinatarios de la norma. En ese contexto, el condicionamiento debe cobijar a las formas de organización que tienen las comunidades afrodescendientes.

VIII. DECISIÓN

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

RESUELVE:

Declarar EXEQUIBLE las expresiones “cabildos indígenas” y “asociación de cabildos

indígenas”, contenidas en el párrafo del artículo 7 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”, bajo el entendido que también incluyen a los consejos comunitarios de comunidades negras, raizales y palenqueras.

Notifíquese, comuníquese, cúmplase y archívese el expediente.

GLORIA STELLA ORTIZ DELGADO

Presidenta

CARLOS BERNAL PULIDO

Magistrado

DIANA FAJARDO RIVERA

Magistrada

LUIS GUILLERMO GUERRERO PÉREZ

Magistrado

ALEJANDRO LINARES CANTILLO

Magistrado

ANTONIO JOSÉ LIZARAZO CAMPO

Magistrado

CRISTINA PARDO SCHLESINGER

Magistrada

(Impedimento aceptado)

JOSÉ FERNANDO REYES CUARTAS

Magistrado

Magistrado

MARTHA VICTORIA SÁCHICA MÉNDEZ

Secretaria General

[1] Sentencia C-351 de 2013.

[2] Sentencia C 100 de 2011, MP María Victoria Calle Correa.

[3] Bovero Michelangelo, Nuevas reflexiones sobre democracia y constitución. En Pedro Salazar Ugarte, La democracia constitucional: una radiografía teórica, FCE, España, 2007, pp. 13-43.

[4] Sentencias C-543 de 1996

[5] Sentencias C-329 de 2019, C-191 de 2019, C-133 de 2018, C-083 de 2018, C-010 de 2018, C-352 de 2017, C-221 de 2017, C-189 de 2017, C-545 de 2011, C-442 de 2019, C-185 de 202

[6] Sentencias C-329 de 2019 y C-083 de 2018. En el mismo sentido ver Sentencias C-185 de 2002 C-555 de 1994, C-545 de 1994, C- 247 de 1995 y C-070 de 1996- “Este tipo de omisión legislativa podría derivar, según la jurisprudencia constitucional, “(i) en la afectación directa del principio de igualdad, o, (ii) en la violación de otros principios y mandatos constitucionales”. En el primer caso, la Corte ha señalado que “la omisión legislativa relativa desconoce el principio de igualdad cuando el contenido normativo no abarca, de manera injustificada, a todos los destinatarios que deberían quedar incluidos en la regulación”. En el segundo caso, la Corte ha reiterado que “es posible que una norma no incluya una condición o elemento esencial que se debió prever en el trámite de su emisión y que, con ello, se desconozcan otros preceptos constitucionales (...) por ejemplo, en los casos en que se involucren los derechos al debido proceso (art. 29) o al libre desarrollo de la personalidad (art. 16)”.

[7] Sentencias C-352 de 2017 y C-083 de 2018.

[8] Ibídem

[9] Sentencia C-555 de 1994.

[10] Sentencias C-083 de 2018 y C-029 de 2009.

[11] Dicha figura se entiende como la ausencia de una norma que debería existir, porque así lo exige la norma de la paridad. El legislador regula un supuesto de hecho de determinada manera, empero olvidó hacer lo mismo con otra situación fáctica análoga. Ver Guastini Ricardo, *Otras distinciones*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá 2014, pp. 513 - 514

[12] Sentencias C-555 de 1994, C-864 de 2008 y C-449 de 2009.

[13] Sentencia C-401 de 2016.

[14] En este punto se extendió la protección a la comunidad raizal, pese a que en la demanda no se solicitó la extensión de la norma a ese grupo étnico. La Sala sustentó su decisión en que el Estado debe velar por la garantía real y efectiva del reconocimiento y protección de la diversidad étnica y cultural.

[15] Sentencia C-359 de 2013.

[16] Taylor, Charles, *La política del reconocimiento*, en *El multiculturalismo y la "política del reconocimiento"*, traducción de Mónica Utrilla de Neira, Liliana Andrade Llanas y Gerard Vilar Roca, FCE, México 2009, p. 25

[18] En la Asamblea Constituyente discutió sobre el carácter pluralista de la Constitución de 1991 en el reconocimiento de las comunidades étnicas. La Gaceta 67 contiene las siguientes manifestaciones: "El reconocimiento del carácter multiétnico y pluricultural de la nación: El presupuesto de la propuesta de introducir un título especial de derechos de los grupos étnicos es el de reconstruir la identidad nacional a partir de la premisa de respeto y reconocimiento a la pluralidad. Este reconocimiento ya se ha hecho explícito en la referencia propiamente política al pluralismo y en "el reconocimiento del carácter

multiétnico y pluricultural del pueblo colombiano. Ahora, es preciso actualizar este principio introduciendo en la Constitución un título nuevo que haga efectivo el respeto a la pluralidad étnica y cultural. Este es, el mejor presupuesto para que los grupos étnicos contribuyamos a definir el futuro de la nación, para que asumamos la responsabilidad colectiva y solidaria de construir una nueva nación libre de la pobreza, del miedo y de la desesperanza. A la pérdida de valores, a la progresiva desintegración y crisis de la sociedad colombiana. Es preciso responder reformando las bases mismas de formación de la identidad nacional: fortaleciendo lazos de solidaridad que tengan como presupuesto fundamental el respeto por la diversidad, el reconocimiento de la diferencia y su vinculación mediante la participación. Esa vinculación debe tener como presupuesto el respeto y el reconocimiento de nuestra cultura, de nuestra forma de vida. Esta forma de vida debe ser respetada por las autoridades y por todas las personas; de lo contrario, los mismos valores proclamados por la nueva Constitución (paz, libertad, igualdad) se verán de hecho negados. El camino hacia una sociedad democrática y pluralista, requiere del reconocimiento y respeto efectivo a la diversidad étnica y cultural” Gaceta 67 Pluralismo, opcit, p. 58.

[19]García Villegas Mauricio, Título IV, De la participación democrática y de los principios de los partidos, en Constitución Política comentada por la Comisión Colombiana de Juristas, Comisión Colombiana de Juristas Bogotá 1997, p. 32. En el mismo sentido ver Sentencia C-089 de 1994 y C-577 de 2014

[20] Sentencia C-089 de 1994

[21]Opcit, García Villegas Mauricio, Título IV, De la participación democrática y de los principios de los partidos, Comisión Colombiana de Juristas, 1997.

[22] Sentencia C-008 de 2003.

[23] Sentencia C-089 de 1994.

[24] La Sentencia C-932 de 2007 estableció que “por acciones afirmativas se entiende todo tipo de medidas o políticas dirigidas a favorecer a determinadas personas o grupos, ya sea con el fin de eliminar o reducir las desigualdades de tipo social, cultural o económico que los afectan, bien de lograr que los miembros de un grupo subrepresentado, usualmente un grupo que ha sido discriminado, tengan una mayor representación, con el fin de conseguir

una mayor igualdad sustantiva entre grupos sociales con problemas de discriminación o de desigualdad de oportunidades”. Frente al desarrollo teórico de las acciones afirmativas se puede consultar: Tushnet, Mark. “The New Constitutional Order”. Princeton University Press. Princeton, 2004. Un tratamiento sistemático del tema puede verse en: Las estrategias de la Igualdad, la discriminación inversa como medio de promover la igualdad, por Macario Alemany, en Isonomía No. 11, octubre de 1999, Universidad de Alicante, España.

[25] Ver Sentencias T-514 de 2009 y T-617 de 2010. Sobre el concepto de dignidad, puede consultarse la sentencia T-881 de 2002, la Corte se ocupó, in extenso, del concepto de dignidad humana, desde una perspectiva constitucional, encontrando que se trata de un concepto jurídico polisémico; su contenido, por tanto es especialmente complejo así como su naturaleza jurídica. Acá se hace referencia a una de las dimensiones del concepto: la dignidad como autonomía cultural.

[26] Sentencia C-742 de 2006. En Sentencia C-882 de 2011, se indicó que la cultura es “el conjunto de rasgos distintivos espirituales y materiales, intelectuales y afectivos que caracterizan a una sociedad o a un grupo social y que abarca, además de las artes y letras, los modos de vida, las maneras de vivir juntos, los sistemas de valores, las tradiciones y las creencias”.

[27] Sentencia T-380 de 1993.

[28] Op.cit, Taylor Charles, La política del reconocimiento, 2009, p. 67. El plano íntimo hace relación a la consciencia de cómo la identidad puede ser bien o mal formada en el curso de nuestras relaciones con los otros.

[29] Wolkmer, Antonio Carlos. Pluralismo Jurídico. Fundamentos de una nueva cultura del Derecho. Sevilla: Editorial MAD, Sevilla, 2006, pp. 153 – 191

[30] Sentencia T-778 de 2005. Cfr. Sentencias T-465 de 2012, C-293 de 2012, C-882 de 2011 y C-208 de 2007.

[31] Sentencia C-641 de 2012.

[32] Sentencia C-882 de 2011 señala que “el reconocimiento de la diversidad étnica y

cultural en la Constitución supone la aceptación de la alteridad ligada a la aceptación de multiplicidad de formas de vida y sistemas de comprensión del mundo diferentes de los de la cultura occidental”.

[33] Sentencia T-281 de 2019. En igual sentido, ver providencia T-315 de 2019 y T-063 de 2019. En esta última decisión se indicó que “el núcleo esencial de la autonomía y autodeterminación de las comunidades indígenas, según la jurisprudencia constitucional, recae en la potestad de gestionar y satisfacer sus intereses propios en el marco territorial que habitan (artículo 287 CP), por consiguiente, cualquier interferencia del Estado debe, primero, estar fundamentada en la Constitución y la ley; segundo, tratar de medidas útiles y necesarias para la protección de los derechos fundamentales o colectivos involucrados; y, tercero, ser las medidas menos gravosas para la autonomía política de dichas comunidades étnicas”

[34] Sentencias T-973 de 2009, T-973 de 2014, T-650 de 2017 y T-576 de 2017.

[35] Sentencia T-315 de 2019

[36] Sentencia C-359 de 2013.

[37] Sentencia C-370 de 2002. Así mismo, en la sentencia T-1105 de 2008 se sostuvo: “En la Constitución existe un conjunto de preceptos encaminados a otorgar especial garantía al reconocimiento, en igualdad de condiciones, de todas las etnias y culturas que habitan en el territorio colombiano. [...] Así las cosas, es posible confirmar la garantía que la Constitución le brinda al reconocimiento y debida protección de la diversidad étnica y cultural cimentado sobre el respeto por la dignidad de todos los habitantes del territorio, independientemente de la etnia a que pertenezcan o de la cosmovisión que defiendan.”

[38] Entre las providencias que le han reconocido el hacer parte del bloque de constitucionalidad estricto sensu pueden mencionarse las sentencias C-641 de 2012, C-915 de 2010, C-615 de 2009, C-461 de 2008 y C-208 de 2007.

[39] Sentencia SU-123 de 2018. En Sentencia C-359 de 2013, se precisaron los criterios fundamentales para la identificación de una comunidad tribal o grupo etno-cultural, a saber: “a. La autoidentificación y vínculo comunitario; b. Estilos tradicionales de vida; c. Cultura y

modo de vida diferentes a los de los otros segmentos de la población nacional, p. ej. la forma de subsistencia, la lengua, los valores y prácticas sociales, culturales, religiosas y espirituales, etc.; d. Organización social y costumbres propias; y e. Normas tradicionales propias.”

[40] En la sentencia C-864 de 2008, al Corte hizo un recuento de la jurisprudencia constitucional sobre esta materia y se reafirmó qué comunidades negras podían ser consideradas como grupos étnicos sujetos de especial protección constitucional: “(i) un elemento ‘objetivo’, a saber, la existencia de rasgos culturales y sociales compartidos por los miembros del grupo, que les diferencien de los demás sectores sociales, y (ii) un elemento ‘subjetivo’, esto es, la existencia de una identidad grupal que lleve a los individuos a asumirse como miembros de la colectividad en cuestión.”

[41] Sentencia SU-123 de 2018

[42] Sentencia T-778 de 2005 estudio el caso de la participación política de una persona integrante de una comunidad indígena. En esa decisión, se dictaron órdenes para que facilitaran la participación política de la accionante que tenían la finalidad de inaplicar las normas de carácter legal que imponían barreras al ejercicio de ese derecho.

[43] En la Sentencia T-1105 de 2008, se favoreció a un aspirante para un cupo universitario, que ya se había agotado, con fundamento en una aplicación de un enfoque diferencial de derechos y una acción afirmativa en beneficio de una integrante de una comunidad indígena. Se argumentó que esa medida estaba promoviendo el reconocimiento de la diversidad étnica y cultural de la comunidad étnica del caso particular.

[44] Sentencia T-113 de 2009, reconoció que el colectivo indígena no tiene el deber prestar el servicio militar, en razón de su identidad étnica y cultural. Ese derecho operaba incluso cuando el ciudadano hubiese decidido aceptar el servicio militar y arrepentirse después.

[45] Sentencia T-903 de 2009

[46] Sentencias T-973 de 2009, T-201 de 2016, T-009 de 2018. En estos casos, se advirtió que la comunidad debe resolver los conflictos internos que surgen en la comunidad, de manera que el Estado no puede resolverlos en desarrollo de un paternalismo. Sin embargo,

esa regla no impide que las autoridades tomen medidas para proteger los derechos fundamentales de la comunidad. En Sentencia T-103 de 2018, se advirtió que los traslados de los pacientes de una comunidad étnica a otra son un asunto de autogobierno, por eso deben ser objeto de consulta previa, situación no varía en un procedimiento de liquidación de la EPS respectiva.

[47]Sentencia T-069 de 2019. En esta ocasión se estudió la vulneración que produjo la ausencia de participación efectiva y activa en el proceso de elaboración del Programa Visión Amazonía. Se reiteró que “El derecho a la diversidad e identidad étnica implica que el Estado debe (i) reconocer, respetar y proteger la diversidad étnica y cultural, lo cual incluye la economía de subsistencia de los pueblos indígenas; (ii) promover los derechos sociales, económicos y culturales de los pueblos indígenas, respetando sus costumbres, tradiciones e instituciones; (iii) adoptar medidas especiales para garantizar a estas comunidades el disfrute de sus derechos y la igualdad, real y efectiva, para el ejercicio de los mismos; en concordancia deben ser protegidos ante la violación de sus derechos y asegurar que accedan a procedimientos legales efectivos”

[48] La Sentencia C-882 de 2011 indicó que la prohibición de uso y consumo de sustancias psicoactivas y de estupefacientes no cubre a los territorios indígenas ni a sus miembros, debido a su diferencia cultural e identidad étnica. Inclusive, señaló que aplicar esa interdicción implicaría vaciar de contenido su espiritualidad y prácticas religiosas, así como desconocer los derechos de participación reconocidos a través de la consulta previa. En el mismo sentido, en Sentencia T-357 de 2018, se afirmó que el consumo y la producción de la hoja de coca en el territorio de las comunidades indígenas es un desarrollo de los principios de diversidad y autonomía étnica.

[49]En la Sentencia SU-649 de 2017, se indicó que “indígenas tienen derecho a practicar y revitalizar sus tradiciones y costumbres culturales. Ello incluye el derecho a mantener, proteger y desarrollar las manifestaciones pasadas, presentes y futuras de sus culturas, como lugares arqueológicos e históricos, objetos, diseños, ceremonias, tecnologías, artes visuales e interpretativas y literaturas. Correlativamente, los Estados deben adoptar medidas para obtener la restitución de los bienes culturales indígenas que actualmente se encuentren en otro Estado.”

[50] En Sentencia T-477 de 2012, la Sala Tercera de Revisión consideró que no puede ser objeto de registro marcario los conocimientos tradicionales indígenas, por ejemplo su simbología, mitos, vestimentas, cantos, en la comercialización de productos relacionados con la hoja de coca por personas ajenas a dicho colectivo social. Además señaló que el derecho a la identidad cultural es una garantía básica de las comunidades étnicas para que se respete su forma de ver el mundo. Y preciso que el conocimiento tradicional hace parte de la identidad cultural de las comunidades étnicas, pues es un patrimonio intangible.

[51] Andrews Reid, George, Afro-Latinoamérica 1800-2000, Trad. Oscar de la Torre Cueva, Ed. Iberoamericana – Vervuert, Madrid, 2007, p. 149

[52] Sentencia C-169 de 2001

[53] Los colectivos indígenas lograron la elección de tres representantes, como fueron Francisco Rojas Birry, por la Organización Nacional Indígena; Lorenzo Muelas, por el movimiento Autoridades Indígenas de Colombia y Alfonso Peña Chepe, representante de las guerrillas del Quintín Lame. Esos sectores se aliaron con la Alianza Democrática M-19, la Unión Patriótica y en los delegados del Partido Liberal.

[54] Sentencias C-253 de 2013 y T-576 de 2014

[55] Sentencia C-169 de 2001 y T-576 de 2014

[56] Ibídem.

[57] En Movimiento Social Afrocolombiano, Negro, Raizal y Palenquero (Op. cit), Wabgou, Arocha, Salgado y Ospina advierten que la expedición de la Ley 70 marcó “un punto de quiebre en la lucha por la visibilidad institucional y política de las negritudes en Colombia en la medida que en ningún otro momento histórico se había conformado un contexto político y social tan favorable para promover y concretar un proceso de mayor toma de conciencia de la etnia negra (etnización de las poblaciones negras), como lo fue la década de los años 90”. De todas formas, precisan que ese proceso de etnización conlleva una construcción identitaria incesante que empezó mucho antes de 1990 y que se prolonga hasta nuestros días. Julieta Lemaitre Ripoll, por su parte, sostiene que el éxito de la Ley 70 de 1993 tuvo que ver con que reconoció unos derechos étnicos y territoriales que fueron reivindicados

por las comunidades negras del Pacífico como una forma de resistir simbólicamente a ciertos fenómenos, como por ejemplo, al de la violencia paramilitar que enfrentaron sus territorios desde 1996. Al respecto, indicó lo siguiente: “En el caso concreto de la gente negra del Pacífico, el derecho contiene una serie de significados alternativos de resistencia a la violencia: contra el progreso anunciado por los paramilitares y sus cultivos de palma, el vocabulario del desarrollo alternativo y de ser guardianes de la naturaleza. Contra la fuerza del colono que llega talando la selva, haciendo mejoras y dependiendo del apoyo de la ley de baldíos o de la ley de tierras para legalizar su empuje, se erige la propiedad colectiva de intervención mínima en la selva que nombra campesinos ribereños como propietarios privados de millones de hectáreas intocadas de selva. Y contra el realismo de la guerra que insiste en la legitimidad del sacrificio de los civiles ante la lógica guerrera, y que identifica a los enemigos con animales sacrificables, se alza la concepción del poblador nativo no sólo como humano y ciudadano, y como tal sagrado, sino incluso, imaginado como supermoral en su cultura ancestral, pacífica, alegre, sabia, participativa y ecológica”. (Lemaitre Ripoll, Julieta. *El derecho como conjuro. Fetichismo legal, violencia y movimientos sociales*. Siglo del Hombre Editores y Universidad de los Andes. Bogotá, 2009).

[58] En la Sentencia T-576 de 2014, se indicó que “en ese punto, creó la figura del consejo comunitario como “forma de administración interna” de la comunidad negra, a la que encargó de delimitar y asignar áreas al interior de las tierras adjudicadas; de velar por la conservación y protección de los derechos de la propiedad colectiva, la preservación de la identidad cultural, el aprovechamiento y la conservación de los recursos naturales; de escoger al representante legal de la respectiva comunidad en cuanto persona jurídica, y de hacer de amigable componedor en los conflictos internos factibles de conciliación.”

[59] *Ibíd.*

[60] En Sentencia T-256 de 2017, una comunidad conformada por población indígena y afrodescendiente acudió ante el juez constitucional para que se salvaguardará su derecho a la consulta previa en el marco del traslado y reubicación que se había originado como resultado de un proceso de explotación carbonífera de cerrejón. En el mismo sentido Hooker, J, *Race and the Politics of Solidarity* en Oxford: Oxford University Press, Inglaterra, 2009, p. 170.

[62] La Corte indicó que la identidad grupal puede tener manifestaciones implícitas que por sí solas sirvan para exteriorizar la integración de sus miembros alrededor de expresiones que los cohesionen en un sentido relevante para la preservación y defensa de sus rasgos culturales distintivos. Al respecto, se refirió a este asunto, porque la tutela fue promovida por un integrante de la Asociación Nacional Cimarrón. Esto hizo suponer al juez de segunda instancia que la accionante era una persona jurídica, por lo cual declaró el amparo improcedente. En cambio, la Corte aclaró que una asociación que lucha contra la discriminación racial puede reclamar la protección de los derechos fundamentales de sus miembros, frente a conductas que incidan gravemente sobre sus intereses.

[63] Sobre el particular se indicó “No obstante que en relación con la población negra, la Constitución contemple una ley de igualdad promocional específica, esto no quiere decir que el resto de la población de ése origen no pueda ser objeto de medidas de protección general que puedan adoptar la forma de acciones afirmativas fundamentadas directamente en el artículo 13 de la C.P. En este caso, el concepto de “comunidad negra”, no podría tener el mismo sentido circunscrito que despliega en relación con el artículo 55 transitorio de la Carta. La igualdad promocional de orden general que eventualmente beneficiaría a la población negra del país, no estaría ligada al reconocimiento de una especie de propiedad colectiva, justificada en una ocupación ancestral de partes del territorio nacional. En realidad, en este caso, la diferenciación positiva correspondería al reconocimiento de la situación de marginación social de la que ha sido víctima la población negra y que ha repercutido negativamente en el acceso a las oportunidades de desarrollo económico, social y cultural.”

[64] la Sala precisó que “del reconocimiento a la diversidad étnica y cultural depende la subsistencia de los pueblos indígenas y tribales, y que son éstos quienes pueden conservar y proyectar en los diferentes ámbitos el carácter pluriétnico y multicultural de la nación colombiana, sustrato del Estado social de derecho acogido en la Carta. Este carácter, reconocido alude también a las comunidades negras.”

[65] En sentencia C-530 de 1993, se resolvió declarar exequible el Decreto N° 2762 de 1991, por las razones expuestas en la sentencia, en el entendido que “a los servidores públicos nacionales que ejercen jurisdicción o autoridad política, judicial, civil, administrativa o militar, al igual que todos los integrantes de las fuerzas militares o de

policía y los funcionarios del Departamento Administrativo de Seguridad DAS, que ingresen en ejercicio de sus funciones al Departamento Archipiélago de San Andrés, Providencia y Santa Catalina, dicho Decreto se les aplica con las limitaciones establecidas en el cuerpo de esta sentencia.”

[66] En lo que tiene ver con las comunidades étnicas, se demandaron cuatro numerales 3, 6, 10 y 13 del artículo 1º y el artículos 3º de la Ley 982 de 2005. El numeral 3 del artículo 1º se acusa de inconstitucional, por equiparar a la comunidad de personas sordas con las comunidades indígenas, lo que implica, a su parecer, una violación al principio de igualdad, pues se da un trato igual a quienes han de ser tratados de forma diferente. La Sala Planteó el siguiente problema jurídico ¿viola el legislador el principio de igualdad al establecer que las personas sordas son “parte del patrimonio pluricultural de la Nación y que, en tal sentido, son equiparables a los pueblos y comunidades indígenas y deben poseer los derechos conducentes” (art. 1º, num. 3, Ley 982 de 2005), en tanto se da el mismo tratamiento a dos grupos humanos que difieren en gran medida entre sí y que, por tanto, deberían ser objeto de trato diferente? Se respondió que el legislador no violó el principio de igualdad, dado que la población era equiparable a los pueblos y comunidades indígenas y deben poseer los derechos conducentes pues se da el mismo tratamiento a dos grupos humanos distintos entre sí, en aquellos aspectos en que hay parecidos, concretamente, en el derecho al reconocimiento de sus usos de lenguaje diferenciados, como patrimonio cultural de la nación.

[67] En Sentencia C-253 de 2013, se manifestó “Eliminar de las disposiciones acusadas la expresión “comunidades negras” sería, como lo anotan algunas de las intervenciones, silenciar la lucha de una parte importante de la población afrocolombiana que se identifica como negra, y que desea ser denominada de esta manera. En otras palabras, no es precisamente eliminando la expresión acusada en disposiciones legislativas que se favorece a determinado grupo étnico, que se erradica el racismo y se proscribe la discriminación”

[68] Al respecto, se precisó “la negación del aval de reconocimiento cultural no puede obedecer a una decisión caprichosa del consejo comunitario, sino a causales objetivas tales como desconocer el idioma, la historia, las tradiciones orales, la filosofía, la literatura, el sistema de escritura o cualquier otra manifestación cultural propia de la comunidad negra en relación con las clases a impartir. La exposición de dichas razones constituyen una

condición de protección del derecho de petición y del debido proceso, dada la importancia que tiene dicha respuesta en tanto de ella depende la posibilidad efectiva de acceder a un cargo público.”

[69]Fraser, Nancy. Escalas de justicia (Pensamiento Herder) (Spanish Edition). Herder Editorial. Edición de Kindle, Barcelona, 2012. Posición 390

[70] En esa oportunidad, se estudió si el Plan Nacional de Desarrollo 2006-2010 debía ser declarado inconstitucional por no haberse realizado la consulta previa

[71]Wade Peter, Interacciones, relaciones y comparaciones afroindígenas, en Estudios afrolatinoamericanos: una introducción / Alejandro de la Fuente [et al.]; editado por Alejandro de la Fuente; George Reid Andrews. – 1a ed. – Ciudad Autónoma de Buenos Aires : -CLACSO- 2018, pp. 136-137

[72] Sentencia C-1035 de 2003

[73] Sentencia C-059 de 2019

[74] Congreso de la República de Colombia, Cámara de Representantes, Gaceta 324 de 25 de mayo de 2016.

[75] Congreso de la República de Colombia, Senado, Gaceta 345 del 1º de junio de 2016, Senado, Gaceta 746 del 13 de septiembre de 2016, Senado, Gaceta 1034 del 22 de noviembre de 2016. Por su parte, Congreso de la República de Colombia, Cámara de Representantes, Gaceta 159 de 19 de abril de 2016

[76] Meza, Carlos Andrés, Murrillo Jesús Gorkys y Palacios Carlos, La ruta del Viche. Producción, circulación venta y consumo del destilado en el litoral Pacífico Colombia, Informe 11, Colección Informes Antropológicos del Instituto Colombiano de Antropología e Historia, 2012, Pp, 44-53

[77] Ibídem, p. 67

[78] En Sentencias C-115 de 2017 y C-329 de 2019. Se indicó que “Este principio implica examinar si el legislador tenía a su disposición otras alternativas que contribuyan a alcanzar

la finalidad propuesta y sean menos lesivas de los derechos fundamentales comprometidos”.

[79]Ibídem. Se definió el principio de proporcionalidad en los siguientes términos “este principio implica examinar si el grado de satisfacción del principio constitucional cuya protección persigue la medida justifica el grado de afectación del principio constitucional que se sacrifica con la misma”

[80] Sentencias C-555 de 1994, C-864 de 2008, C-449 de 2009, C-357 de 2017 y C-329 de 2019.

[81] Ibídem