

Sentencia C-671/14

Referencia: Expediente D-10118

Demanda de inconstitucionalidad contra los artículos 3 y 4 de la Ley 1482 de 2011, *“por medio de la cual se modifica el Código Penal y se establecen otras disposiciones”*

Actor: Carlos Parra Dussan

Magistrado Ponente:
LUIS GUILLERMO GUERRERO PÉREZ

Bogotá D. C., septiembre diez (10) de dos mil catorce (2014)

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

I. ANTECEDENTES

1. La demanda de inconstitucionalidad

En ejercicio de la acción pública de constitucionalidad, el ciudadano Carlos Parra Dussan demandó los artículos 3 y 4 de la Ley 1482 de 2011, *“por medio de la cual se modifica el Código Penal y se establecen otras disposiciones”*.

1.1. Disposición demandada

A continuación se transcriben las disposiciones impugnadas:

**“Ley 1482 de 2011
(noviembre 30)**

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

EL CONGRESO DE LA REPÚBLICA

DECRETA

(...)

*ARTÍCULO 3. El Código Penal tendrá un artículo 134A del siguiente tenor: **Artículo 134A. Actos de Racismo o Discriminación.** El que arbitrariamente impida, obstruya o restrinja el pleno ejercicio de los derechos de las personas por razón de su raza, nacionalidad, sexo u orientación sexual, incurrirá en prisión de doce (12) a treinta y seis (36) meses y multa de diez (10) a quince (15) salarios mínimos legales mensuales vigentes.*

*ARTÍCULO 4. El Código Penal tendrá un artículo 134B del siguiente tenor: **Artículo 134B. Hostigamiento por motivos de raza, religión, ideología política, u origen nacional, étnico o cultural.** El que promueva o instigue actos, conductas o comportamientos constitutivos de hostigamiento, orientados a causarle daño físico o moral a una persona, grupo de personas, comunidad o pueblo, por razón de su raza, etnia, religión, nacionalidad, ideología política o filosófica, sexo u orientación sexual, incurrirá en prisión de doce (12) a treinta y seis (36) meses y multa de diez (10) a quince (15) salarios mínimos legales mensuales vigentes, salvo que la conducta constituya delito sancionable con pena mayor”.*

1.2. Solicitud

El accionante solicita que, mediante una sentencia de constitucionalidad condicionada, se establezca que los delitos de actos de racismo o discriminación y de hostigamiento, previstos en las disposiciones demandadas, se configuran también cuando la conducta típica se despliega en función de la condición de discapacidad.

1.3. Fundamentos de la solicitud

1.3.1. Según el actor, los artículos 3 y 4 de la Ley 1482 de 2011 son inconstitucionales. A su juicio, la deficiencia normativa se origina en el carácter restrictivo de los tipos penales establecidos en dichas normas, porque aunque sancionan penalmente los actos ejecutados en contra de personas o grupos de personas en razón de su raza, etnia, nacionalidad, sexo, orientación sexual, religión o ideología política o religiosa, no se hace lo propio en relación con los actos ejecutados contra las personas con discapacidad. Este déficit es inconsistente con el objetivo general de la ley de ofrecer mecanismos de protección a todas las personas, grupos de personas, comunidades o pueblos cuyos derechos son afectados por actos de segregación y exclusión, el principio de igualdad, y con los deberes específicos del Estado en relación con el mencionado segmento social. Por

ello, se presentaría una omisión legislativa relativa, vulneratoria de las siguientes normas: (i) los artículos 1, 13, 47, 68 y 93 de la Carta Política; (ii) los artículos I, II y III de la Convención Interamericana para la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra las Personas con Discapacidad; (iii) los artículos 3 y 18 del Protocolo de San Salvador; (iv) los artículos 1, 3, 4 y 5 de la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad. Según el peticionario, ésta insuficiencia debe ser corregida a través de un fallo de exequibilidad condicionada que extienda el alcance de la ley, en el sentido señalado anteriormente.

Como fundamento de las solicitudes del escrito de acusación, se presentan cuatro tipos de consideraciones: (i) En primer lugar, se ofrece una descripción general de la situación del segmento poblacional presuntamente excluido de la protección legal; (ii) en segundo lugar, se explica el alcance de la normatividad de rango constitucional que le confiere a estos individuos el status de sujetos de especial protección; (iii) en tercer lugar, se indican las razones por las que el legislador ha debido penalizar la discriminación y el hostigamiento en razón de esta condición, y por ende, las razones que explican la inconstitucionalidad por omisión de las disposiciones impugnadas; (iv) finalmente, se ilustra el presunto déficit de la Ley 1482 de 2012 con un caso concreto ocurrido recientemente y que tuvo un alto impacto mediático, en el que los miembros de una congregación religiosa ejercieron actos de discriminación en razón de la condición de discapacidad, pese a lo cual no pudieron ser criminalizados como consecuencia del alcance restrictivo de los delitos de actos de racismo o discriminación, y de hostigamiento.

1.3.2. Con respecto al primer grupo de reflexiones, el actor proporciona información estadística sobre la incidencia de la discapacidad en la población colombiana, y describe la problemática a la que se enfrenta este colectivo.

Así, una proporción importante de los colombianos tiene algún tipo de discapacidad, pues al año 2005 correspondía al 6.41%, y según proyecciones efectuadas en ese año, al año 2011 sería padecida por 2.985.862 personas. Esta condición tiene origen en enfermedades generales (41.6%), accidentes (16.8%), alteraciones genéticas y hereditarias (15.1%), condiciones de la madre durante el embarazo (7.7%), complicaciones durante el parto (4.7%), enfermedades profesionales (2.1%), violencia (2.4%), dificultades en la prestación de servicios de salud (1.8%), consumo de sustancias psicoactivas (1%), y lesiones auto infligidas (0.8%).

La situación de este colectivo es particularmente compleja, debido a la confluencia de las siguientes circunstancias: (i) el alto nivel de dependencia, dado que con mucha frecuencia se requiere la asistencia y el cuidado permanente de otros individuos; (ii) la actitud negativa proveniente del

propio entorno familiar, social, e institucional; (iii) el diagnóstico tardío de esta condición, y los inconvenientes y dificultades consecuenciales a este tardanza; (iv) las limitaciones en el acceso al sistema de salud y al sistema educativo, puesto que el diseño e implementación de tales esquemas de atención no responden a las especificidades de esta condición; (v) el vínculo recíproco entre pobreza y discapacidad, en la medida en que una precaria situación económica puede provocar esta condición, y a la inversa, esta última puede generar o agravar la pobreza.

1.3.3. En segundo lugar, el actor afirma que en atención a las circunstancias anteriores, tanto el ordenamiento constitucional como los sistemas mundial y regional de derechos humano han otorgado a este grupo un status jurídico especial, determinando, entre otras cosas, que se trata de sujetos de especial protección constitucional, y que el Estado debe adoptar todas las medidas necesarias para garantizar el goce efectivo de sus derechos, su acceso a los bienes sociales, la igualdad material frente a los demás miembros del conglomerado social, y la prevención y sanción de cualquier acto discriminatorio en contra de los mismos.

1.3.4. Una vez hechas estas aclaraciones, el peticionario señala que el limitado espectro de los tipos penales analizados da lugar a una omisión legislativa relativa, cuyos elementos constitutivos serían los siguientes: (i) En primer lugar, tanto el texto constitucional como los instrumentos internacionales de derechos humanos consagran el principio de igualdad, así como el deber del Estado de brindar una protección especial a las personas con discapacidad; (ii) en segundo lugar, la Ley 1482 de 2011 tiene por objeto sancionar penalmente cualquier forma de discriminación, independientemente del sujeto que resulte afectado por tal actuación; (iii) pese a los mandatos constitucionales anteriores, y pese al objeto y finalidad de la propia ley, las normas demandadas excluyen de su ámbito de protección a las personas que integran el colectivo mencionado; (iv) esta exclusión tácita carece de un principio de razón suficiente, *“pues no se puede entender por qué las personas con discapacidad no se incluyeron en el tipo de penal de discriminación, si es claro que aún persiste la discriminación por razón de discapacidad, como lo ha señalado la misma Corte Constitucional en la Sentencia T-207 de 1999”*; (v) la restricción legal provoca una situación de desigualdad entre este colectivo y aquellos otros que sí se encuentran previstos en la ley, porque sólo estos últimos cuentan con la protección por vía penal; (vi) la omisión es el resultado del incumplimiento de un deber específico del legislador, toda vez que aunque en principio no existe una obligación de criminalizar los actos de segregación y exclusión, cuando el Estado ha optado por esta estrategia para combatir el fenómeno discriminatorio, la herramienta penal debe utilizarse atendiendo a las exigencias del principio de igualdad, y por tanto, sin exceptuar de su espectro a ningún colectivo vulnerable y objeto de especial

protección, como son las personas con discapacidad.

1.3.5. Finalmente, con el propósito de ilustrar sobre el déficit legislativo anterior, el actor reseña un caso concreto ocurrido en el año 2013 que fue ampliamente difundido en los medios de comunicación y en las redes sociales, pero que justamente no pudo ser canalizado a través de la vía penal en razón del estrecho ámbito de aplicación de la ley impugnada. En este sentido, el accionante se refiere al debate y a las controversias que se suscitaron con ocasión de los señalamientos de algunos miembros de la Iglesia de Dios Ministerial de Jesucristo Internacional y del partido político MIRA, a su juicio orientados a desconocer los derechos de las personas con discapacidad y a obstaculizar su inclusión social. En particular, el actor se refiere a la declaración de la señora María Luisa Piraquive, según la cual *“si ven un predicador sin un brazo, no se van a agradar mucho. Por la conciencia, otros días por estética, no lo ponemos en el púlpito (...) el espíritu santo es el que ordena a cada uno estar predicando. Entonces, el minusválido sabe que no puede pasar al púlpito. No iré a ponernos una demanda porque sabe que sería ridículo y podría hacerlo, pero, ¿al final qué?. Dios le castiga y le pone la mano (...)*”. El actor sostiene que este colectivo se encuentra en situación de indefensión frente a este tipo de discursos, porque el ordenamiento legal no ofrece ningún mecanismo específico de protección ante este tipo de agresiones y ataques.

1.3.6. A partir de las reflexiones anteriores, en la demanda se propone una sentencia de constitucionalidad condicionada, para extender el alcance de los artículos 3 y 4 de la Ley 1482 de 2001, en los términos señalados en el acápite anterior.

2. Trámite procesal

2.1. Admisión

Mediante auto del 28 de febrero de 2014, el magistrado sustanciador admitió la demanda, y ordenó: (i) Correr traslado de la misma al Procurador General de la Nación, para la presentación del correspondiente concepto; (ii) fijar en lista la ley acusada para las respectivas intervenciones ciudadanas; (iii) Comunicar la iniciación del proceso a la Presidencia de la República, al Congreso de la República, a los ministerios de Salud, Educación, de Justicia y del Derecho, del Trabajo y de Cultura, al Consejo Nacional de Discapacidad, al Consejo Distrital de Discapacidad de Bogotá, al Comité Técnico Distrital de Discapacidad de Bogotá y al Comité Municipal de Discapacidad de Medellín; (iv) invitar a participar a los decanos de las facultades de derecho de las universidades Javeriana, Externado de Colombia, de los Andes, Libre y de Antioquia, al Instituto de Derecho Penal y Ciencias Criminalísticas “José Vicente Concha” de la Universidad Sergio

Arboleda, al Instituto de Ciencias Penales y Criminológicas de la Universidad Externado de Colombia, a la Academia Colombiana de Jurisprudencia, a la Asociación Colombiana de Derecho Procesal Constitucional, a la Comisión Colombiana de Juristas, y al Centro de Estudios de Derecho, Justicia y Sociedad (Dejusticia).

2.2. Realización de audiencia pública

Una vez vencido recibidas las intervenciones y el concepto del Ministerio Público, la Sala Plena de la Corte Constitucional dispuso la realización de una audiencia pública, con el objeto de absolver inquietudes e interrogantes que podrían tener incidencia en el juicio de constitucionalidad, relacionadas con los rasgos fundamentales del fenómeno discriminatorio, los mecanismos y las dinámicas a través de las cuales se materializa, y las estrategias para combatirlo, y respecto de las cuales no se encontró una respuesta definitiva en las intervenciones presentadas con anterioridad.

En este sentido, el auto 200 de 2014 y los autos subsiguientes dispusieron la realización de este evento el día 31 de julio del mismo año en la Sala de Audiencias del Consejo de Estado, según los siguientes ejes temáticos, preguntas planteadas, e invitados, y según la siguiente agenda:

Invitados a participar y temas propuestos

<i>Núcleo temático</i>	<i>Invitado</i>	<i>Temas propuestos</i>
<i>Presentación del caso</i>	Presidente del Congreso de la República (José David Name)	Presentación general de la Ley 1482 de 2012
	Demandante dentro del proceso de inconstitucionalidad D-10118 (Carlos Parra Dussán)	Presentación general de la demanda de inconstitucionalidad
<i>Núcleo temático Nro. 1: Caracterización del fenómeno discriminatorio</i>	Juan Camilo Cárdenas	Los rasgos fundamentales del fenómeno discriminatorio, y los mecanismos y dinámicas a través de las cuales se materializa
	Jaime Arocha Procuraduría General de la Nación	
<i>Núcleo temático Nro. 2: Estrategias para prevenir y</i>	Ana Margarita González	Modelos para la prevención y eliminación de la discriminación en el derecho comparado
	César Rodríguez	Aplicación, eficacia e impacto de las

<i>combatir la discriminación</i>	Garavito	leyes que penalizan la discriminación en el derecho comparado
	Fiscalía General de la Nación	- Experiencia de la Fiscalía en la aplicación de la Ley 1482 de 2011. - Información estadística sobre denuncias presentadas a la Fiscalía, procesos penales iniciados, acusaciones, y condenas, en relación con los delitos objeto del cuestionamiento. - Apreciación general de la Ley 1482 de 2011.
Núcleo temático Nro. 3: <i>La criminalización de los actos de discriminación frente a los principios y derechos constitucionales</i>	Carlos Alberto Baena	La Ley 1482 de 2011 frente al principio de igualdad
	Mario Andrés Ospina	
	Representantes y delegados de organizaciones sociales de grupos protegidos: (i) Cimarrón; (ii) Colombia Diversa; (iii) Confederación Colombiana de Libertad Religiosa y de Conciencia; (iv) PAIS	
	Alejandro Aponte	(i) Descripción del contenido de los tipos penales cuestionados; (ii) la Ley 1482 de 2011 frente a los principios del derecho penal.
	Juan Antonio Lascuraín Sánchez	La criminalización de la discriminación frente a los principios del derecho penal. (i) Estándares del derecho penal para la tipificación de delitos; (ii) apreciación general de la Ley 1482 de 2011 a la luz de los principios del derecho penal.
	Eduardo Andrés Bertoni	La criminalización de la discriminación frente a las libertades públicas: (i) estándares de los sistemas mundial y regional de
Iván Garzón Vallejo		

	Álvaro Paúl Díaz	derechos humanos para la penalización de la discriminación y de los discursos de odio; (ii) apreciación general de la Ley 1482 de 2011 a la luz de la libertad de expresión
--	------------------	---

Agenda:

AGENDA
PRESENTACIÓN A CARGO DEL MAGISTRADO PONENTE (9:00 – 9:05)
PRESENTACIÓN DEL CASO (9:05 – 9:35)
Presidente del Congreso de la República (9:05 – 9:20)
Demandante: Carlos Parra Dussán (9:20 – 9:35)
EJE TEMÁTICO NRO. 1.: EL FENÓMENO DISCRIMINATORIO (9:35 – 10:35)
Juan Camilo Cárdenas (9:35 – 9:55)
Jaime Arocha (9:55 – 10: 15)
Procuraduría General de la Nación (10:15 – 10:35)
EJE TEMÁTICO NRO. 2. ESTRATEGIAS PARA COMBATIR LA DISCRIMINACIÓN (10:35 – 11:35)
Ana Margarita González (10:35 – 10:55)
César Rodríguez Garavito (10:55 – 11:15)
Fiscalía General de la Nación (11:15 - 11:35)
RECESO (11:35 – 11:45)
EJE TEMÁTICO NRO. 3: LA PENALIZACIÓN DE LA DISCRIMINACIÓN FRENTE A LOS PRINCIPIOS CONSTITUCIONALES (11:45 – 5:00)
Carlos Alberto Baena (11:45 – 12:05)
Mario Andrés Ospina (12:05 – 12:25)
RECESO (12:25 – 2:00)
Representantes o delegados de organizaciones sociales de grupos protegidos en la Ley 1482 de 2012: (i) Cimarrón (2:00 – 2:15); (ii) Colombia Diversa (2:15 – 2:30); (iii) Confederación Colombiana de Libertad Religiosa y de Conciencia (2:30 – 2:45); (iv) Programa de Acción por la Igualdad y la Inclusión Social (2:45 – 3:00).
Alejandro Aponte (3:00 – 3:20)
Juan Antonio Lascuraín Sánchez (3:20 – 3:40)
RECESO (3:40 – 3:50)
Eduardo Bertoni (3:50 – 4:10)
Iván Garzón Vallejo (4:10 – 4:30)
Álvaro Paúl Díaz (4:30 – 4:50)
CLAUSURA A CARGO DEL MAGISTRADO PONENTE (4:50 –

3. Intervenciones

3.1. Intervenciones que solicitan un fallo inhibitorio (Asociación Colombiana de Derecho Procesal Constitucional¹)

La entidad indicada considera que no hay lugar a un pronunciamiento de fondo, en la medida en que las acusaciones de la demanda se sustentan en consideraciones de orden ideológico, y no en una confrontación objetiva entre la disposición demandada y el texto constitucional. En el escrito correspondiente, sin embargo, no se indica el supuesto componente ideológico, ni tampoco se da cuenta de la insuficiencia argumentativa del escrito de acusación.

3.2. Intervenciones en favor de la declaratoria de constitucionalidad condicionada (Ministerio del Interior², Ministerio del Trabajo³, Secretaría Distrital de Integración Social de Bogotá⁴, Secretaría Técnica Distrital de Discapacidad de Bogotá⁵, Secretaría Distrital de Integración Social de Bogotá⁶, Academia Colombiana de Jurisprudencia⁷, Observatorio de Intervención Ciudadana Constitucional de la Facultad de Derecho de la Universidad Libre de Bogotá⁸, Grupo de Acciones Constitucionales de la Universidad Católica de Colombia⁹, Alcibíades Serrato¹⁰)

3.2.1. Los intervinientes señalados anteriormente coadyuvaron las pretensiones de la demanda, para que por vía de una sentencia de constitucionalidad condicionada, se amplíe del alcance de los delitos impugnados, y de este modo, los tipos penales se estructuren también en función de la condición de discapacidad.

Para justificar esta posición se presentan cuatro tipos de consideraciones, así: (i) de una parte, se ofrece una caracterización de este grupo poblacional, y se proporcionan datos empíricos sobre su situación y sobre las dificultades que atraviesa; (ii) por otro lado, se señala la perspectiva desde la cual el Estado colombiano debe afrontar las problemáticas asociadas a la discapacidad; (iii) en tercer lugar, se exponen las razones por las que las disposiciones demandadas adolecerían de una omisión legislativa relativa; (iv) finalmente,

¹ Intervención presentada el día 26 de marzo de 2014, en la que se solicita fallo inhibitorio como pretensión subsidiaria.

² Intervención del día 25 de marzo de 2014.

³ Intervención del día 26 de marzo de 2014.

⁴ Intervención presentada el 26 de marzo de 2014.

⁵ Intervención presentada el día 26 de marzo de 2014.

⁶ Intervención presentada el día 26 de marzo de 2014.

⁷ Intervención presentada el día 26 de marzo de 2014.

⁸ Intervención presentada el día 25 de marzo de 2014.

⁹ Intervención presentada el día 26 de marzo de 2014.

¹⁰ Intervención presentada el día 26 de marzo de 2014.

se propone la solución frente al vicio anterior, afirmando que por vía judicial es posible solventar el presunto déficit, a través de un fallo que introduzca en los tipos penales demandados el elemento normativo excluido.

3.2.2. Así, en primer lugar, algunos de los intervinientes ofrecen una caracterización de la población objeto de análisis, destacando los siguientes rasgos: (i) se trata de un grupo históricamente marginado y segregado, por la idea errada de que estas personas son incapaces de efectuar algún aporte a la sociedad, y de que, por el contrario, constituyen una carga social; (ii) las mayores limitaciones de este colectivo provienen, no de las condiciones intrínsecas de los sujetos que lo integran, sino de una *“cultura excluyente y segregacionista, que pone barreras económicas, sociales, arquitectónicas, tecnológicas, informativas y actitudinales”*¹¹; (iii) pese a la invisibilización de la problemática, se trata de un fenómeno bastante extendido, como quiera que según información de la Organización Mundial de la Salud, alrededor del 15% del censo mundial tiene actualmente alguna forma de discapacidad, y tal proporción tiende a incrementarse en razón, entre otras cosas, del envejecimiento progresivo de la población y de la aparición de nuevas enfermedades incapacitantes; (iv) aunque normativamente se han hecho esfuerzos significativos por garantizar la inclusión social de estos individuos, los problemas estructurales aún persisten, y las transformaciones sociales y culturales son tímidas y escasas; en este sentido, se puede evidenciar un acceso restringido a la educación¹², una precaria participación en los procesos y las dinámicas económicas¹³, una alta incidencia de pobreza¹⁴, y significativos niveles de dependencia¹⁵.

3.2.3. Con fundamento en esta descripción, algunos de los intervinientes señalan que la problemática planteada en la demanda debe ser abordada desde una perspectiva de derechos, en la que se conciba la discapacidad, no

¹¹ Intervención de la Secretaría de Integración Social del Distrito de Bogotá.

¹² Se estima que en América Latina y el Caribe, sólo entre el 20 y el 30% de los menores discapacitados asisten a la escuela, y que en Colombia únicamente el 0.32% de los alumnos tiene discapacidad (datos contenidos en el escrito de intervención de PAIIS).

¹³ Según datos de la OMS, la participación de la población discapacitada en la economía es sustancialmente inferior a la de la población en general, y la remuneración por su trabajo también es ostensiblemente inferior. Se estima que en aunque el 52.3% de la población mundial con discapacidad está en edad productiva, tan solo el 15.% tiene algún tipo de trabajo, y que por esta falencia Colombia pierda entre el 5.35 y el 6.97% de su PIB; en el caso de Bogotá, por ejemplo, tan solo el 15% de la población registrada se encuentra laborando, el 24% está incapacitado, sin trabajar y sin pensión, y el 9% no refiere ninguna actividad concreta en el ámbito productivo (datos contenidos en el escrito de intervención de la Secretaría de Integración Social de Bogotá y de PAIIS).

¹⁴ Según la OMS, existe una relación directamente proporcional entre discapacidad y pobreza, por lo que, en términos generales, la población con discapacidad y sus familias presentan niveles más elevados de pobreza. En el caso de Bogotá, esta tesis se puede corroborar a partir del indicativo de la ubicación de las viviendas según su estrato socio-económico, pues el 59% de las personas con discapacidad se encuentran en estratos 1 y 2, y el 37% en estrato 3 (datos contenidos en el escrito de intervención de la Secretaría de Integración Social de Bogotá).

¹⁵ La OMS ha puesto en evidencia el vínculo entre discapacidad, dependencia y deterioro de la calidad de vida. En Bogotá, el 32% de estas personas requiere un cuidador permanente (datos contenidos en el escrito de intervención de la Secretaría de Integración Social de Bogotá).

como el resultado de limitaciones intrínsecas o inmanentes de algunos individuos, sino como la consecuencia de la incapacidad de la familia, de la sociedad y del Estado para adaptarse a las especificidades y a la diversidad de las personas, y en últimas, como el efecto de una construcción social artificial. En tales circunstancias, la marginación de este colectivo podría eliminarse en la medida en que se modifique la concepción y las prácticas sociales e institucionales de base que provocan la referida condición.

A modo de ejemplo, se explica el modo en que los obstáculos a los que se enfrenta este colectivo son el resultado de distintos tipos de barreras impuestas familiar, social e institucionalmente, así: (i) de una parte, se encuentran barreras de orden *físico y arquitectónico*, que impiden el acceso a los espacios públicos y privados y la movilidad autónoma e independiente de las personas con restricciones físicas y sensoriales; (ii) también se encuentran las barreras *comunicativas*, que obstruyen o dificultan el acceso a la información y a los medios de comunicación; (iii) de igual modo, existen barreras *actitudinales*, que corresponden a imaginarios, prejuicios, modales y actitudes del conglomerado social, cuyo objeto o efecto es la restricción en el acceso a las oportunidades y a los bienes sociales; (iv) finalmente, se encuentran barreras de orden *socioeconómico*, pues existe un vínculo entre la discapacidad, la pobreza y la exclusión; de una parte, esta condición obliga a invertir grandes recursos en ámbitos como la educación, la salud o el transporte, y al mismo tiempo impide o restringe la participación en la vida política, económica y cultural, tanto del individuo discapacitado, como de su entorno familiar, que igualmente perjudica su situación económica; y por otro lado, estas limitaciones económicas suelen agravar la situación de discapacidad, o incluso a generarlas y provocarlas, como ocurre cuando esta condición es el resultado de una atención inadecuada en el embarazo o en parto.

En este contexto, la eliminación de estas barreras puede contribuir decisiva y favorablemente en las condiciones de vida de estos sujetos, así como en el goce efectivo de sus derechos.

3.2.4. Un tercer grupo de consideraciones apunta a demostrar la inconstitucionalidad de los artículos 3 y 4 de la Ley 1482 de 2011, en la medida en que no sancionan los actos discriminatorios ejecutados en razón de la condición de discapacidad. En otras palabras, a su juicio se presentaría omisión legislativa relativa, así¹⁶:

¹⁶ En este sentido, se señalan las siguientes sentencias de la Corte Constitucional que identifican los elementos constitutivos de las omisiones legislativas relativas: C-359 de 2013, M.P. Jorge Iván Palacio Palacio; C-096 de 2013, M.P. Luis Guillermo Guerrero Pérez; C-619 de 2011, M.P. Humberto Antonio Sierra Porto; C-127 de 2011, M.P. María Victoria Calle; C-100 de 2011, M.P. María Victoria Calle Correa; C-1236 de 2005, M.P. Manuel José Cepeda Espinosa; C-371 de 2004, M.P. Jaime Córdoba Triviño; C-185 de 2002, M.P. Rodrigo Escobar Gil; C-427 de 2000, M.P. Vladimiro Naranjo Mesa; C-543 de 1996, M.P. Carlos Gaviria Díaz.

(i) Primero, *existen dos disposiciones específicas respecto de las cuales se predica la omisión, a saber, los artículos 3 y 4 de la Ley 1482 de 2011*, que consagran, respectivamente, los delitos de actos de racismo o discriminación, y el de hostigamiento. La existencia de estos preceptos descartaría una omisión normativa absoluta, frente a la cual la Corte carece de toda competencia.

(ii) Segundo, *ambas disposiciones excluyen de su ámbito de aplicación hipótesis que eran asimilables a las previstas en tales normas*.

En efecto, los preceptos demandados penalizan la discriminación y el hostigamiento ejercido en razón de la raza, la nacionalidad, el sexo, la orientación sexual, la ideología política o filosófica y la religión, pero no en razón de la condición de discapacidad. Así, según el artículo 3 de la Ley 1482 de 2011, los “actos de racismo o discriminación” se presentan cuando se impide, obstruye o restringe el pleno ejercicio de los derechos de manera arbitraria, en razón de la raza, la nacionalidad, el sexo o la orientación sexual; por su parte, según el artículo 4 del mismo cuerpo normativo, el hostigamiento se presenta cuando se promuevan o instiguen actos o conductas o comportamientos constitutivos de hostigamiento, orientados a provocar daño a una persona o grupo de personas en razón de su raza, etnia, religión, nacionalidad, ideología política o filosófica, sexo u orientación sexual.

Pues bien, a juicio de los intervinientes, la situación, las condiciones y las características de estos grupos, en razón de las cuales se otorgó la protección por vía penal, son las mismas de los sujetos con discapacidad, así: (i) en primer lugar, se trata en todos los casos de grupos históricamente discriminados y excluidos de la vida política, económica, social y cultural, como lo demuestra su escaso y limitado acceso al mercado laboral, a la educación, a la participación en espacios políticos e institucionales, y en las actividades culturales; esto también es predicable del segmento poblacional analizado; (ii) en segundo lugar, existe un sesgo en la cultura dominante en contra de todos estos colectivos, que en el caso de las personas con discapacidad se expresa en ideas, sentimientos y actitudes de temor, rechazo y lástima hacia ellos; (iii) y en tercer lugar, la condición que da lugar a la exclusión y la marginación es inseparable de la persona, tal como ocurre con la pertenencia étnica, la nacionalidad, el sexo o la orientación sexual, y obviamente, con la situación de discapacidad.

Por este motivo, el ordenamiento superior y la jurisprudencia constitucional ha otorgado a todos estos grupos el status de *sujetos de especial protección*, y en consonancia con ello, ha reconocido el deber del Estado de brindarles una protección reforzada. Pese a lo anterior, inexplicablemente los preceptos

demandados extienden la protección legal a todos los demás grupos señalados anteriormente, más no al colectivo señalado.

(iii) *Tercero, la exclusión anterior carece de un principio de razón suficiente.* Esta falta de justificación se presenta, por un lado, porque por la analogía en las condiciones de los grupos protegidos en la ley demandada y las de las personas en discapacidad, no se encuentra ninguna razón a la luz de la cual pudiera justificarse la opción legislativa; y por otro lado, porque al examinar el trámite de aprobación parlamentaria, se encuentra que durante el mismo no se expuso ninguna razón que diera cuenta de la limitación legal, ni de su razón de ser.

(iv) *El déficit legislativo provoca una situación de desigualdad respecto de las personas discapacitadas.*

Esta situación se produciría porque los preceptos demandados contienen una medida diferenciadora entre dos grupos de personas, a saber, las que son discriminadas u hostigadas en razón de su discapacidad, y las que lo son en razón de otro criterio como la nacionalidad, la pertenencia étnica, el sexo, la orientación sexual, la ideología política o filosófica o religión: mientras que en esta última hipótesis existe una protección legal por vía de la sanción penal, en la primera de ellas no se otorga la referida garantía. Esta diferenciación es insostenible desde la perspectiva constitucional, toda vez que el acto sancionatorio se estableció en beneficio de personas especialmente vulnerables y calificadas por el ordenamiento jurídico como sujetos de especial protección, y los individuos con discapacidad tienen esta calidad según el texto constitucional, los instrumentos internacionales y la propia jurisprudencia de esta Corporación.

Pero además, esta Corporación ha entendido que la discapacidad constituye un criterio sospechoso de discriminación, por lo que en principio se presume que toda diferenciación normativa que tenga por objeto o efecto limitar los beneficios de este grupo tiene ese sesgo, de modo tal que su justificación está sujeta a un test estricto de igualdad. En este caso particular la medida no supera este examen, habida cuenta de la inexistencia de una finalidad constitucionalmente legítima que pueda respaldar la restricción normativa.

(v) *La omisión legislativa constituye un incumplimiento de un deber constitucional en cabeza del legislador.* A juicio de los intervinientes, la exclusión dispuesta en las disposiciones demandadas comportaría la vulneración del ordenamiento superior, en al menos tres sentidos:

De una parte, el legislador estaba obligado a sancionar penalmente los ataques en contra del colectivo, toda vez que, según se desprende de los antecedentes legislativos y del objeto y finalidad misma de la ley, el proyecto

estaba orientado a proteger a todas las personas y grupos de personas que pudiesen ser víctimas de la discriminación, pese a lo cual, durante el trámite parlamentario inexplicablemente se restringió su alcance, excluyendo de la protección al referido segmento poblacional¹⁷.

En efecto, aunque el proyecto de ley presentado inicialmente se orientó a la protección de la población negra, afrocolombiana, raizal y palenquera, posteriormente, durante el proceso de aprobación parlamentaria, se puso en evidencia la necesidad de ampliar su espectro a todos los colectivos históricamente discriminados; en este sentido, en el Informe de Ponencia para primer debate se afirmó que *“actualmente en Colombia hay personas que se encuentran en una situación de desventaja frente a las demás, por razón de su pertenencia a determinada religión, por sus ideologías, o por su orientación sexual (...) la propuesta que ponemos a consideración de la Comisión Primera, en el tercer debate de este proyecto, es ampliar el concepto de discriminación más allá de la discriminación racial, de tal suerte que todo acto de discriminación arbitraria se considere delito, por cuanto no existen razones para proteger de forma exclusiva los actos de discriminación que se cometen contra unos cuantos grupos poblacionales (...)”*.

Igualmente significativo resulta el hecho de que como sustento del proyecto de ley, se citaron ejemplos de leyes en el derecho comparado que prohíben y sancionan la discriminación en función de la condición de discapacidad, tal como ocurre con las referencias que se hicieron durante el trámite parlamentario a la legislación mexicana¹⁸, peruana¹⁹, alemana²⁰ y española²¹, o con las referencias a la legislación uruguaya y boliviana, que protegen en términos genéricos a todos los grupos históricamente excluidos y marginados.

En definitiva, aunque durante la mayor parte del trámite parlamentario el legislador quiso sancionar penalmente todas las manifestaciones del

¹⁷ Argumento esbozado por el Programa de Acción por la Igualdad y la Inclusión Social de la facultad de Derecho de la Universidad de los Andes, y por el ciudadano Alcibíades Serrato.

¹⁸ En el escrito de intervención de PAIIS se señala que la “Ley para prevenir y eliminar la discriminación” prohíbe todo tipo de discriminación basada en el origen étnico o nacional, sexo, edad, condición social o económica, condición de salud, embarazo, lengua, religión, opiniones, preferencia sexual, estado civil, condición de discapacidad, o cualquier otra que tenga por objeto o efecto impedir o anular el reconocimiento o ejercicio de los derechos.

¹⁹ En el escrito de intervención de PAIIS se señala que el artículo 323 del Código Penal del Perú sanciona la discriminación asociada a factores de orden religioso, sexual, genético, idiomático, de identidad étnica o cultural, o asociado a la filiación, edad, idioma, indumentaria, opinión política o de otra índole, o a la condición de discapacidad.

²⁰ En el escrito de intervención de PAIIS sostiene que la “Ley de Igualdad de Trato” de Alemania, tiene por objeto la eliminación de la discriminación por razones de etnia, sexo, religión, condiciones, edad, identidad sexual o condición de discapacidad.

²¹ En el escrito de intervención de PAIIS se afirma que el proyecto de ley de igualdad, en el que se sanciona pecuniariamente la discriminación, comprende categorías como el nacimiento, origen racial o étnico, sexo, religión, convicción u opinión, edad, orientación o identidad sexual, enfermedad, condición de discapacidad o cualquier otra condición personal o social.

fenómeno, el texto finalmente aprobado tuvo un alcance más limitado por no incluir la categoría analizada, pero sin que tal restricción estuviese fundamentada.

De otra parte, las disposiciones demandadas también vulneran el principio general de igualdad, en la medida en que la misma norma otorga un tratamiento diferenciado a sujetos que en razón de su situación de vulnerabilidad, deberían contar con la misma protección legal, y en la medida en que tácitamente, por la vía de la no penalización, las disposiciones acusadas avalan la discriminación y el hostigamiento, cuando se ejerce en contra de personas con discapacidad.

Y en tercer lugar, la omisión desconoce deberes específicos en cabeza del Estado, que obligan a adoptar medidas en favor de este grupo, así: (i) tanto la Carta Política como la Convención Interamericana para la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra las Personas con Discapacidad, y la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, consagran el deber genérico de garantizar los derechos, la inclusión social y la igualdad de oportunidades de estos individuos; (ii) específicamente, el artículo 47 superior prevé la obligación de diseñar e implementar políticas de previsión, rehabilitación e integración social para los disminuidos físicos, sensoriales o síquicos; (iii) el artículo 54 superior consagra el deber de fomentar la ubicación laboral de estas personas; (iv) el artículo 68 radica en el Estado la obligación especial de erradicar el analfabetismo, y el de asegurar el acceso a la educación de personas con limitaciones físicas o mentales.

De este modo, los artículos 3 y 4 de la Ley 1482 de 2011, adolecerían de una inconstitucionalidad por omisión.

3.2.5. Por último, se advierte que la deficiencia anterior puede ser superada con la intervención judicial, a través de una sentencia de constitucionalidad condicionada que introduzca en la disposición demandada el elemento normativo omitido, para que el delito de actos de racismo o discriminación, y el de hostigamiento, se perfeccionen también cuando la conducta prohibida se despliega por motivos de discapacidad²².

3.3. Intervenciones que solicitan descartar la pretensión de declarar la constitucionalidad condicionada de las disposiciones demandadas (Ministerio de Justicia y del Derecho²³, Asociación Colombia de Derecho

²² Debe aclararse que el Ministerio del Trabajo considera que el fallo de constitucionalidad condicionada sólo es viable en la medida en que al momento de fallar no haya sido aprobado el proyecto de ley presentado el 23 de enero de 2014 por el senador Juan Manuel Galán Pachón, en el que se sanciona penalmente la discriminación en contra de las personas con discapacidad, pues en tal caso carecería de todo sentido y objeto una sentencia que replique el contenido de una disposición legal.

²³ Intervención presentada el día 25 de marzo de 2014.

Procesal Constitucional²⁴, Instituto de Derecho Penal y Ciencias Criminalísticas “José Vicente Concha” de la facultad de derecho de la Universidad Sergio Arboleda²⁵, Universidad Externado de Colombia²⁶, Programa de Acción para la Igualdad y la Inclusión Social de la facultad de Derecho de la Universidad de los Andes²⁷)

3.3.1. Los intervinientes señalados anteriormente consideran inviable el requerimiento del actor, por las siguientes razones: (i) las disposiciones demandadas no adolecen de la falencia señalada en el escrito de acusación, por lo que tan solo hay lugar a la declaratoria de exequibilidad simple²⁸; (ii) independientemente del déficit anterior, no es admisible la declaratoria de constitucionalidad condicionada, dado que la medida cuestionada es de naturaleza criminal y se refiere a un elemento constitutivo de un tipo penal, y el eventual condicionamiento implicaría la ampliación de conductas criminalizadas, todo lo cual provocaría la lesión del principio de legalidad, la limitación injustificada del principio de libertad, y la negación del principio de democrático; por este motivo, o se debe declarar la exequibilidad simple de los preceptos acusados²⁹, o enviar un exhorto al Congreso para que enmiende la falencia detectada en el fallo³⁰ o para que regule de manera integral y sistemática el fenómeno discriminatorio³¹.

3.3.2. El primer grupo de argumentos apunta a demostrar que la exclusión tácita contenida en las disposiciones demandadas no constituye una omisión legislativa relativa, que fue la premisa fundamental del peticionario en función de la cual se estructuraron todos los cargos.

3.3.2.1. En efecto, aunque el Estado tiene el deber de adoptar medidas en favor de las personas en condición de discapacidad, no existe una obligación específica de canalizar este deber a través de la penalización de los actos discriminatorios en contra de este grupo.

Así por ejemplo, el artículo 47 de la Carta Política obliga al Estado a adoptar medidas en favor del referido segmento social, pero este deber se encuentra asociado a la formulación e implementación de políticas sociales orientadas a la previsión, rehabilitación e inclusión de ese colectivo; de igual modo, el artículo 54 superior establece la obligación de brindar protección laboral,

²⁴ Intervención presentada el día 26 de marzo de 2014, en la que se solicita la declaratoria de exequibilidad de los preceptos demandados, como pretensión principal, y un fallo inhibitorio, como pretensión subsidiaria).

²⁵ Intervención presentada el día 27 de marzo de 2014.

²⁶ Intervención presentada el día 27 de marzo de 2014.

²⁷ Intervención presentada el día 3 de abril de 2014.

²⁸ Intervención del Ministerio de Justicia y del Derecho.

²⁹ Intervención de la Asociación Colombiana de Derecho Procesal Constitucional y del Instituto de Derecho Penal y Ciencias Criminalísticas “José Vicente Concha” de la Universidad Sergio Arboleda.

³⁰ Intervención de la Universidad Externado de Colombia.

³¹ Intervención del Programa de Acción por la Igualdad y la Inclusión Social, de la facultad de Derecho de la Universidad de los Andes.

deber que en todo caso es ajeno a la criminalización de la discriminación.

Así las cosas, mal podría la Corte considerar que el legislador infringió el deber de penalizar los actos discriminatorios en contra de estos sujetos de especial protección, cuando ni siquiera existe un deber genérico de criminalización de tales conductas.

3.3.2.2. Además, una vez identificada y analizada la normativa legal pertinente, se evidencia *“que el Estado ha previsto en los diferentes ámbitos y aspectos (...) estrategias, medidas y mecanismos de carácter administrativo, jurídico, económico, social, cultural, entre otros, como garantía de protección especial diferenciación positiva”*³².

En este sentido, los intervinientes señalan tres tipos de medidas legislativas dentro del ordenamiento jurídico colombiano: (i) aquellas orientadas de manera general a asegurar los derechos de estas personas, como la Ley Estatutaria 1618 de 2013, que establece medidas de inclusión y de acción afirmativa, y la Ley 361 de 1997, que prevé varios mecanismos de inclusión para las personas con distintos tipos de limitaciones; (ii) las leyes orientadas a asegurar el acceso de las personas con discapacidad a los bienes y servicios sociales, como la Ley 115 de 1994 en materia de educación, la Ley 100 de 1993 en materia de salud, la Ley 979 de 2003 el sistema pensional y algunos subsidios especiales, la Ley 397 de 1997 sobre acceso a la cultura, la Ley 582 de 2000 sobre el acceso al deporte, la Ley 488 de 1998 en materia de comunicaciones, la Ley 361 de 1997 en materia laboral, y la Ley 1287 de 2009, sobre acceso a lugares de estacionamiento; (iii) finalmente, normatividad encaminada a brindar protección especial a grupos específicos de personas con discapacidad, como las del Código de la Infancia y la Adolescencia sobre discapacidad infantil, las de la Ley 1275 de 2009 sobre personas con enanismo, y las de la Ley 1306 de 2009, sobre personas con discapacidad mental. A partir de este barrido normativo se concluye que *“en ningún momento se han omitido mandatos constitucionales sobre protección especial de la población en condición de discapacidad, y por el contrario, se han adelantado todo de acciones de carácter legal y administrativo para hacer efectiva la diferenciación positiva a la cual ha hecho referencia la jurisprudencia constitucional”*³³.

3.3.2.3. Por otro lado, aunque las normas impugnadas no criminalizan los ataques contra las personas con discapacidad, y pese a que estos sujetos en principio son asimilables a aquellos en función de los cuales se estructuraron los tipos penales indicados, por tratarse en todos los caso de sujetos de especial protección en razón de su condición de vulnerabilidad, la exclusión se encuentra amparada en distintos principios de orden constitucional.

³² Intervención del Ministerio de Justicia y del Derecho.

³³ Intervención del Ministerio de Justicia y del Derecho.

En efecto, los principios de *ultima ratio* y de necesidad exigen que se acuda al derecho penal únicamente cuando han fracasado los demás controles sociales, y cuando, además, este tipo de intervención resulta imprescindible para el mantenimiento de la organización política, dentro de los marcos propios de la democracia. Sin embargo, esta necesidad, a su vez, no puede identificarse en abstracto, sino únicamente a partir de análisis empíricos, institucionales y normativos que den cuenta de la gravedad de la problemática en cuestión, de la ineficacia de las estructuras actuales, y de la insuficiencia de la normatividad existente y de la actuación de las instituciones a las que corresponde enfrentarla. Ahora bien, como la solicitud del peticionario carece de todos estos elementos de juicio, resulta inviable el requerimiento de la demanda de extender el espectro de la sanción penal.

En otras palabras, no se encuentra probado que la exclusión tácita contenida en los preceptos demandados carezca de un principio de razón suficiente, y al contrario, los principios constitucionales del derecho penal justifican ampliamente la restricción legal cuestionada por el demandante.

3.3.3. Otro grupo de intervinientes advierte la solución para enfrentar la presunta y eventual irregularidad no consiste extender por vía judicial el alcance de las normas cuestionadas, como lo pretende el actor. La razón de ello es que un fallo de esta naturaleza resulta inconsistente con el rol asignado por el ordenamiento superior a esta Corporación, y con la naturaleza de las disposiciones impugnadas.

En particular, se argumenta que en materia penal la intervención judicial se encuentra limitada, en cuanto la restricción a la libertad envuelta en la tipificación de los delitos debe ser determinada únicamente por los propios órganos de deliberación democrática. En este sentido, y a partir de la jurisprudencia de esta Corporación³⁴, se señalan cuatro hipótesis en las que la inconstitucionalidad de una disposición penal no podría ser enmendada por vía de una sentencia de constitucionalidad condicionada: (i) cuando el condicionamiento no se deriva directamente del tipo penal objeto del escrutinio judicial; (ii) cuando la decisión judicial requerida envuelve la definición de los elementos estructurantes del tipo penal; (iii) cuando la exequibilidad condicionada se traduce en una reducción significativa de la libertad de configuración del legislador; (iv) finalmente, cuando el condicionamiento implica una ampliación del poder punitivo del Estado, criminalizándose nuevas conductas que a nivel legislativo no estaban previstas como un hecho punible.

³⁴ En particular, se transcriben apartes de la sentencia C-939 de 2002, M.P. Eduardo Montealegre Lynett, en los que la Corte señala los límites a la intervención judicial de las omisiones legislativas relativas en materia penal.

A juicio de los intervinientes, la decisión judicial requerida por el accionante desconocería los límites anteriores, y por tanto, vulneraría los mismos principios constitucionales que se pretenden proteger a través del control abstracto. En efecto, al ampliarse el alcance de los tipos penales, y al incluirse dentro de los mismos las conductas típicas ejecutadas en función del criterio analizado, la Corte entraría a formular directamente la política criminal del Estado, definiría los elementos constitutivos de los tipos penales y haría nugatoria la libertad de configuración legislativa.

Por estas razones, la solución frente a la eventual inconstitucionalidad no es la propuesta por el actor, sino una de las siguientes: (i) la declaratoria de exequibilidad simple de las disposiciones acusadas³⁵; (ii) un fallo exhortativo al Congreso para que en un término razonable subsane la falencia detectada, en el sentido de que los tipos penales previstos en los artículos 3 y 4 de la Ley 1482 de 2011, comprenden también los actos discriminatorios realizados en función de la condición de discapacidad; (iii) un fallo exhortativo orientado a que se legisle de manera integral y sistemática la prevención y eliminación de toda forma de discriminación³⁶.

3.4. Intervenciones que solicitan la declaratoria de inexequibilidad de los preceptos demandados (Henry Alberto Gómez Gómez³⁷)

El ciudadano Henry Alberto Gómez Gómez solicita a esta Corporación que se declare la inexequibilidad de la Ley 1482 de 2012, por cuanto a su juicio, la ley en su integridad vulnera la libertad de expresión y los principios que orientan el derecho penal.

Por una parte, la descripción de los tipos penales es tan deficiente, que impide individualizar el catálogo de conductas prohibidas y sancionadas. Así por ejemplo, la conducta típica se expresa conceptos de carácter valorativo y no descriptivo, como ocurre con la alusión a la “arbitrariedad”, así como en locuciones excesivamente vagas como las de “hostigamiento” y “daño”, que aluden a conductas que por sí solas no tienen la potencialidad de afectar los derechos de las personas.

Por otro lado, la criminalización de estas conductas lesiona un amplio repertorio de libertades individuales, y en particular, la libertad de conciencia, la libertad religiosa y la libertad de expresión. Por ejemplo, algunas personas consideran que el comportamiento homosexual es contrario a la naturaleza humana, pero la expresión de tal creencia podría ser sancionado penalmente, por lo que en últimas los tipos penales previstos en la ley vendrían a operar como “delitos de opinión”, y tendrían, además, un

³⁵ Solicitud del Ministerio de Justicia y del Derecho y de la Asociación Colombiana de Derecho Procesal Constitucional.

³⁶ Solicitud de PAIS.

³⁷ Intervención presentada el día 25 de marzo de 2014.

efecto intimidatorio incompatible con las exigencias básicas del principio democrático.

Finalmente, se advierte que el Estado cuenta con otros mecanismos menos restrictivos de la libertad para promover las nuevas tendencias éticas, como campañas educativas y culturales, y el fortalecimiento de las libertades de pensamiento, expresión y comunicación, así como del debate público y abierto de las ideas, *“sin tener que recurrir al derecho penal para lograr tales cambios a través de la fuerza, la intimidación y la violencia en las conciencias de los ciudadanos”*³⁸.

4. Concepto del Ministerio Público

4.1. Mediante concepto rendido el día 11 de abril de 2014, la Procuraduría General de la Nación presentó un triple requerimiento: (i) en primer lugar, solicita rechazar la solicitud del actor de que extienda el alcance de los tipos penales acusados; (ii) en segundo lugar, la declaratoria de inexecutable de los artículos 3 y 4 de la Ley 1482 de 2011, acompañada de un exhorto al Congreso de la República para que *“de manera precisa, específica, razonable, integral y sistemática, establezca diferentes mecanismos efectivos, eficaces y proporcionales para sancionar los abusos o maltratos que se cometan contra las personas que por su condición económica, física o mental, se encuentran en circunstancias de debilidad manifiesta”*. (iii) finalmente, a título de pretensión subsidiaria, se solicita un fallo inhibitorio, por ineptitud sustantiva de la demanda.

4.2. El primero de estos requerimientos se sustenta en dos tipos de argumentos:

Por una parte, se afirma que la Ley 1482 es, en sí misma considerada, lesiva del ordenamiento superior, por lo que mal podría extenderse el alcance de disposiciones que son inconstitucionales.

Y por otro lado, se sostiene que incluso haciendo abstracción de la circunstancia anterior, y asumiendo que los artículos impugnados adolecen del vicio alegado por el peticionario, no hay lugar al condicionamiento requerido, porque este interferiría con la competencia del órgano que detenta la legitimidad democrática para definir la política criminal del Estado.

4.3. Con respecto al requerimiento relativo a la declaratoria de inexecutable, la Vista Fiscal sostiene que en razón del diseño legislativo, los tipos penales previstos en la Ley 1482 de 2011 contradicen los principios básicos que orientan el derecho penal, por lo que no solo no sería admisible extender el alcance de una ley que de por sí es inconstitucional, sino que

³⁸ Intervención del ciudadano Henry Alberto Gómez Gómez.

además, resulta imperativo su retiro del ordenamiento jurídico. Para justificar esta tesis, la entidad remite al concepto rendido ante esta Corporación en otro proceso de inconstitucionalidad contra la misma ley³⁹, y sintetiza sus argumentos en el sentido que se indica a continuación.

De una parte, los tipos penales previstos en los artículos 3 y 4 de la Ley 1482 de 2011 son incompatibles con el principio de igualdad, por las siguientes razones: (i) En primer lugar, se sustentan en una concepción reduccionista e inadecuada del referido principio, al suponer equivocadamente que de éste se desprende la necesidad de otorgar un trato idéntico a todos los sujetos de derecho en todas las esferas de la vida social, al margen de cualquier diferencia empírica constitucionalmente relevante que pueda existir entre ellos; dado este error de base, la normativa impugnada termina por criminalizar cualquier conducta que tenga por objeto o efecto el trato diferenciado, incluso cuando la diferenciación se encuentre amparada en el propio ordenamiento superior; (ii) en segundo lugar, paradójicamente los tipos penales terminan por tener un efecto discriminatorio, en cuanto podría ser instrumentalizada por los segmentos y grupos sociales protegidos en la ley, para atacar *“a quienes no comparten sus ideas, intereses, creencias y opciones”*; (iii) en tercer lugar, la ley confiere al derecho a la igualdad una jerarquía supraconstitucional y un carácter absoluto que no tienen los demás derechos.

De otro lado, los preceptos acusados no solo fallan en su propósito fundamental de garantizar el derecho a la igualdad, sino que además, esta aspiración fallida se materializa a través de mecanismos prohibidos que criminalizan conductas que no lesionan bienes jurídicos fundamentales y que además, constituyen la manifestación de otros derechos de rango constitucional, como la libertad de expresión, la libertad de conciencia y la libertad religiosa. En otras palabras, el efecto jurídico de la ley demandada es la anulación de los derechos y libertades públicas, de modo que incluso puede conducir al escenario indeseable en el que *“algunas personas (...) intenten llevar a la cárcel u obliguen forzosamente a actuar o a retractarse a quienes no comparten sus ideas, intereses, creencias u opciones, o incluso se convierta en un obstáculo legal, por amenaza punitiva, para que las personas actúen o se abstengan de actuar (...) de conformidad con lo que les ordena su conciencia, o se abstengan de manifestar sus opiniones o expresas sus creencias en espacios o establecimientos públicos, o a través de los medios de comunicación, entre otras (...)”*. Se trata entonces un ejercicio desmedido *“de la más severa herramienta de intervención o restricción a la libertad de las personas con las que cuenta el Estado de Derecho”*.

³⁹ Concepto Nro. 5489 de 2013 rendido dentro del expediente D-8992, que dio lugar a la Sentencia C-282 de 2013, M.P. Luis Guillermo Guerrero Pérez, en la que la Corte se declaró inhibida para pronunciarse sobre la exequibilidad de la Ley 1482 de 2011, por ineptitud sustantiva de la demanda.

Finalmente, los tipos penales contenidos en la Ley 1482 de 2011 desatienden los principios que orientan el derecho penal contemporáneo, así: (i) en contravía del principio de legalidad, no se precisa el sujeto activo del hecho punible, y se incluye indistintamente a los particulares y a los servidores públicos como victimarios, no se identifica el espectro de conductas prohibidas, y mucho menos se precisan las condiciones bajo las cuales se podría justificar la realización de la conducta típica; esta indeterminación *“incluye verbos rectores, condicionamientos y fines tan amplios y generales que, sin lugar a dudas, permitirían la sanción de conductas que responden a la libertad de conciencia, la libertad religiosa, la libertad de expresión y otras libertades y derechos fundamentales”*; (ii) de modo semejante, y como consecuencia de la amplitud en la descripción de los tipos penales, la ley desconoce el principio de proporcionalidad por hacer un uso excesivo de la vía penal como herramienta de control social; (iii) por último, pese al buen propósito del legislador de combatir la discriminación, en esta oportunidad se hizo un uso inadecuado de la vía penal, que por sí sola no tiene la potencialidad de garantizar los derechos de las personas que integran grupos históricamente discriminados, y que, por el contrario, lo hace en contravía de las libertades públicas.

A partir de estas consideraciones, la Vista Fiscal concluye que no solo se deben descartar las pretensiones de la demanda, sino que además los preceptos en cuestión deben ser declarados inexecutable.

4.4. No obstante, en la medida en que el Estado tiene el deber de prevenir y combatir eficazmente la discriminación, se solicita a la Corte exhortar al Congreso *“para que de manera precisa, específica, razonable, integral y sistemática, establezca diferentes mecanismos efectivos, eficaces y proporcionales para sancionar los abusos o maltratos que se cometan contra las personas que por su condición económica, física o mental, se encuentren en circunstancias de debilidad manifiesta”*.

4.5. Finalmente, la Vista Fiscal solicita de manera subsidiaria un fallo inhibitorio, en atención a la ineptitud sustantiva de la demanda.

A su juicio, como los fallos de constitucionalidad condicionada constituyen una excepción a la regla general en la que el juez constitucional se limita a confrontar la disposición demandada con el ordenamiento superior y determinar su exequibilidad o inexecutable simple, las demandas que contienen un requerimiento están sujetas a unos estándares de valoración más exigentes para proceder a un fallo de fondo.

Los cargos del escrito de acusación, sin embargo, no satisfacen tales estándares, porque utilizan como referente normativo del juicio de constitucionalidad distintos preceptos del ordenamiento superior que, lejos

de imponer al Estado la penalización, se limitan a postular el deber estatal de garantizar los derechos de los colectivos históricamente discriminados, y de otorgarles un trato igualitario. En estas circunstancias, difícilmente se podría afirmar que una disposición es inconstitucional porque no penaliza la discriminación, cuando no existe un deber semejante.

4.6. En conclusión, la Procuraduría General de la Nación solicita, como pretensión principal, la declaratoria de inexecutable de los artículos 3 y 4 de la Ley 1482 de 2011, así como un exhorto al Congreso para que establezca distintos mecanismos efectivos, eficaces y proporcionales para sancionar los abusos o maltratos que se cometan contra las personas que por su condición económica, física o mental, se encuentren en circunstancias de debilidad manifiesta, y como pretensión subsidiaria, que se declare inhibida para pronunciarse sobre las pretensiones del actor, en razón de la ineptitud de los cargos de la demanda.

5. Contenido de las intervenciones en la audiencia pública

En la audiencia pública efectuada el día 31 de julio de 2014 se abordaron las siguientes temáticas: (i) Los rasgos del fenómeno discriminatorio, y en particular, de la discriminación en razón de la condición de discapacidad; (ii) estrategias utilizadas en el derecho comparado para enfrentar esta problemática, y en particular, el modelo sancionatorio-penal; (iii) la criminalización de la discriminación a la luz de los principios del derecho penal y de las libertades públicas.

A continuación se hará una breve presentación de tales exposiciones, teniendo en cuenta los problemas jurídicos planteados en el presente caso.

Participante	Temáticas abordadas	Tesis expuestas
Presidente del Congreso de la República (José David Name)	<ol style="list-style-type: none">Origen de la exclusión normativa cuestionada por el accionante.Postura frente al requerimiento de la demanda	<ol style="list-style-type: none">La exclusión de la categoría de discapacidad en los delitos impugnados no obedeció a una decisión deliberada del legislador, sino a una inadvertencia del mismo.Se debe incluir la referida categoría en los tipos legales demandados, pero esta definición corresponde al Congreso y no al juez constitucional, por lo cual, la Corte no debe acceder a las pretensiones de la demanda. De hecho, actualmente cursa en el Congreso una iniciativa que pretende solventar la deficiencia normativa señalada por el

		accionante.
Carlos Parra Dussán (accionante)	Razón de la inconstitucionalidad de los tipos penales demandados	Aunque las normas impugnadas penalizan los actos de discriminación, estas mismas tienen un sesgo discriminatorio porque excluyeron de su ámbito de protección a un grupo que se encuentra en la misma situación de los demás colectivos previstos en la ley, sin que exista un principio de razón suficiente que justifique la excepción legal.
Juan Camilo Cárdenas	El fenómeno discriminatorio en Colombia, con especial referencia al racismo	<p>1. Los casos más visibles de discriminación que se registran en medios de comunicación, constituyen la expresión puntual de problemas sistémicos y estructurales que afectan en forma decisiva la inclusión de segmentos sociales en los distintos escenarios de la vida económica, política, social y cultural.</p> <p>2. La tesis anterior puede ser corroborada a través de estudios experimentales que dan cuenta de la manera en que factores como la raza o el género afectan en forma decisiva el acceso a los bienes sociales básicos, como el trabajo o la educación. Estudios de este tipo han demostrado que en Colombia las personas afrodescendientes tienen menos probabilidad de ser vinculadas laboralmente que otros grupos poblacionales, por el solo hecho de su color de piel o de su pertenencia étnica.</p>
Jaime Arocha	El racismo como forma emblemática de discriminación	El racismo en contra de personas negras, afrodescendientes, raizales y palenqueras tiene las siguientes manifestaciones: (i) Invisibilización; (ii) estereotipia; (iii) naturalización de geografías racializadas; (iv) desdicha genealógica
Procuraduría General de la Nación	1. Criterios derivados del principio de igualdad para	1. La prohibición de discriminación tiene como fundamento la dignidad, la cual, a su vez, debe ser entendida a partir del reconocimiento de la

	<p>evaluar las leyes que penalizan la discriminación.</p> <p>2. Examen de la Ley 1482 de 2011, a la luz de los estándares anteriores.</p>	<p>diversidad y el pluralismo.</p> <p>2. Por la razón anterior, las leyes que criminalizan la discriminación deben atender las siguientes pautas: (i) El Estado no puede imponer una versión particular o específica de igualdad, y por tanto, no puede imponer ninguna forma de igualitarismo, ni sancionar aquellas posturas que no se adecúen a las ideas dominantes, o que sean “políticamente incorrectas”; (ii) la infracción del principio de igualdad es responsabilidad exclusiva el Estado; (iii) las cargas derivadas de la prohibición de discriminación son sustancialmente distintas cuando se atribuyen a particulares, porque éstos no tienen el deber jurídico de promocionar los derechos de los demás, ni otorgar un trato igualitario a todas las personas en todas las esferas de la vida social.</p> <p>3. La Ley 1482 de 2011 no satisface las exigencias anteriores, porque sanciona penalmente a las personas, individualmente consideradas, por no garantizar el acceso de todos los individuos que integran colectivos históricamente discriminados, a los bienes sociales, y esta carga no les es atribuible.</p>
<p>Ana Margarita González</p>	<p>Estrategias en el derecho comparado para combatir la discriminación, con especial referencia a la experiencia en Brasil y Estados Unidos</p>	<p>1. Las estrategias para combatir la discriminación deben ser consistes con la naturaleza de esta problemática, atendiendo a su complejidad y a la pluralidad de sus manifestaciones.</p> <p>2. Los esquemas básicos para prevenir y combatir esta problemática son los siguientes: (i) Modelo sancionatorio no punitivo, que apunta a las expresiones individuales y no estructurales del fenómeno, como las medidas pedagógicas, patrimoniales, policivas, administrativas o disciplinarias; (ii) Modelo</p>

		<p>sancionatorio punitivo, orientado a combatir manifestaciones puntuales y vistosas del problema, y no su dimensión estructural; (iii) Acciones afirmativas o de acción positiva, cuyo objeto es remediar los efectos estructurales del fenómeno, como la creación de oportunidades de movilidad social, y la neutralización de estereotipos creados en contextos microsociales</p>
<p>César Rodríguez Garavito</p>	<p>Aplicación, eficacia e impacto de las estrategias para combatir la discriminación</p>	<p>1. La Ley 1482 de 2011 responde a la tendencia latinoamericana y europea de criminalizar la discriminación.</p> <p>2. La penalización es un componente necesario pero insuficiente en la lucha contra la discriminación. Incluso, la penalización del racismo constituye un deber del Estado, según la Convención para la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Racial.</p> <p>3. La eficacia material de este tipo de leyes es escasa porque no atacan la dimensión estructural del problema, sino conductas particulares que únicamente son el reflejo de una realidad más profunda y compleja, tal como lo evidencia la experiencia brasilera, que cuenta con una normatividad de este tipo desde hace más de 20 años.</p> <p>4. Pese a la limitación anterior, este tipo de normatividades pueden tener un impacto simbólico significativo que podría justificar su implementación, al lado de otras estrategias como las siguientes: (i) medidas promocionales de acción afirmativa; (ii) participación empoderada de los grupos discriminados; (iii) visibilidad estadística.</p>
<p>Fiscalía General de la Nación</p>	<p>1. Información estadística sobre denuncias, imputaciones y</p>	<p>1. Desde la entrada en vigencia de la Ley 1482 de 2011 hasta el 30 de julio de 2014, se han presentado 140 denuncias por la presunta comisión de</p>

	<p>acusaciones por los delitos impugnados</p> <p>2. Postura sobre el requerimiento de la demanda</p>	<p>los delitos de hostigamiento y de actos de discriminación, pero de este total, únicamente dos han dado lugar a formulación de imputación por parte de la Fiscalía General de la Nación: (i) la primera, con ocasión de las declaraciones de un concejal que estableció una asociación gráfica entre la población desplazada, indígena y negra, y el cáncer; (ii) la segunda, por un twitter en el que para referirse a la tragedia de 32 niños fallecidos en el municipio de Fundación, un joven universitario sostuvo que <i>“tan cara que está la gasolina y desperdiciarla en 32 costeos”</i>.</p> <p>2. Los eventuales choques de la ley con principios y derechos constitucionales pueden ser solventados por vía interpretativa, a partir de una visión garantista.</p> <p>2. Los delitos demandados deben ser ampliados por vía judicial, para que comprendan la categoría de discapacidad.</p>
<p>Carlos Alberto Baena</p>	<p>1. Importancia de la Ley 1482 de 2011.</p> <p>2. Posición frente al requerimiento de la demanda.</p> <p>3. Peligros de la ley.</p>	<p>1. La Ley 1482 de 2011 es importante porque visibiliza las problemáticas asociadas a la discriminación.</p> <p>2. Aunque los delitos previstos en la ley demandada deberían sancionar los ataques en contra de las personas con discapacidad, esta ampliación corresponde al legislador y no al juez constitucional, puesto que esto implica una ampliación del poder punitivo del Estado que sólo corresponde determinar al órgano parlamentario.</p> <p>3. Sin perjuicio de la importancia de Ley 1482 de 2011, éste instrumento debe ser interpretado adecuadamente para evitar: (i) la confusión conceptual entre las diferenciaciones justificadas, y discriminación; (ii) la utilización política de los delitos cuestionados, no en beneficio del principio de igualdad,</p>

		<p>sino en razón de intereses políticos particulares, tal como ocurrió con el ataque al partido político Mira, con fundamento en un supuesto ataque hacia las personas con discapacidad por parte de una pastora de una religión que integra el partido, que terminó siendo utilizada como herramienta de debilitamiento de este grupo partidista; (iii) la utilización de la ley en beneficio exclusivo de algunas élites, en perjuicio de otros colectivos que también se encuentran en una posición de vulnerabilidad y que también son víctimas de discriminación, tal como ha ocurrido con las personas que profesan públicamente alguna religión.</p>
Mario Andrés Ospina	<p>1. Contenido del principio de igualdad y de la cláusula de no discriminación. 2. Posición frente a la solicitud del accionante. 3. La compatibilidad de la Ley 1482 con los derechos fundamentales y las libertades públicas.</p>	<p>1. La cláusula de no discriminación es un elemento del principio de igualdad que prohíbe toda forma de segregación basada en prejuicios y estereotipos establecidos por grupos mayoritarios y dominantes. 2. Para evaluar la transgresión de la referida cláusula no es pertinente el test de razonabilidad, porque en el primer caso el examen debe estar orientado a determinar si el criterio de diferenciación es ilegítimo, y no a establecer la adecuación, necesidad y proporcionalidad del trato desigual. 3. El Estado debe adoptar medidas para proteger a las personas con discapacidad, como la establecida en la Ley 1482 de 2011. 4. La penalización de la discriminación, en sí misma considerada, no vulnera principios y derechos constitucionales.</p>
Cimarrón	<p>1. La discriminación en contra de la población afrocolombiana. 2. Dificultades en la interpretación y</p>	<p>1. La discriminación contra este colectivo ha tenido un componente de violencia y de agresividad lesivo de la dignidad humana, porque las personas afrodescendientes llegaron a ser consideradas y tratadas como seres no humanos y como medios de</p>

	<p>aplicación de la Ley 1482 de 2011</p>	<p>producción. Aunque estos elementos se han venido diluyendo o matizando a lo largo del tiempo, aún permanecen vigentes los rasgos fundamentales de este fenómeno.</p> <p>2. A pesar de que la Ley 1482 de 2011 está bien concebida, su aplicación en la práctica esta mediada por una serie de obstáculos, como la inexistencia de una división de la Fiscalía encargada de investigar este tipo de conductas. Esto ha conducido a que la ley tenga un impacto muy limitado.</p>
<p>Colombia Diversa</p>	<p>1.Situación de las víctimas de la discriminación en razón de la orientación sexual y de la identidad de género.</p> <p>2. Medidas urgentes para combatir este problema.</p> <p>3. Posición frente al requerimiento del accionante.</p>	<p>1. La discriminación en contra de la población LGBTTI provoca su anulación como seres humanos</p> <p>2. Para enfrentar este problema resulta prioritario: (i) el reconocimiento del matrimonio igualitario; (ii) la plena protección de los hijos de parejas del mismo sexo; (iii) el diseño e implementación de esquemas de protección de las personas trans; (iv) mecanismos específicos para combatir la violencia policial.</p> <p>3. La criminalización de la discriminación, aunque no es inconstitucional, tampoco soluciona los problemas de las personas afectadas por este fenómeno. Sin perjuicio de lo anterior, las personas LGBT defienden la libertad de expresión, de conciencia y de religión, en tanto son la base del pluralismo.</p> <p>4. Dado que no existe ninguna razón que justifique la omisión del legislador en la inclusión de la categoría de discapacidad en los tipos penales demandados, este grupo debería ser incluido en tales disposiciones.</p>
<p>PAIIS</p>	<p>1.Naturaleza estructural del problema</p> <p>2. Contenido y alcance de los tipos</p>	<p>1. La discriminación tiene una naturaleza estructural y por ello afecta todas las esferas vitales de las personas con discapacidad, pese a no estar motivada por el odio.</p>

	<p>penales demandados.</p> <p>2. La idoneidad de la vía penal.</p> <p>3. Posición frente al requerimiento de la demanda.</p>	<p>2. Las normas que penalizan la discriminación no atacan la problemática específica de este grupo poblacional.</p> <p>3. Aunque las normas demandadas adolecen de una omisión legislativa relativa, a la luz de la jurisprudencia constitucional no es procedente un fallo de constitucionalidad condicionada, porque su efecto jurídico consistiría en la ampliación del campo de punibilidad que desconoce la competencia del legislador para definir la política criminal del Estado.</p>
Alejandro Aponte	<p>Apreciación general de los tipos penales previstos en la Ley 1482 de 2011</p>	<p>Aunque la ley 1482 de 2011 presenta algunas dificultades desde la perspectiva del derecho penal, en la medida en que tipifica como delito lo que en el derecho positivo se encuentra previsto como causal de agravación punitiva, en todo caso la ley tiene un valor simbólico, porque racionaliza las expectativas sociales sobre las conductas tolerables y no tolerables. En cualquier caso, la sanción penal constituye tan solo un componente del repertorio integral de medidas que deben ser adoptadas para enfrentar esta problemática.</p>
Juan Antonio Lascuraín Sánchez	<p>Apreciación general de la Ley 1482 de 2011, desde la perspectiva de los principios del derecho penal y las libertades públicas</p>	<p>1. La evaluación de los tipos penales se hace a partir de los siguientes presupuestos: (i) se trata de un juicio de constitucionalidad, no de oportunidad, conveniencia, calidad de la ley o de optimización constitucional; (ii) dentro del modelo democrático, los jueces constitucionales deben mostrarse deferentes frente al legislador.</p> <p>2. No es constitucionalmente censurable que los tipos penales demandados se estructuren tan solo en función de algunos factores de discriminación, por las siguientes razones: (i) la ley no protege grupos determinados, sino que establece motivos abstractos como el</p>

		<p>género o la raza; (ii) los motivos seleccionados coinciden con los previstos expresamente en el texto constitucional; (iii) el legislador goza de un amplio margen de apreciación para determinar los sujetos protegidos; (iv) los supuestos de discriminación no previstos en los tipos penales, en todo caso están cobijados por el principio general de igualdad y por la prohibición de discriminación.</p> <p>3. Los delitos previstos en la Ley 1482 de 2011 no limitan de manera ilegítima o desproporcionada la libertad de expresión.</p>
Eduardo Bertoni	Los delitos de actos de racismo o discriminación y de hostigamiento frente a la libertad de expresión	<p>1. Los tipos penales previstos en la ley demandada son cuestionables a la luz de la libertad de expresión, por las siguientes razones: (i) existen mecanismos no sancionatorios que tienen mayor repercusión; (ii) los tipos penales no señalan de manera expresa, precisa y taxativa las conductas prohibidas; (iii) el diseño legislativo permite que estos mecanismos sean utilizados para reprimir la disidencia política e ideológica.</p> <p>2. Dado que la ley examinada constituye una amenaza a la libertad de expresión, los jueces y demás operadores jurídicos usualmente eluden la aplicación de la misma, para salvaguardar las libertades públicas.</p>
Iván Garzón Vallejo	Los delitos de actos de racismo o discriminación y de hostigamiento, frente a las libertades públicas	La ley demandada tienen tres tipos de deficiencias: (i) Es ineficaz, pues parte del falso supuesto de que los problemas sociales y culturales se resuelven punitivamente; (ii) es contraproducente, porque en lugar de combatir los actos de discriminación, fomenta una cultura de la sospecha, del miedo y de la intolerancia, hace notorios y da publicidad al problema, confiere el mismo tratamiento a conductas que tienen una gravedad distinta, y termina

		<p>por atribuir connotación discriminatoria a actos y conductas en que originalmente podían no tener este sesgo; (iii) es autoritaria porque anula las libertades de conciencia, de expresión y de religión, al prohibir y censurar las manifestaciones básicas de la libertad, al no asumir los riesgos propios del mal uso de la libertad, al hacer depender la configuración del delito de la sensibilidad de las potenciales víctimas, y al criminalizar actos que pueden ser tan solo actos contrarios a las buenas maneras, a las buenas costumbres, o a ciertos modelos éticos.</p>
<p>Álvaro Paúl Díaz</p>	<p>1.Criterios para evaluar los delitos de actos de racismo o discriminación y de hostigamiento a la luz de las libertades públicas.</p> <p>2.La Ley 1482 frente a los estándares anteriores.</p>	<p>1.Para evaluar si una ley que criminaliza la incitación al odio es compatible con la libertad de expresión, se deben tener en cuenta los siguientes criterios: (i) estándar de generalidad, para que todas las potenciales víctimas de la discriminación cuenten con la protección legal; (ii) estándar de precisión; (iii) estándar de proporcionalidad, para que la restricción a la libertad tenga como contrapartida una ganancia efectiva en términos del principio de igualdad, y para que la ley no genere un efecto contrario al perseguido por el legislador; (iv) umbral de tolerancia, para que únicamente sean sancionadas las conductas cuya gravedad sea calificada.</p> <p>2.La Ley 1482 no satisface ninguno de los estándares anteriores porque fija un repertorio cerrado de criterios de discriminación, no precisa las conductas sancionadas, algunas de éstas no ameritan una sanción por vía penal, e interfiere gravemente la libertad de conciencia y de expresión.</p>

II. CONSIDERACIONES

1. Asuntos a resolver

De acuerdo con los antecedentes expuestos, la Corte estima necesario abordar las siguientes cuestiones:

En primer lugar, dado que a juicio de la Procuraduría General de la Nación y de uno de los intervinientes, los cargos de la demanda no satisfacen las condiciones para un pronunciamiento de fondo, se debe establecer si los términos en que se formuló la acusación permiten la estructuración del juicio de constitucionalidad propuesto, o si por el contrario, hay lugar a un fallo inhibitorio.

En segundo lugar, en la medida en que la Vista Fiscal, uno de los intervinientes ciudadanos y algunos de los participantes en la audiencia pública solicitaron a esta Corporación declarar la inexecutable de los preceptos demandados⁴⁰, o expresaron sus inquietudes en relación con la compatibilidad de tales normas con las libertades públicas y los principios del derecho penal⁴¹, la Corte debe definir el alcance de su pronunciamiento, y en particular, si el análisis y la decisión debe recaer exclusivamente sobre el requerimiento del actor de que se amplíe el alcance de los tipos de penales impugnados, o si también debe determinar la constitucionalidad de los mismos a la luz de los cuestionamientos planteados a lo largo del proceso judicial.

Finalmente, en caso de concluir que es viable el pronunciamiento sobre la constitucionalidad de los artículos 3 y 4 de la Ley 1482 de 2011 en relación con los principios del derecho penal y con las libertades públicas, se procederá al mismo, y en caso contrario, el examen se orientará exclusivamente a evaluar la pretensión sobre la ampliación del de los tipos penales de actos de racismo o discriminación, y del de hostigamiento, para que comprendan las conductas discriminatorias ejecutadas en función de la condición de discapacidad.

2. Aptitud de la demanda

2.1. Tal como se expresó anteriormente, en el auto admisorio de la demanda el magistrado sustanciador efectuó una valoración provisional del escrito de acusación, concluyendo que, en principio, los cargos formulados en contra de los artículos 3 y 4 de la Ley 1482 de 2011 admitían un pronunciamiento de fondo. Posteriormente, sin embargo, tanto la Procuraduría General de la Nación como uno de los intervinientes

⁴⁰ El ciudadano Henry Alberto Gómez Gómez, y el experto Iván Garzón Vallejo.

⁴¹ Los expertos Eduardo Andrés Bertoni y Álvaro Paúl Díaz.

ciudadanos⁴² consideraron que había lugar a un fallo inhibitorio, por ineptitud sustantiva de la demanda.

En este contexto, la Corte deberá determinar la viabilidad del examen propuesto por el accionante, pero circunscribiendo el análisis a las apreciaciones de la Vista Fiscal y de los intervinientes que estimaron inviable un fallo de fondo.

2.2. Según la Procuraduría General de la Nación y la Asociación Colombiana de Derecho Procesal Constitucional, los cargos de la demanda no tuvieron como parámetro de constitucionalidad el ordenamiento superior, sino consideraciones de orden ideológico, o suposiciones sobre el alcance de la preceptiva constitucional que no corresponde al contenido de la Carta Política. En efecto, a las acusaciones de la demanda subyace el supuesto de que el Estado colombiano tiene el deber de sancionar penalmente la discriminación, cuando el ordenamiento superior no contiene un deber semejante, y se limita a postular el principio de igualdad, así como la obligación de garantizar los derechos de los colectivos históricamente discriminados, y de otorgarles un trato igualitario. En otras palabras, la deficiencia de la demanda consistiría en que el cuestionamiento se sustentó, no en la confrontación objetiva de los preceptos demandados con el ordenamiento superior, sino en el cotejo de los primeros con consideraciones extra jurídicas sobre un presunto deber de penalización, que en realidad no tienen ningún referente en la Carta Política ni en los instrumentos internacionales de derechos humanos que sirven como parámetro de constitucionalidad del sistema jurídico.

2.3. Pese a que el accionante presentó una única acusación global, la Corte encuentra tres tipos de preceptos que a juicio del actor resultarían vulnerados: (i) por un lado, se encuentran aquellas disposiciones que consagran el principio general de igualdad, a la luz del cual el Estado tendría vedada la posibilidad de establecer un trato discriminatorio⁴³; en este caso la inconstitucionalidad se habría producido porque el legislador, al sancionar la discriminación, se convirtió él mismo en actor o agente de la discriminación, por no extender la protección legal a un colectivo que requería de esta herramienta; (ii) por otro lado, se encuentran aquellas disposiciones que

⁴² Asociación Colombiana de Derecho Procesal Constitucional.

⁴³ Este deber se encuentra en: (i) el artículo 13 de la Carta Política, que consagra el principio general de igualdad, al establecer que *“todas las personas nacen libres e iguales ante la ley, recibirán la misma protección y trato de las autoridades y gozarán de los mismos derechos, libertades y oportunidades sin ninguna discriminación por razones de sexo, raza, origen nacional o familiar, lengua, religión, opinión política o filosófica”*; (ii) los artículos 3.b y 5.1. de la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad; en el primero de los preceptos se establece que *“los principios de la presente Convención serán (...) b) la no discriminación”*; por su parte, la segunda norma señala que *“Los Estados Partes reconocen que todas las personas son iguales ante la ley en virtud de ella, y que tienen derecho a igualdad protección legal y a beneficiarse de la ley en igual medida y sin discriminación alguna”*.

radican en el Estado el deber de combatir la discriminación⁴⁴; en este caso el deber del Estado trasciende la mera prohibición de discriminación, en cuanto éste debe, además, asumir un rol activo en la prevención y en la eliminación del fenómeno discriminatorio en contra de este colectivo, adoptando las medidas que sean del caso para el logro de este objetivo; en este sentido, la inconstitucionalidad se habría producido porque el legislador habría privado a un grupo tradicionalmente discriminado, de un mecanismo orientado a la eliminación de esta problemática; (iii) y finalmente, se encuentran las normas que establecen el deber del Estado de asegurar el goce efectivo de los derechos de este grupo poblacional, y en particular, los derechos sociales y su plena inclusión social; en esta hipótesis, la inconstitucionalidad se presentaría porque la omisión legislativa tiene un impacto negativo en todo este repertorio de derechos.

2.4. En este escenario, el examen de la aptitud de la demanda varía en función de la cláusula constitucional que se considere transgredida.

2.4.1. Con respecto a la prohibición de discriminación, la Corte considera viable el juicio de validez, toda vez que los delitos consagrados en las disposiciones demandadas se estructuran en función de categorías que tradicionalmente han dado lugar a la discriminación, pese a lo cual, no se consagró la categoría de discapacidad. Así, el tipo penal previsto en el artículo 4 se produce cuando de manera arbitraria se impide, obstruye o restringe el ejercicio de un derecho en razón de la raza, la nacionalidad, el sexo o la orientación sexual de una persona; y por su parte, el hostigamiento se perfecciona cuando la conducta típica orientada a provocar daño se ejecutan en razón de la etnia, la religión, la nacionalidad, la ideología política o filosófica, el sexo o la orientación sexual. En la medida en que en principio no existe una razón que justifique la referida excepción, tiene sentido examinar si esta circunstancia vulnera el derecho a la igualdad, y si por tanto, en esta oportunidad el legislador, al sancionar la discriminación, actuó el mismo de manera discriminatoria. En este sentido, la Corte considera que la apreciación de la Vista Fiscal y de la Asociación Colombiana de Derecho Procesal Constitucional no es procedente, pues la acusación del actor se ampara en una disposición constitucional que expresamente prohíbe la

⁴⁴ Este deber se encuentra en: (i) el artículo 13 de la Carta Política, según el cual “*el Estado promoverá las condiciones para que la igualdad sea real y efectiva y adoptará medidas en favor de grupos discriminados o marginados. El Estado protegerá especialmente a aquellas personas que por su condición económica, física o mental, se encuentren en circunstancia de debilidad manifiesta y sancionará los abusos o maltrato que contra ellas se comentan*”; (ii) los artículos 4 y 5 de la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, según los cuales “*Los Estados Partes se comprenden a (...) tomar todas las medidas pertinentes, incluidas medidas legislativas, para modificar, derogar leyes, reglamentos, costumbres y prácticas existentes que constituyan discriminación contra personas con discapacidad (...) tomar todas las medidas pertinentes para que ninguna persona, organización o empresa privada discriminen por motivos de discapacidad*” y “*los Estados Partes prohibirán toda discriminación por motivos de discapacidad*”; (iii) el artículo III de la Convención Interamericana para la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra las Personas con Discapacidad, según el cual “*los Estados Miembros se comprometen a adoptar medidas para eliminar progresivamente la discriminación*”.

discriminación, y existen razones para considerar que la norma demandada pudo haber transgredido tal prohibición.

2.4.2. Con respecto al deber estatal de combatir la discriminación, la Corte considera igualmente procedente el pronunciamiento judicial. Aunque ni la Carta Política ni los instrumentos internacionales de derechos humanos referidos anteriormente consagran la obligación de sancionar penalmente o de criminalizar este fenómeno, como sí ocurre con algunas formas de discriminación racial⁴⁵, el ordenamiento superior sí establece el deber de adoptar medidas orientadas específicamente a combatir esta problemática, por lo que, al privarse a un grupo específico de esta herramienta legal, eventualmente podría haberse desconocido la obligación estatal mencionada. Por este motivo, las apreciaciones del Ministerio Público y de la Asociación Colombiana de Derecho Procesal Constitucional tampoco se consideran procedentes, en la medida en que la acusación se soporta en disposiciones expresas del ordenamiento superior que podrían haber sido desconocidas.

2.4.3. Por el contrario, con respecto al cargo por la presunta infracción del deber estatal de garantizar la vigencia de los derechos sociales y la plena inclusión de las personas que integran el colectivo analizado, la Corte encuentra que no hay lugar a un pronunciamiento de fondo, como quiera que en principio no existe un vínculo entre el contenido de los derechos que a juicio del actor fueron transgredidos, como el derecho a una atención especializada para las personas con discapacidad o el derecho a la seguridad social, y la criminalización de la discriminación en contra de estas personas, y el actor tampoco señala el nexo entre una y otra disposición. Es decir, en el escrito de acusación no se da cuenta de las razones por las que la falta de criminalización envuelve también la afectación de los derechos sociales del colectivo mencionado.

2.5. En definitiva, la Corte se pronunciará sobre la constitucionalidad de la exclusión tácita de los artículos 3 y 4 de la Ley 1482 de 2011, al no penalizar los ataques desplegados en razón la condición de discapacidad, a la luz de dos estándares constitucionales: (i) la prohibición de discriminación, y (ii) el deber estatal de adoptar medidas para combatir este fenómeno. Por el contrario, se abstendrá de fallar en relación con el cargo por la presunta afectación de los artículos 47, 48 y 68 de la Carta Política.

3. Alcance del examen de constitucionalidad

⁴⁵ En efecto, el artículo 4 de la Convención Internacional sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Racial, establece que *“los Estados Partes (...) declararán como acto punible conforme a la ley toda difusión de ideas basadas en la superioridad o en el odio racial, toda incitación a la discriminación racial, así como todo acto de violencia o toda incitación a cometer tales actos contra cualquier raza o grupo de personas de otro color u origen étnico, y toda asistencia a las actividades racistas, incluida su financiación”*.

3.1. Durante el trámite del proceso judicial, algunos de los participantes solicitaron expresamente a esta Corporación declarar la inexecutable de los artículos 3 y 4 de la Ley 1482 de 2011, o manifestaron o sugirieron una incompatibilidad entre éstas disposiciones y la Carta Política y los demás instrumentos que sirven como referente del juicio de constitucionalidad.

3.1.1. Así, durante la etapa de las intervenciones, el ciudadano Henry Alberto Gómez Gómez solicitó a esta Corporación declarar la inexecutable de la Ley 1482 de 2011, por considerar que vulnera un amplio catálogo de principios constitucionales, así: (i) De una parte, los tipos penales habrían sido descritos a partir de conceptos de carácter valorativo y no descriptivo como el de “arbitrariedad”, y a partir de expresiones vagas y etéreas como las de “daño” y “hostigamiento”, circunstancias ambas que conducen a una indeterminación insuperable de la norma, lesiva del principio de legalidad en materia penal; (ii) de otro lado, la criminalización de las conductas previstas en las disposiciones impugnadas vulneraría libertades individuales, como las de expresión, de conciencia y de cultos, por lo que tales normas vendrían a operar como “delitos de opinión” y tendrían un efecto intimidatorio incompatible con el principio democrático; (iii) adicionalmente, las disposiciones acusadas desconocerían el carácter de *última ratio* del derecho penal, en cuanto existen mecanismos idóneos y eficaces en la prevención y eliminación del problema, que no tienen un impacto negativo en las libertades públicas y en el principio democrático.

3.1.2. Por su parte, en el concepto del Ministerio Público se hizo un requerimiento semejante, a partir de los siguientes argumentos: (i) los preceptos impugnados riñen con el principio de igualdad, en tanto no solo parten de considerar equivocadamente que todos los sujetos de derecho deben tener un tratamiento idéntico independientemente de diferencias constitucionalmente relevantes entre ellos, sino que además, al proteger grupos específicos y determinados, y no a cualquier víctima de este fenómeno, puede ser instrumentalizada por determinados segmentos sociales, y por esta vía tener un efecto discriminatorio; (ii) asimismo, la ley desconoce la igual jerarquía abstracta de los derechos y su carácter relativo, al conferir jerarquía supraconstitucional y un carácter absoluto al principio de igualdad; (iii) los tipos penales acusados criminalizan y anulan las libertades públicas; (iv) las disposiciones impugnadas no identifican con precisión el repertorio de conductas prohibidas, quebrantando el principio de legalidad de los delitos y las penas; (v) el legislador desconoció el principio de proporcionalidad porque acudió a la vía penal para proteger bienes jurídicos cuya garantía era factible a través de otros mecanismos menos restrictivos de los derechos constitucionales. Es decir, a juicio del Ministerio Público, una correcta comprensión del principio de igualdad, a partir del reconocimiento de la dignidad humana y de la pluralidad inherente a la condición humana,

impide al Estado imponer una concepción particular de igualitarismo en nombre de la igualdad, y tampoco le permite exigir de los particulares, por la vía de la limitación de las libertades, la adecuación de su conducta a estos estándares específicos, la promoción de grupos marginados, o impartir un trato semejante o equivalente a todas las personas.

3.1.3. En la audiencia pública, los expertos Eduardo Bertoni y Álvaro Paúl Díaz sugirieron una colisión entre la ley impugnada y los estándares del sistema interamericano de derecho humanos sobre la libertad de expresión, en los siguientes sentidos: (i) la penalización de la discriminación y de los discursos de odio debe tener un carácter general, sin circunscribir su ámbito de protección a grupos determinados, pues en este caso la misma ley podría tener un efecto discriminatorio; (ii) este tipo de leyes deben tener un umbral de tolerancia frente a la manifestación de la disidencia y la crítica; (iii) las leyes sancionatorias, particularmente en el ámbito penal, deben ser claras y precisas, para que las conductas prohibidas y sancionadas puedan ser identificadas previamente.

3.1.4. Colombia Diversa sostuvo en la misma audiencia que la organización no era entusiasta de la penalización, y que tampoco la defendía como medida privilegiada para enfrentar la problemática, no solo porque la complejidad del fenómeno no se podría solucionar procesando o aplicando una pena a los victimarios, sino porque además, este tipo de medidas concentran la atención en los agresores y los victimarios, y olvida a las víctimas del mismo; así, *“las personas LGBT defendemos con vehemencia la libertad de expresión y la libertad de conciencia y de religión (...) porque estas libertades son esenciales para garantizar el pluralismo y el aprendizaje mutuo (...) y porque la expresión y la conciencia son dos pilares fundamentales para la protección de la sexualidad. Las creencias religiosas y las decisiones de conciencia son tan íntimas y profundas como las decisiones sobre la sexualidad”*. Se trataría entonces de un instrumento que no atiende adecuadamente el fenómeno.

3.1.5. Por su parte, Iván Garzón Vallejo afirmó que la Ley 1482 de 2011 se inscribe en la tendencia mundial que opta por criminalizar todas las irregularidades y anomalías de la vida social, en lugar de actuar en las problemáticas sociales, económicas, políticas y culturales de base, sin afectar el núcleo básico de los principios y derechos que hacen posible la democracia. En ese sentido, el experto sostuvo que la referida ley es ineficaz, contraproducente y autoritaria. Ineficaz, en la medida en que al penalizar un amplísimo elenco de conductas y comportamientos, muchos de los cuales no representan un atentado a la dignidad humana ni expresan actos de violencia, odio o exclusión, sino que en el mejor de los casos solo atentan contra ciertas formas de moralidad o contra lo que son consideradas buenas costumbres, la ley termina por banalizarse y perder todo impacto en la vida social.

Contraproducente, porque en lugar de suprimir el cáncer de la discriminación, genera una *“sociedad de la sospecha y el miedo mutuo, obsesionada con la corrección, pues pone la denuncia y la queja por delante de la tolerancia”*; incluso, este tipo de leyes descontextualiza y distorsiona el sentido de actos que en sí mismos carecen de una connotación violenta, odiosa o discriminatoria, y que en realidad únicamente expresan desatinos, comentarios desobligantes, críticos o disidentes, o incluso bromas pesadas; es decir, la ley transforma en hechos punibles y ubica en el terreno del odio y la violencia, lo que solo son afrentas a la racionalidad, a la moral o a las buenas maneras. Y autoritaria, pues *“señala un listado de cosas que no se pueden pensar ni decir públicamente”* y por esta vía destruye las bases mismas de las sociedades democráticas, y torna inoperantes y anulan la tolerancia, el pluralismo, y las libertades públicas: *“humoristas a los que les prohíben hacer ciertos chistes (Chile), diseñadores que pierden millonarios contratos por lo que dijeron en un bar (Francia), rectores que renuncian antes de posesionarse por hablar públicamente de anomalías (Uruguay), pastores y ministros y de Estados que van a la cárcel por predicar o por hacer comentarios desobligantes (Suecia y Guyana), avisos de contenido ‘potencialmente traumático’ en bibliotecas universitarias, (...)”*.

3.2. En este orden de ideas, existen dos tipos de aproximaciones. Por un lado, el demandante cuestionó el *contenido negativo* de los artículos 3 y 4 de la Ley 1482 de 2011, a la luz del *principio de igualdad y de la obligación estatal de combatirla*, y con el objeto, no de que se declare la inexecutable de las correspondientes disposiciones, sino de que se extienda su alcance por vía judicial, para que se sancione penalmente los actos realizados en función de la condición de discapacidad; (ii) por otro lado, sin embargo, a lo largo del proceso surtido en esta Corporación, se cuestionó el *contenido positivo* de las mismas disposiciones, a la luz del mismo *principio de igualdad, de los principios del derecho penal, y de las libertades públicas*.

En este contexto, la Corte debe definir el alcance del examen y del pronunciamiento judicial, y en particular, si el análisis se circunscribe a evaluar la pretensión del actor de ampliar el alcance de los tipos penales impugnados, o si también debe comprender al examen de la compatibilidad de los tipos penales demandados con el ordenamiento superior.

3.3. A primera vista, esta última alternativa podría justificarse a partir de distintos argumentos, así: (i) por un lado, podría afirmarse que, existiendo dentro del proceso judicial cuestionamientos específicos a la constitucionalidad de la ley, mal podría la Corte limitarse a evaluar la existencia de una omisión legislativa relativa y la procedencia de una sentencia de exequibilidad condicionada que amplíe el alcance de los tipos penales acusados, sin antes cerciorarse de la compatibilidad de estos últimos con el ordenamiento superior; es decir, podría argumentarse que no tiene

ningún sentido extender el alcance de una ley de constitucionalidad dudosa, o de una ley inconstitucional, y que por tanto, previamente al análisis de los cargos propuestos por el demandante, se deben examinar los cuestionamientos que ponen en duda la validez de las disposiciones legales acusadas; (ii) por otro lado, podría argumentarse que la legislación ofrece una habilitación específica para ampliar el análisis propuesto por el actor, porque el artículo 22 del decreto 2067 de 1991⁴⁶ determina que el escrutinio judicial efectuado por la Corte tiene un carácter integral, y que por tanto, el cotejo y la confrontación normativa se puede efectuar no solo con respecto a las disposiciones constitucionales que a juicio del accionante fueron vulneradas por la preceptiva impugnada, sino con respecto a todas las cláusulas que integran el ordenamiento superior.

3.4. Esta solución, sin embargo, resulta inaceptable. Lo primero que debe tenerse en cuenta es que la noción de control integral, en virtud del cual *“la Corte Constitucional deberá confrontar las disposiciones sometidas a control con la totalidad de los preceptos de la Constitución, especialmente los del Título II”*, no impone necesariamente la solución anterior. En efecto, esta norma faculta a este tribunal para efectuar el juicio de validez, no solo en relación con las disposiciones del ordenamiento superior que a juicio del demandante resultan vulneradas, sino en relación con las demás normas que sirven como parámetro de constitucionalidad del sistema jurídico, así como para declarar la inexecutable de los preceptos demandados con fundamento en disposiciones que no fueron invocadas por el peticionario como sustento de su solicitud.

No obstante, propiamente hablando, la pretensión de examinar la constitucionalidad de los preceptos impugnados en relación con las libertades públicas y los principios del derecho penal, no es una hipótesis de control integral, sino un caso en el que el análisis se extendería a contenidos normativos que no fueron controvertidos mediante la acción pública de constitucionalidad. En efecto, como el actor considera que en este caso se configura una omisión legislativa relativa, lo que ataca realmente no es la tipificación como tal, sino la ausencia de ciertos elementos que deberían integrar los referidos tipos penales, y que no se encuentran previstos en la disposición acusada. Es decir, el accionante ataca el contenido negativo de las normas. En este orden de ideas, si la Corte emprendiese el análisis de la constitucionalidad del contenido positivo los referidos preceptos por el presunto desconocimiento de las libertades públicas y de los principios del derecho penal, no solo estaría efectuando el escrutinio a partir de otros cargos no planteados por el actor, sino que además, el juicio recaería sobre prescripciones que no fueron atacadas en el escrito de acusación. En

⁴⁶ El artículo 22 del Decreto 2067 de 1991 dispone al respecto lo siguiente: *“La Corte Constitucional deberá confrontar las disposiciones sometidas a control con la totalidad de los preceptos de la Constitución, especialmente los del Título II, salvo cuando para garantizar la supremacía de la Constitución considere necesario aplicar el último inciso del artículo 21”*.

definitiva, en la hipótesis propuesta, la Corte solo no estaría efectuando un control integral, sino también un control oficioso de la legislación.

Además, la integralidad aludida debe articularse con las exigencias del debido proceso y del principio democrático. En razón de estos dos principios, los pronunciamientos y las determinaciones de esta Corporación sobre la constitucionalidad de la legislación deben estar precedidos, no solo de una demanda ciudadana que cuestione y controvierta la disposición jurídica sobre la cual recae el pronunciamiento judicial, sino además, de un debate público y abierto sobre todas y cada una de las cuestiones de las que depende el correspondiente juicio de validez, planteadas previamente por el accionante en su escrito de acusación. En este escenario, la demanda de constitucionalidad constituye el punto de referencia y el eje central a partir del cual se estructura toda la litis, así como el análisis y la decisión de este tribunal.

Como consecuencia de lo anterior, las cuestiones que se hayan planteado a lo largo del proceso judicial son relevantes en cuanto tengan un vínculo directo con el problema jurídico planteado por el demandante, y por tanto, aquellos asuntos que sean ajenos a esta materia, por sí solos no pueden dar lugar a un pronunciamiento autónomo e independiente, porque implican la lesión del derecho al debido proceso.

3.5. No obstante lo anterior, aunque los cuestionamientos por la posible afectación de las libertades públicas y los principios de los derechos por sí solos no podrían constituir un cargo autónomo e independiente, ni con fundamento en tales cargos esta Corporación podría entrar a determinar la exequibilidad de los referidos preceptos legales, en todo caso este tipo de consideraciones sí pueden ser tenidas en cuenta al momento de definir la viabilidad del condicionamiento requerido por el peticionario.

En efecto, la Corte ha entendido que, en tanto las sentencias de constitucionalidad condicionada podrían interferir con el principio democrático y con la libertad de configuración legislativa que detenta el órgano de deliberación y decisión democrática por excelencia, el juez constitucional debe evaluar la naturaleza de la medida objeto del condicionamiento y su impacto en el repertorio de principios y derechos constitucionales, a efectos de establecer la procedencia de un fallo de esta naturaleza, que rebasa la función del juez constitucional como legislador negativo. Ahora bien, como los cuestionamientos planteados en el proceso ofrecen insumos en esta materia, sí podrían ser utilizados en este escenario específico, y con el propósito señalado. Además, la supremacía de la Carta Política impone al juez constitucional el deber de examinar los cuestionamientos efectuados a la preceptiva legal, a efectos de determinar la ampliación de su contenido, pues carecería de toda justificación, desde la

perspectiva constitucional, extender el alcance de una disposición legal que en sí misma es contraria a la Carta Política.

3.6. En definitiva, la Corte circunscribirá el análisis al problema jurídico planteado por el actor, relacionado con la presunta existencia de una omisión legislativa relativa predicable de los artículos 3 y 4 de la Ley 1482 de 2011, por no haber criminalizados los ataques ejercidos en razón de la condición de discapacidad, y con el objeto de que se incluya en tales disposiciones el correspondiente ingrediente normativo omitido. No obstante, para evaluar la prosperidad del cargo y la viabilidad del requerimiento del accionante, la Corte tendrá en cuenta la naturaleza de la medida objeto de cuestionamiento, así como su impacto en los principios y derechos constitucionales, y en particular, con las libertades individuales y con los principios del derecho penal. Esta solución responde al modelo de revisión constitucional previsto en la Carta Política que, por un lado, proscribiera el control oficioso de la legislación, y que por otro, se orienta a garantizar la supremacía de la Constitución dentro del sistema jurídico, a través de la exigencia de la integralidad en el examen de validez.

4. Planteamiento del problema jurídico y metodología de resolución

Tal como se expresó anteriormente, el requerimiento del demandante apunta a la expedición de un fallo de constitucionalidad condicionada, en el que se disponga que los delitos de actos de racismo o discriminación y el de hostigamiento, se perfeccionan también cuando la conducta se despliega en razón de la condición de discapacidad.

Esta pretensión se sustenta en dos premisas: por un lado, en la tesis de que el legislador incurrió en una omisión legislativa relativa predicable de los preceptos impugnados, y por otro, se ampara en la consideración sobre la facultad del juez constitucional para subsanar este tipo de deficiencias mediante un fallo que extienda el alcance de los tipos penales, incluyendo el elemento normativo omitido en los preceptos objeto de control.

Con respecto a la primera de estas premisas, deben tenerse en cuenta dos elementos: (i) Primero, pese a que el actor formuló una única acusación global por la presunta infracción del principio de igualdad, el análisis de la aptitud de la demanda puso de presente que la omisión alegada por el peticionario vulneraría dos preceptos específicos y diferenciados, que servirán como parámetro de constitucionalidad: la prohibición de discriminación, pues el legislador, al criminalizar este fenómeno, habría actuado él mismo de manera discriminatoria, por no extender la protección legal a sujetos que se encontraban en la misma posición jurídica de aquellos que sí fueron de objeto de la medida; y por otro lado, el deber estatal de adoptar medidas para combatir la discriminación, al privar a las personas con

discapacidad de esta herramienta legal. (ii) Y en segundo lugar, a juicio del peticionario y de los intervinientes que coadyuvaron la demanda, la razón de la infracción del ordenamiento superior radicaría en que el referido grupo poblacional ostenta la doble condición de grupo discriminado y de colectivo sujeto de especial protección, por lo cual, las medidas encaminadas orientadas a otorgarles una defensa frente a este problemática, deberían ser extendidas en su favor.

En este contexto, corresponde a esta Corporación determinar si el status de las personas con discapacidad como sujetos discriminados y sujetos de especial protección, hacía imperativo, desde la perspectiva de la prohibición constitucional de la discriminación, y desde el deber estatal de combatir este fenómeno, criminalizar las conductas previstas en los artículos 3 y 4 de la Ley 1482 de 2011 cuando se realizan en contra del colectivo aludido, en los mismos términos en que se hizo respecto de los demás colectivos protegidos en la ley, estructurados en razón de la raza, la nacionalidad, el sexo, la orientación sexual, la etnia, la religión y la ideología política o filosófica.

Por su parte, con respecto a la segunda premisa, la Corte habrá de determinar si existiendo el deber constitucional de sancionar penalmente los actos de discriminación efectuados en razón de la condición de discapacidad, el juez constitucional se encuentra facultado para subsanar el déficit legislativo a través de una sentencia de constitucionalidad condicionada que incluya en el tipo penal el elemento normativo omitido.

Para resolver los interrogantes anteriores se seguirá la siguiente metodología: (i) En primer lugar, se hará una breve caracterización del fenómeno discriminatorio, con especial referencia a la que se ejerce en contra de las personas con discapacidad; (ii) en segundo lugar, se hará una presentación de los tipos penales previstos en los artículos 3 y 4 de la Ley 1482 de 2012; (iii) finalmente, se resolverán los cargos de la demanda; para este efecto, se establecerá, por un lado, si la exclusión normativa predicable de los preceptos demandados constituye una omisión legislativa relativa, lesiva de la prohibición constitucional de discriminación o del deber estatal de suprimir este fenómeno; y por otro lado, se determinará si el déficit anterior habilita a esta Corporación a expedir una sentencia de constitucionalidad condicionada que incorpore la categoría excluida en los tipos penales impugnados. A partir de este análisis se definirá la exequibilidad de las disposiciones demandadas y la viabilidad del requerimiento del accionante.

5. El fenómeno discriminatorio

5.1. Necesidad de aproximación al fenómeno discriminatorio.

El artículo 1 de la Ley 1482 de 2011 establece que el objeto de la ley es

“garantizar la protección de los derechos de una persona, grupo de personas, comunidad o pueblo, que son vulnerados a través de actos de racismo o discriminación”. En estos términos, la referida normatividad pretendió convertirse en una de las herramientas fundamentales del Estado para combatir y suprimir la discriminación, y para evitar que la misma se convierta en un obstáculo para el goce de los derechos.

La primera pregunta que debe resolverse, entonces, se refiere al tipo de problemática que el Estado pretende enfrentar mediante esta ley. No se trata de una cuestión estrictamente académica, sino que tiene además una repercusión significativa en la forma de afrontarla por parte sus víctimas, la familia, la sociedad y el Estado.

Un déficit en la comprensión del problema, bien sea cuantitativo o cualitativo, podría afectar negativamente el diseño y ejecución de las estrategias para combatirlo. Si el mismo se invisibiliza o se subestima, se podría generar una suerte de inactividad o pasividad por parte de los agentes a los que corresponde su eliminación. Si, por el contrario, se sobredimensiona el problema, se descontextualizan las prácticas de diferenciación entre grupos, o si se atribuyen al fenómeno rasgos que no corresponden a su realidad, se pierden de vista los puntos clave del asunto y las estrategias de acción podrían fallar: *“Uno de los mayores obstáculos para formular tanto un discurso como una estrategia pública estatal coherente y eficaz contra la discriminación, reside en las concepciones equivocadas del fenómeno que llevan a proyectos inoperantes o irrelevantes. Las interpretaciones inadecuadas no se reducen a errores abstractos o académicos, sino que tienen consecuencias graves en las decisiones de tipo presupuestal, en el diseño de la agenda legislativa y de gobierno, y en la justificación de la voluntad política para encarar problemas sociales, y desde luego, en la capacidad del Estado para resolver los problemas de justicia fundamental que existen en la sociedad”*⁴⁷.

Por este motivo, habida cuenta de que el pronunciamiento de esta Corporación versa sobre disposiciones legales cuyo propósito fundamental es el de combatir la discriminación, la Corte no puede prescindir de este ejercicio comprensivo.

5.2. La connotación estructural de la discriminación

5.2.1. A juicio de los expertos César Rodríguez, Ana Margarita González y Juan Camilo Cárdenas, participantes en la audiencia pública del 31 de julio de 2014, se trata, ante todo, de un *fenómeno estructural* que responde al

⁴⁷ Jesús Rodríguez Zepeda, *Un marco teórico para la discriminación*, Colección Estudios Nro. 2, Consejo Nacional para la Prevención y Eliminación de la Discriminación (CONAPRED), México D.F., 2006, p. 111 y ss. Documento disponible en: [http://www.conapred.org.mx/documentos_cedoc/E0002\(1\).pdf](http://www.conapred.org.mx/documentos_cedoc/E0002(1).pdf). Último acceso: 27 de agosto de 2014.

esquema de organización, a las relaciones y al tejido social de base. Por este motivo, esta problemática no se agota en los comportamientos particulares de exclusión y segregación, ni tampoco en la sumatoria de tales actos, sino que se asienta en el sistema de relaciones asimétricas de dominio que dan sustento a las manifestaciones individuales del fenómeno⁴⁸.

5.2.2. Es cierto que usualmente se da cuenta de este problema a partir de actos desplegados por individuos concretos. En los medios de comunicación y en las redes sociales, por ejemplo, las denuncias corresponden a actos individuales protagonizados por personajes de la vida económica, política, social, cultural y deportiva.

No por casualidad el accionante ilustra en su demanda la presunta inconstitucionalidad de la Ley 1482 de 2011, mediante la referencia al famoso y sonado caso de una líder religiosa asociada a un partido político, que en un acto religioso sugirió que las personas con discapacidad deben tener vedada la posibilidad de subir al púlpito, y en general, la de oficiar actos religiosos; a juicio del peticionario, el déficit de la ley demandada se hace patente en este tipo de hipótesis en las que actos graves de discriminación no pueden ser sancionados por la vía penal, justamente en razón de la limitación normativa controvertida en el escrito de acusación.

Tampoco resulta casual que el proyecto de ley presentado recientemente por un senador a consideración del Congreso en el mes de enero del presente año, para sancionar los actos discriminatorios en contra del colectivo analizado, tuviese como telón de fondo este incidente, tomándolo como ejemplo emblemático del déficit de la Ley 1482 de 2011; en este sentido, en el proyecto se advierte lo siguiente: *“el 30 de noviembre de 2011, el Gobierno Nacional sanciona la Ley 1482 (...) no obstante, el pasado miércoles 15 de enero, se conocieron unas declaraciones de la líder de la Iglesia de Dios Ministerial Jesucristo Internacional (...) según la ministra de la congregación religiosa, las personas que sufren alguna clase de discapacidad (o tienen defectos físicos) no pueden predicar en público: hay gente que llega a la iglesia sin un ojo, sin un brazo o sin una pierna o con defectos físicos, ustedes o pueden nombrar a esa persona como un predicador porque por causa de la conciencia esto queda mal (...) frente a estos hechos la opinión pública reaccionó vehementemente demostrando su indignación en redes sociales (...) en este escenario, varias personas se acercaron al despacho del H.S. Juan Manuel Galán para denunciar la falta de mecanismos jurídicos para hacer valer los derechos de las personas con discapacidad (...) y la reciente ley antidiscriminación sanciona ciertas clases de discriminación (por raza, religión, sexto, etc.), pero dejando*

⁴⁸ Sobre el carácter estructural de la discriminación *cf.* Jesús Rodríguez Zepeda, *Un marco teórico para la discriminación*, Colección Estudios Nro. 2, Consejo Nacional para la Prevención y Eliminación de la Discriminación (CONAPRED), México D.F., 2006, p. 111 y ss. Documento disponible en: [http://www.conapred.org.mx/documentos_cedoc/E0002\(1\).pdf](http://www.conapred.org.mx/documentos_cedoc/E0002(1).pdf). Último acceso: 18 de agosto de 2014.

*impune la discriminación por discapacidad*⁴⁹.

Hechos como este se encuentran en los imaginarios colectivos: la suspensión por ocho partidos y la multa por cerca de 62.000 dólares impuestas al delantero uruguayo Luis Suárez por haber proferido palabras insultantes al jugador de fútbol Patrice Evra, que incluían menciones expresas a su raza y color de piel⁵⁰; el escándalo generado por la expresiones despectivas utilizadas por el presidente ecuatoriano Rafael Correa en un enlace sabatino para referirse a una periodista del diario El Universo, después de que ésta le hiciese varias preguntas incisivas sobre su forma de gobernar el país⁵¹; o con el banano lanzado por un hincha del Villareal al jugador del Club Barcelona Dani Alves, y que dio lugar no solo a la decisión del club de prohibir el ingreso indefinido del hincha al estadio, sino también a la famosa campaña “Todos Somos Macacos” ampliamente difundida en instagram, facebook y twitter, en la que las personas del común y personajes como el brasilero Neymar o el argentino Agüero, aparecen comiendo bananos⁵²; o con las declaraciones de un dirigente deportivo sobre las irregularidades en el funcionamiento del arbitraje futbolístico en Colombia vinculados a la homosexualidad y al carácter enfermizo y contagioso de esta condición⁵³; o con las reacciones por la declaración de un sacerdote en contra de la decisión de la Corte Constitucional de avalar la adopción de unos menores por un periodista extranjero homosexual, que incluyó la denuncia penal del religioso⁵⁴; o recientemente, con el escándalo que se generó por el aviso clasificado en el que se solicitaba una médica cirujana entre los 25 y los 35 años de edad, de piel blanca⁵⁵.

No obstante, estos actos individuales carecen de un significado propio cuando se desvinculan de la red de relaciones sociales en las que se inscriben y que le sirven de sustento. Los comentarios burlescos de algunas personas

⁴⁹ Proyecto de Ley “Por medio de la cual se modifica la Ley No. 1482 de 2011, para sancionar penalmente la discriminación contra las personas con discapacidad”, presentado por el senador Juan Manuel Galán Pachón el día 23 de enero de 2014. Documento disponible en: <http://www.congresovisible.org/proyectos-de-ley/por-medio-de-la-cual-se/7560/>. Último acceso: 15 de agosto de 2014.

⁵⁰ “El insulto racista de Luis Suárez a Evra: ‘Te pego porque eres negro’”, en Diario Sport. Documento disponible en: <http://www.sport.es/es/noticias/inglaterra/insulto-racista-luis-suarez-evra-pego-porque-eres-negro-1299979>. Último acceso: 24 de agosto de 2014.

⁵¹ Carlos Ramos, “¿Es machismo llamar a una mujer ‘gorda horrorosa’?”, en Diario de la Agencia Latinoamericana y Caribeña de Comunicación, 12 de julio de 2007. Documento disponible en: <http://www.alcnoticias.net/interior.php?lang=687&codigo=9878>. Último acceso: 24 de agosto de 2014.

⁵² Felipe G. Gil, “Somos todos macacos”, en El Diario, 5 de mayo de 2014. Documento disponible en: http://www.eldiario.es/interferencias/somos-todos-macacos-racismo_6_256934338.html. Último acceso: 24 de agosto de 2014.

⁵³ “Para ser árbitro en Colombia, hay que ser homosexual”, en El Tiempo, 31 de enero de 2012; documento disponible en: <http://www.eltiempo.com/archivo/documento/CMS-11038822>. Último acceso: 15 de agosto de 2014.

⁵⁴ “Felipe Zuleta demandó a monseñor Córdoba por discriminar a la comunidad LGBTI”, en RCN Radio, 29 de mayo de 2012. Documento disponible en: <http://www.rcnradio.com/noticias/felipe-zuleta-demando-monsenor-cordoba-por-discriminar-la-comunidad-lgbti-2549>. Último acceso: 24 de agosto de 2014.

⁵⁵ “Repudian clasificado racismo en el buscan médica de ‘piel blanca’”, en el diario El Tiempo, 23 de julio de 2014. Documento disponible en: <http://www.eltiempo.com/colombia/cali/clasificado-racista-medica-de-piel-blanca-en-cali/14291838>. Último acceso: 24 de agosto de 2014.

hacia las mujeres que no se ajustan al arquetipo femenino dominante, adquieren verdadero sentido cuando se relacionan, por ejemplo, con los estereotipos femeninos creados y difundidos en los medios de comunicación masiva mediante agresivas campañas publicitarias, o con el complejo y sofisticado sistema productivo que depende de tales patrones y estándares de belleza, y que comprende, a modo de ejemplo, las industrias médica, farmacéutica y química, las cuales, a su vez, son alimentadas por la propia masa social. En este escenario, estas declaraciones, consideradas aisladamente, pueden suscitar irritación, perturbación e indignación; sin embargo, solo cuando enmarcan en la estructura social de las que hacen parte, es posible comprender su verdadera dimensión e identificar la forma en que expresan o manifiestan los esquemas sociales de organización.

En el caso de las personas con discapacidad resulta aún más patente el carácter estructural del problema, pues propiamente hablando, las limitaciones en el goce de los derechos y en la inclusión social de este grupo poblacional provienen fundamentalmente de estas estructuras sociales de base, más que de los actos individuales de rechazo, segregación y exclusión. Así, una de las mayores dificultades de este colectivo consiste en ser marginados de la vida social, política, económica y cultural, a través de su internación permanente y completa en instituciones especializadas, al margen, o incluso en contra de su voluntad. Según refirió PAIIS en su intervención en la audiencia pública, el 37% de las personas en instituciones psiquiátricas se encuentran allí de manera involuntaria, sin tener en cuenta aquellas cuyo ingreso y permanencia está mediado por la autorización de su guardador, y *“un gran número de personas con discapacidad cognitiva o psicosocial viven en esquemas de internamiento total o parcial en instituciones segregadas privadas (...) así lo reconoció la CIDH en su último informe sobre institucionalización infantil, en el que se específicamente se manifiesta que los niños, niñas y adolescentes con discapacidad se encuentra sobre-representadas en las instituciones residenciales, y que su egreso de las mismas es desproporcionadamente bajo”. Esto también fue verificado por un estudio realizado por Inclusión Internacional acerca del internamiento de niños por parte del ICBF, en el que encontró que más de 10.000 personas hoy en día se encuentran institucionalizadas aisladas de la vida en comunidad”*.

Pues bien, la decisión de los padres de institucionalizar la vida de un hijo menor con alguna discapacidad debe ser interpretada y entendida desde la organización y el funcionamiento social de base, tomando en cuenta, por ejemplo, las altas exigencias laborales de la vida contemporánea, que en principio impiden a los padres de familia atender directamente los requerimientos específicos del menor, y la existencia una amplia oferta de servicios, fundamentalmente de origen privado, que ofrece un extenso catálogo de productos especializados a los menores, normalmente muy

lucrativos y rentables, de modo que tales instituciones terminan por convertirse en el hogar de estos menores. En este contexto, la sola denuncia de esta situación, y la crítica de estas decisiones individuales de internación permanente o semi-permanente, podría perder de vista el contexto en el que se inscriben y la problemática de fondo, y con ello, se podría perder también la posibilidad de incidir en los procesos de transformación social.

5.3. **Carácter dinámico de la discriminación**

5.3.1. En razón de su connotación estructural, la discriminación tiene un *carácter dinámico*, y por tanto, se transforma en función de la organización y del funcionamiento social en la que se inscribe. No se trata entonces de dinámicas uniformes y estáticas que permanecen inmodificables a lo largo del tiempo, sino de procesos que se adaptan a la estructura social de la cual son manifestación. Así, los criterios en función de los cuales se materializan las prácticas y los discursos de exclusión y marginación, los grupos víctimas de tales prácticas y tales discursos, los patrones de conducta, y los mecanismos a través de los cuales se concretan y materializan, se transforman conforme a los cambios en la vida económica, política, social y cultural.

5.3.2. Tal como lo expresó el experto Juan de Dios Mosquera en la audiencia pública, siglos atrás se llegó a considerar que los afrodescendientes no eran personas ni sujetos de derecho. En el contexto económico del colonialismo, sustentado en la explotación económica de este colectivo, la idea de que no son sujetos de derecho ni personas, venía a ser funcional a este esquema económico de base, que al ser modificado, ha dado lugar a nuevas formas de segregación en contra de este grupo.

En este sentido, en la audiencia pública del 31 de julio de 2014, el experto Juan Camilo Cárdenas indicó los mecanismos y los resultados del racismo contemporáneo en Colombia. Pese a que al día de hoy nadie negaría el status de persona o de sujeto de derecho a un afrodescendiente, la situación de exclusión y marginación aún permanece, aunque con unos contornos sustancialmente distintos. Así por ejemplo, estudios empíricos efectuados en el país han demostrado que la sola pertenencia étnica tiene un impacto decisivo en el acceso en el mercado laboral; en un “experimento” efectuado en la ciudad de Bogotá, en el que se enviaron 900 ofertas similares a bolsas de trabajo con perfiles similares, se encontró que la probabilidad de ser vinculado laboralmente si no se es negro o indígena, es del 19%, mientras que esta probabilidad se reduce al 9% si se trata de una persona de tez negra.

Y en la misma Exposición de Motivos a la Ley 1482 de 2011, diseñada originalmente para combatir el racismo, se dio cuenta de la problemática en los siguientes términos: *“Muchos cuentan que las opciones de empleo les*

son dadas por teléfono y cuando se acercan a ocupar el puesto les son negadas sin justa causa. Así mismo, afirman que en caso eventual de acceder a estos, siempre les son dados en categorías y labores inferiores pese a estar calificados, y la remuneración siempre es inferior pese a desempeñar roles similares a los desempeñados por gentes de diferente etnicidad (...) 35.4% afirmaron haber sido discriminados al pretender arrendar una vivienda, y una cuarta parte reconoció discriminación en el acceso al trabajo; en ambos casos la discriminación estuvo asociada, en mayor medida, con el color de la piel”⁵⁶.

De este modo, pese a que el racismo aún existe, los patrones de conducta son bien distintos.

5.3.3. Algo semejante ocurre con los criterios con fundamento en los cuales se constituyen los actos de exclusión y segregación. Aunque los factores asociados a la pertenencia étnica o del género han cobrado especial visibilidad, existe documentación sobre otras formas menos notorias de discriminación que han adquirido una nueva connotación o una mayor gravedad con el paso del tiempo. Adultos mayores, población indígena, minorías religiosas, personas con orientación sexual o identidad de género diversa, migrantes, son también grupos que ha sido víctimas de esta problemática.

5.4. Dependencia contextual

5.4.1. Otra de las consecuencias de la connotación estructural de la discriminación, es que los rasgos fundamentales del fenómeno se establecen en función del contexto y del escenario específico en el que se produce, y en particular, del tipo de relaciones que subyacen al mismo.

5.4.2. Así, como la condición socio-económica es un factor determinante en la conformación de las relaciones de la vida en sociedad, una posición económica y social favorable puede llegar a constituir un blindaje frente a los actos de discriminación, al menos en algunos escenarios como el trabajo, la familia, o los lugares de esparcimiento y recreación. Por tan solo mencionar un ejemplo, aunque el género constituye un factor de discriminación que en términos generales ha afectado a las mujeres, ésta adquiere una dimensión y unos contornos distintos cuando se predica de mujeres que viven en un entorno favorable y conveniente, y en el que, por ejemplo, se tiene acceso a la educación, la maternidad llega a una edad tardía, y existe una distribución de cargas entre los géneros en el hogar. En un escenario como este, difícilmente sería aplicables las categorías y las descripciones

⁵⁶ Exposición de Motivos al proyecto de Ley 08 de 2010 en el Senado y 165 en la Cámara de Representantes. Documento disponible en: http://servoaspr.imprenta.gov.co:7778/gacetap/gaceta.mostrar_documento?p_tipo=05&p_numero=08&p_consec=2622. Último acceso. 22 de agosto de 2014.

convencionales sobre el sexismo, creadas a partir de referentes sustancialmente diferentes: *“la identidad de género no se construye aislada de otras categorías sociales como la raza/etnia o la clase socioeconómica, y es calificada por la edad, la orientación sexual, el grado de capacidad/habilidad, la nacionalidad, etc. De manera que la sociedad no construye a todas las mujeres idénticamente subordinadas ni a todos los hombres con los mismos privilegios aunque si en su universalidad las mujeres son subordinadas por los hombres. Es difícil reconocer que la mujer de clase alta, en edad reproductiva, adinerada, sin discapacidades visibles, blanca, esposa de un banquero, pueda compartir la subordinación de género con una mujer pobre, vieja, discapacitada, lesbiana y negra”*⁵⁷.

5.4.3. Esta circunstancia resulta particularmente relevante en el caso de las personas con discapacidad, pues factores como la condición económica pueden potenciar o aminorar los efectos nocivos de la discriminación en el goce efectivo de los derechos, y en otros casos, factores como la raza, el color, el sexo, el idioma, el origen nacional o étnico, pueden tener un efecto ampliado en esta problemática. Es por ello que en los considerandos de la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad se advierte la especial preocupación por *“la difícil situación en que se encuentran las personas con discapacidad que son víctimas de múltiples o agravadas formas de discriminación por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opinión política o de cualquier otra índole, origen nacional, étnico, indígena o social, patrimonio, nacimiento, edad o cualquier otra condición”* y porque *“las mujeres y las niñas con discapacidad suelen estar expuestas a un riesgo mayor, dentro y fuera del hogar, de violencia, lesiones, abuso, abandono o trato negligente, malos tratos o explotación”*.

5.5. El carácter multifacético y la pluralidad de manifestaciones del fenómeno discriminatorio.

5.5.1. Toda esta complejidad inherente al fenómeno discriminatorio explica su carácter multifacético, y las dificultades de ofrecer una única descripción del mismo.

5.5.2. En primer lugar, ésta tiene no solo una *dimensión individual*, sino también un *origen institucional*. En ocasiones, incluso, la discriminación más nociva, o la que tiene un efecto más devastador en el goce efectivo de los derechos, proviene fundamentalmente de la organización y el funcionamiento de las instituciones privadas y públicas, más que de actuaciones particulares de sujetos específicos: *“El fenómeno de la discriminación no puede circunscribirse al ámbito de lo meramente subjetivo*

⁵⁷ Alda Facio, “Feminismo, género y patriarcado”, en Alda Facio y Lorena Frías, *Género y Derecho*, Santiago de Chile, Ediciones LOM/American University, 1999. Documento disponible en: <http://cidem-ac.org/PDFs/bibliovirtual/VIOLENCIA%20CONTRA%20LAS%20MUJERES/Genero.%20Derecho%20y%20Patriarcado.pdf>. Último acceso: 24 de agosto de 2014.

pues implica procesos institucionalizados tanto en la vida cotidiana (si por institución entendemos `pautas recurrentes`, `regularidades`), como en la inscripción de la discriminación en discursos mediáticos, políticos y jurídicos”⁵⁸.

En el caso específico analizado en este proceso, la afectación de los derechos se produce por las barreras y obstáculos impuestos por la propia familia, la sociedad y las instituciones públicas, más que por expresiones individuales de odio, rechazo, marginación o exclusión. Según indicó PAIS en su escrito de intervención y en la audiencia pública del 31 de julio de 2014, este colectivo se enfrenta a las siguientes barreras: (i) *barreras de orden físico y arquitectónico*, que impiden el acceso a los espacios públicos y privados, así como su libre movilidad en condiciones de autonomía e independencia; (ii) *barreras comunicativas* que dificultan o entorpecen la relación y el intercambio de esas personas con su entorno, como ocurre con el acceso a la información y a los medios de comunicación; (iii) *barreras actitudinales*, consecuencia de imaginarios, prejuicios, modales y actitudes del conglomerado social, y cuyo efecto es la restricción en el acceso a las oportunidades y a los bienes sociales; (iv) *barreras socioeconómicas*, por la relación de interdependencia entre la discapacidad y la condición económica y social.

Como puede observarse, en todos estos casos la discriminación trasciende las acciones individuales, y se instala en un nivel mucho más profundo que interfiere directamente con la totalidad de las esferas vitales de las personas. Un discurso como el descrito por el accionante en su escrito de acusación, en el que se afirma que las personas con alguna limitación física, síquica o mental no deberían subir al púlpito u oficiar actos religiosos, puede resultar para algunos ofensivo, humillante y vejatorio; pero las barreras físicas, arquitectónicas, comunicativas y socioeconómicas tienen la potencialidad de bloquear los procesos vitales más elementales, desde las acciones básicas de la vida cotidiana como el aseo y la alimentación, hasta el acceso a la educación y la cultura, y por esa vía, anular el goce de los derechos.

Recientemente, un medio de comunicación documentó las dificultades de un ciudadano que sufrió un accidente laboral hace ocho años, y que actualmente se encuentra imposibilitado para caminar, y debe utilizar muletas de manera permanente para su movilización. Para llegar a su lugar de trabajo en la ciudad de Bogotá, la única opción disponible es el sistema Transmilenio, al que ingresa en la Estación Banderas. No obstante, el acceso a la estación constituye para él toda una odisea: el ascensor se daña con frecuencia, y en estos casos debe subir más de 50 escalones con las muletas, en horas del día

⁵⁸ Judit Bokser, *Reflexiones sobre un ‘fenómeno difuso’ a partir de la Primera Encuesta Nacional sobre Discriminación en México*, en *Revista Mexicana de Ciencias Políticas y Sociales*, 2007, XLI. Documento disponible en: <http://www.redalyc.org/articulo.oa?id=42120005>. Último acceso: 15 de agosto de 2014.

en que existe una gran afluencia de personas, quienes suelen empujarlo en medio del afán cotidiano; a su juicio, resulta más fácil subir a Monserrate que subir dichas escaleras, “*por Dios que sí*”; avanzar en la estación también envuelve grandes riesgos, no solo por las personas que frecuentemente lo empujan sin darse en cuenta, sino por las losas del piso que se han venido cayendo, y que se convierten para él en un riesgo latente de caída; una vez llega al paradero y aparece un bus, se enfrenta a la dificultad de ingresar al mismo, porque el vehículo se ubica en distancias de al menos 15 centímetros del paradero, y en tales circunstancias fácilmente podría caer a la calle; superado este obstáculo, su ubicación también resulta riesgosa, no solo porque normalmente las sillas azules destinadas para las personas con algún padecimiento física, las mujeres embarazadas, los ancianos y las personas con niños en brazos están ocupadas, sino porque además, el bus arranca inmediatamente y no espera a su ubicación en un lugar relativamente seguro⁵⁹. Dificultades como estas para subir a un bus, se tienen también para comunicarse a través de internet, para salir de compras, para el baño diario, para hacer una llamada telefónica, para efectuar una transacción bancaria, para preparar un desayuno, y en general, para desenvolverse en la vida ordinaria.

De este modo, en muchas ocasiones es la discriminación de tipo institucional la que constituye el mayor obstáculo para el goce efectivo de los derechos de las personas, más que los discursos o cursos de acción individual. Tal como pusieron de presente PAIIS, la Secretaría Técnica Distrital de Discapacidad de Bogotá y la Secretaría distrital de Integración Social de Bogotá a lo largo del proceso judicial, esta dimensión del fenómeno tiene un vínculo directo con las mayores problemáticas a las que se enfrenta el colectivo analizado, y la que ha tenido las mayores repercusiones en una amplia gama de campos. Así por ejemplo, las falencias institucionales han provocado la exclusión sistemática de este grupo del sistema educativo, como lo demuestra el hecho de que tan solo el 0.32% de los alumnos que asisten a la escuela tienen discapacidad, índice que está muy por debajo del índice total de discapacidad, y como lo demuestra el hecho de que del total de personas que reportaron esta condición, el 33% no tiene ningún nivel educativo, el 29.1% el nivel de básica primaria incompleta, tan solo el 1% ha culminado los estudios superiores, y el 0.1% ha cursado estudio de postgrado. Una situación semejante se presenta en el mercado laboral, pues según estadísticas del DANE, aunque el 52% de las personas con discapacidad se encuentra en edad productiva, tan solo el 15.5% realiza alguna actividad remunerada. En gran medida, estas restricciones en el acceso a la educación y la trabajo son provocadas por las barreras físicas, arquitectónicas, comunicativas, actitudinales y socioeconómicas, y no por decisiones

⁵⁹ “El drama de un discapacitado en la Estación Banderas de Transmilenio”, Video de City TV. Material disponible en: <http://www.citytv.com.co/videos/100862598/el-drama-de-un-discapacitado-en-estacion-banderas-de-transmilenio>. Último acceso: 24 de agosto de 2014.

personales de individuos determinados que tengan por objeto perjudicar o provocar daño a este colectivo.

En definitiva, las mayores dificultades para el ejercicio de los derechos y para la inclusión social de las personas con discapacidad están asociadas a las bases mismas del tejido social más que a los actos o discursos individuales y deliberados de exclusión.

5.5.3. En segundo lugar, existen múltiples *patrones de discriminación*.

Con frecuencia, el fenómeno se asocia con aquellas manifestaciones que tienen un componente de odio, hostilidad o violencia. Seguramente, esto se explica porque éstas vendrían a ser las facetas más visibles del fenómeno, cuyos daños pueden ser identificados y cuantificados con alguna facilidad. Por esto, gran parte de la teorización, de la normatividad y de las políticas públicas en torno a este fenómeno se han elaborado a partir de este paradigma. No por casualidad las denominadas “leyes de odio” han tenido como referente inmediato experiencias particularmente traumáticas de agresión y segregación en contra de determinados colectivos, como ha ocurrido con el antisemitismo, el apartheid, el racismo en el colonialismo en América y África, y otras formas agresivas de segregación, expulsión, persecución y exterminio, a las que subyace este elemento de odio, hostilidad y violencia.

Sin embargo, esta descripción no siempre coincide con la diversidad de prácticas discriminatorias. Así, por ejemplo, el componente de violencia y hostilidad no suele estar presente en la discriminación en contra de las personas con discapacidad, y, por el contrario, normalmente se vincula a sentimientos de compasión, o a actitudes burlescas, de indiferencia, o de sobre-protección. Con frecuencia estas personas son subestimadas en sus capacidades y condiciones, son vistas como una carga social, familiar y personal, y son marginadas de los espacios laborales, educativos, deportivos y culturales. Sin embargo, y pese a la gravedad de esta realidad, la discriminación no está atravesada por estos patrones de animadversión que sí están presentes en otros escenarios.

La reciente encuesta de percepción realizada por CERMI⁶⁰ en España a esta población contiene información reveladora en este sentido. Las quejas de este colectivo están asociadas a otro tipo de conductas recurrentes, como el sobre-dimensionamiento de la discapacidad, la necesidad de aparentar normalidad cuando en realidad genera extrañeza, sentimientos y actitudes de “solidaridad mal entendida”, o burlas o ridiculizaciones, sin que a todo esto subyazca el ánimo deliberado de provocar daño. Expresiones como las siguientes fueron recurrentes en la referida encuesta: “tomar a mi hija por

⁶⁰ Comité Español de Representantes de Personas con Discapacidad.

tonta, cuando en realidad es muy lista”, “cuando la gente te mira como un bicho raro”, “cuando se burlan de ti a escondidas”, “rechazo verbal, ridiculizarte, ignorarte”, “piensan que no comprenden los que te dicen, por eso hablan con su acompañante y no contigo”, “poca normalidad y mucha solidaridad mal entendida”⁶¹.

De igual modo, los *usos de la discriminación* difieren sustancialmente. En unos casos conlleva a la eliminación o el exterminio, en otras a la segregación o marginación o el aislamiento, y en otros, a la explotación⁶²: *“A los judíos los perseguimos, los confinamos en guetos o los expulsamos; pero a las mujeres y a los negros los explotamos. Quisiéramos echar a afuera a los judíos; pero a las mujeres y a los negros los queremos en su lugar (...) somos intolerantes frente a los judíos, pero prejuiciados frente a los negros (...) la condición para aceptar al judío es que deje de ser judío y se comporte voluntariamente como la generalidad de la sociedad, mientras que la condición para que acepte al negro es que no trate de parecerse a la generalidad de la sociedad, sino que siga siendo negro”⁶³.*

Las diferencias fácticas anteriores quizás puedan explicar algunas diferencias normativas en el tratamiento de la discriminación. Es posible, por ejemplo, que la gravedad y la nota de violencia y odio que ha atravesado el racismo hayan sido tenidas en consideración para prever expresamente un deber de los Estados de penalizar algunas formas de racismo, tal como se contempla en el artículo 4 de la Convención para la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Racial, y que en cambio, tal deber no se encuentre previsto para otras de sus manifestaciones en razón del género, de la edad o de la condición de discapacidad.

5.5.4. En tercer lugar, *en cuanto a la notoriedad y visibilidad del fenómeno*, debe tenerse en cuenta que, aunque en algunas ocasiones la discriminación se produce de manera explícita, abierta y deliberada, generalmente se expresa de manera mucho más sutil y silenciosa. En algunos contextos, incluso, se encuentra encubierta bajo el ropaje de formas, maneras y discursos sobre la inclusión y la tolerancia, que logran enmascararla e invisibilizarla. Es decir, muchas veces se presenta de forma velada y no es reconocida como tal por

⁶¹ Antonio Jimenez Lara y Agustín Huete García, *La discriminación por motivos de discapacidad. Análisis de las respuestas recibidas al Cuestionario sobre Discriminación por Motivos de Discapacidad promovido por CERMI estatal*. 2003. Documento disponible en: <http://usuarios.discapnet.es/ajimenez/Documentos/AJL/discriminacion.pdf>. Último acceso: 27 de agosto de 2014.

⁶² Gilberto Giménez, *Las diferentes formas de discriminación desde la perspectiva de la lucha por el reconocimiento social*. Manuscrito del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Nacional Autónoma de México (UNAM), 2006. Documento disponible en: <http://www.insumisos.com/lecturasinsumisas/Exclusion%20y%20discriminacion.pdf>. Último acceso: 18 de agosto de 2013.

⁶³ Gilberto Gimenez, *Las diferentes formas de discriminación desde la perspectiva de la lucha por el reconocimiento social*. Manuscrito del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Nacional Autónoma de México (UNAM), 2006. Documento disponible en: <http://www.insumisos.com/lecturasinsumisas/Exclusion%20y%20discriminacion.pdf>. Último acceso: 18 de agosto de 2013.

sus propios actores, ni traducible en el plano discursivo como actos discriminatorios: *“la negación de cometer actos de discriminación por una parte, y por otra, la evidencia de que se cometen actos de discriminación”*⁶⁴. Se trata entonces de una problemática “invisible” pero a flor de piel, que justamente por ello no es capturada y reconocida fácilmente como tal por la academia, los medios de comunicaciones, ni por quienes se encargan de diseñar y ejecutar las políticas públicas en esta materia.

Esto explica, por ejemplo, el notable contraste entre el reciente revuelo nacional que se produjo cuando en un anuncio clasificado se solicitaron los servicios de una médica de piel blanca, y el silencio que normalmente se guarda frente al hecho indiscutible de que las personas afrodescendientes tienen un acceso muy restringido al mercado laboral, como lo demuestra el hecho de que según investigaciones empíricas prospectivas, las personas con rasgos de raza blanca tienen un 10% más de probabilidades de ser llamadas a entrevista para trabajar, que una afrodescendiente con sus mismas calificaciones profesionales. En el primer caso, las reacciones en los medios de comunicación y en las redes sociales no se hicieron esperar, e incluso la Fiscalía General de la Nación actuó rápidamente y ordenó directamente la investigación del caso, mientras que el segundo hecho suele permanecer en el silencio⁶⁵.

Probablemente, esta “discriminación invisible” se ha visto favorecida por una nueva cultura sobre la igualdad, en la que los distintos actores sociales, públicos y privados, promueven, de manera sistemática y reiterada, mensajes sobre la igualdad, la tolerancia y la inclusión. El efecto de tales señales podría no ser la eliminación del problema como tal, sino su transformación en actos más sutiles, elaborados y sofisticados, que la invisibilizan o la hacen irreconocible o imperceptible, porque se esconden bajo el ropaje del discurso del pluralismo y del rechazo de la intolerancia. Por este motivo, actualmente la discriminación se ha convertido en un fenómeno *“invisible, encubierto o negado en la semántica social, con excepción de ciertos casos donde la discriminación es abiertamente asumida y promovida”*⁶⁶. Esto explica, por ejemplo, que el racismo contemporáneo se encuentre en el dilema de incrementar su fuerza a través de un rechazo más abierto y agresivo a los grupos estructurados en función de la raza, pero con el riesgo de “escandalizar” o de perder comunicabilidad, o de perseverar en formas más veladas de racismo, que a pesar de su sutileza, podrían tener un mayor

⁶⁴ Judit Bokser, *Reflexiones sobre un ‘fenómeno difuso’ a partir de la Primera Encuesta Nacional sobre Discriminación en México*, en *Revista Mexicana de Ciencias Políticas y Sociales*, 2007, XLI. Documento disponible en: <http://www.redalyc.org/articulo.oa?id=42120005>. Último acceso: 15 de agosto de 2014.

⁶⁵ Ana Margarita González, “Se necesita empleada de piel blanca”, en *La Silla Vacía*, 8 de septiembre de 2014. Documento disponible en: <http://lasillavacia.com/elblogueo/blog/se-necesita-empleada-de-piel-blanca>. Último acceso: 24 de agosto de 2014.

⁶⁶ Judit Bokser, *Reflexiones sobre un ‘fenómeno difuso’ a partir de la Primera Encuesta Nacional sobre Discriminación en México*, en *Revista Mexicana de Ciencias Políticas y Sociales*, 2007, XLI. Documento disponible en: <http://www.redalyc.org/articulo.oa?id=42120005>. Último acceso: 15 de agosto de 2014.

impacto de manera inadvertida⁶⁷.

La discriminación en contra de las personas con discapacidad se inscribe dentro de esta tendencia, pues por lo general no se presenta bajo la forma de prácticas abiertamente excluyentes en razón de esta condición, sino bajo formas discretas que usualmente no son expuestas y debatidas. Prueba de ello es justamente el hecho de que la demanda de inconstitucionalidad que dio lugar al presente proceso, así como el proyecto de ley presentado en este año para extender la penalización a los actos de agresión estructurados en función de la condición de discapacidad, tuvieron como telón de fondo la ya mencionada declaración de una líder religiosa sobre la prohibición para las personas con algún limitación física de subir al púlpito, mientras que las problemáticas asociadas a las limitaciones en el acceso a la educación o al mercado laboral, son pasadas por alto en la conceptualización, en la denuncia y en el ataque al fenómeno discriminatorio.

5.5.5. En cuarto lugar, la discriminación se materializa a través de múltiples formas.

Usualmente suele estar asociada a una de sus formas más visibles y explícitas: aquella que se materializa a través del lenguaje, y especialmente, a través del discurso o a través de acciones verbalizadas. Esto explica que los casos que son investigados y sancionados por el propio Estado y aquellos que son registrados por los medios de comunicación, versan sobre esta modalidad específica de discriminación.

Según expuso la Fiscalía General de la Nación en la audiencia pública, los únicos dos casos en que esta entidad ha efectuado imputaciones por los referidos, se refieren a hipótesis discursivas de discriminación. El primero de ellos se refiere a las declaraciones de un concejal de un municipio de Risaralda con respecto a las ayudas humanitarias otorgadas a los indígenas víctimas de la ola invernal del año 2012, al afirmar que *“dicen que no fueron nueve sino siete los primeros damnificados en la escuela de Suratena. Los que estaban ubicados en La Siria tumbaron los ranchitos que tenían (...) porque sabían que les iban a dar casa nueva. Siendo sinceros, grupos difíciles de manejar en un gobierno, como los desplazados, negritudes e indígenas, son tres cánceres que tiene el Gobierno Nacional”*. Y el segundo caso referido por la Fiscalía, versa sobre las desafortunadas aserciones de un estudiante universitario publicadas en su cuenta de twitter con ocasión de la muerte de treinta y dos niños que se transportaban en un bus que se incendió en el municipio de Fundación, en las que ridiculiza a los costeños y desconoce la gravedad del suceso⁶⁸. Como salta a la vista, el aparato

⁶⁷ Pierre Bourdieu, “El racismo de la inteligencia”, en *Sociología y cultura*, trad. Martha Pou, México, Grijalbo, 1990, p. 278.

⁶⁸ Bajo la etiqueta “#MePrendoComoNiñoEnBus”, el estudiante afirmó que *“¿Tan cara que está la gasolina y desperdiciarla en 32 costeños?”*

represivo del Estado se dirige hacia estas formas verbalizadas de segregación y exclusión.

En el mundo ha ocurrido algo semejante. Los casos que se registran y publicitan como discriminatorios provienen casi siempre de esta variante. En Chile, uno de los mayores escándalos en el año 2014 provino de las burlas del famoso títere “Murdock” sobre los judíos⁶⁹; este incidente terminó con el despido de Elías Escobedo del canal Chilevisión. En Francia, por su parte, los ejemplos que son registrados socialmente tienen un talante semejante, como ocurrió que las afirmaciones antisemitas del diseñador de una afamada casa de modas, quien sostuvo *“adoro a Hitler. Personas como ustedes estarían muertas. Sus madres, sus padres, serían todos unos gaseados”*, y quien finalmente fue despedido de la prestigiosa organización en razón de tales pronunciamientos. Y en Uruguay, la doctora Mercedes Rovira, quien había sido elegida como rectora de la Universidad de Montevideo, debió renunciar al cargo por afirmar en una entrevista que la homosexualidad era una anomalía, y que la orientación sexual debía constituir un criterio determinante en la selección de los docentes⁷⁰.

Subyace entonces la idea de que la discriminación fluye a través del discurso, y de que éste es el que debe servir como referente de la reflexión sociológica, de las construcciones jurídicas, y del diseño y ejecución de las políticas públicas.

Sin embargo, el fenómeno no siempre se manifiesta de este modo, pues también, y con mucha frecuencia, ésta se encuentra vinculada estrechamente a facetas prácticas de la vida cotidiana que escapan a la conciencia, al lenguaje verbalizado y al lenguaje gráfico. Actitudes, modos de tratar, silencios, miradas, emociones internas, percepciones, sensaciones de desagrado o desprecio, sentimientos, sensibilidades, representaciones, imaginarios, estereotipos, temores, ademanes, miradas, gestos, estilos, costumbres y rutinas de la vida cotidiana, constituyen manifestaciones imperceptibles del problema, pero que se encuentran ampliamente asentadas socialmente, mucho más que los discursos y las acciones inequívocas de discriminación: *“En muchas ocasiones se trata más bien de una conciencia práctica que orienta la acción. De este modo la conciencia práctica supone el hacer de los actores sin que necesariamente puedan formularlo verbalmente, darle una versión discursiva. Por otra parte, la conciencia discursiva es aquella capacidad de poner en palabras lo que hacemos y por*

⁶⁹ El humorista Elías Escobedo efectuó la burla en los siguientes términos: *“Jamás me burlaría de un homosexual. No me río de los negros, me burlo de los racistas. No me río de los judíos. Bueno, de los judíos sí, pero, ¿qué culpa tienen los judíos de ser mejor combustible que la leña?”*

⁷⁰ La docente sostuvo lo siguiente: *“En la naturaleza humana somos hombres y mujeres, y la diferenciación de sexos de la naturaleza, biológica y determinante. Que haya anomalías, las hay. También hay tréboles de cuatro hojas (...) la orientación sexual obvio que juega a la hora de contratar un profesor (...) el docente no solamente tiene que enseñar en el aula, sino que es un referente”*.

qué lo hacemos”⁷¹.

Asimismo, existen otras formas de discriminación que no responden al ánimo consciente y deliberado de excluir o atacar en razón de la pertenencia a un grupo estructurado en función de un criterio prohibido, sino a manifestaciones inconscientes, o actitudes, ademanes, modales que son el resultado de costumbres o de rutinas interiorizadas y arraigadas social y culturalmente, y cuya connotación discriminatoria, por consiguiente, no es visibilizada o reconocida como tal, ni tampoco verbalizada o sacada a la luz a través del discurso. Suele ocurrir, por ejemplo, que personas que rechazan abiertamente el sexismo, en contextos determinados (como en el plano laboral o en el plano de las relaciones personales privadas) asumen posiciones o actitudes claramente machistas que terminan por excluir a la mujer de determinados espacios de la vida familiar, social, económica, política y cultural; o a la inversa, puede ocurrir que una persona con inclinaciones discriminatorias en razón del género, la pertenencia étnica o la nacionalidad, en ciertos contextos puede actuar de modo opuesto: *“Alguien proclive a discursos discriminatorios sobre identidades étnicas, de género, o xenofóbicas puede, en una situación de discriminación concreta, actuar debido a la propia coyuntura en contra de esas valoraciones discriminatorias por la presión simbólica que puede implicar el orden de la interacción donde no es ‘adecuado’ mostrarse abiertamente discriminador. Pero también puede suceder que alguien considerado ‘pluralista’, ‘antidiscriminatorio’ y ‘tolerante’, pueden en una situación específica, actuar de manera discriminatoria, incluso sin intenciones de hacerlo”*⁷².

5.5.6. En cuanto a la *intencionalidad* subyacente a la discriminación, ésta puede asumir distintas modalidades. En algunos casos, tal vez excepcionales, la expresión o la actuación responde, de manera clara e inequívoca, a un criterio sospechoso o prohibido, como la raza, la etnia, el origen nacional, el sexo, la orientación sexual, la identidad de género, la edad, la condición migratoria o la filiación política. Así, cuando se prohíbe el ingreso de una persona a un lugar de acceso público en razón de la orientación sexual o de la raza o cuando se opta por no contratar laboralmente a mujeres en edad reproductiva, nos encontramos frente esta primera modalidad.

En otras ocasiones, sin embargo, la discriminación carece de este componente intencional, cuando responde, por ejemplo, a *actos inconscientes o a prácticas rutinarias* de la vida cotidiana que se ejecutan mecánicamente, pero que se encuentran fuertemente arraigadas en la

⁷¹ Judit Bokser, *Reflexiones sobre un ‘fenómeno difuso’ a partir de la Primera Encuesta Nacional sobre Discriminación en México*, en Revista Mexicana de Ciencias Políticas y Sociales, 2007, XLI. Documento disponible en: <http://www.redalyc.org/articulo.oa?id=42120005>. Último acceso: 20 de agosto de 2014.

⁷² Judit Bokser, *Reflexiones sobre un ‘fenómeno difuso’ a partir de la Primera Encuesta Nacional sobre Discriminación en México*, en Revista Mexicana de Ciencias Políticas y Sociales, 2007, XLI. Documento disponible en: <http://www.redalyc.org/articulo.oa?id=42120005>. Último acceso: 15 de agosto de 2014.

sociedad. Las costumbres en la conformación de círculos, grupos y redes sociales tiene en algunos casos esta connotación discriminatoria inconsciente, como ocurre en contextos como el colegio, las universidades o el lugar de trabajo, en donde factores como la apariencia física, la condición económica, el origen nacional o la orientación sexual, juegan un papel determinante.

Por otro lado, además de la *discriminación directa*, estructurada en función de estos criterios sospechosos o prohibidos, se encuentra la *discriminación indirecta*, en la que el acceso a los bienes y oportunidades sociales se encuentra condicionado a la evaluación de criterios neutros e imparciales, pero que por prescindir del análisis las desventajas de algunos grupos en el juego social, termina por perjudicar aquellos que atraviesan dificultades estructurales o que se encuentran en una situación de inferioridad en la vida social. En este último caso, el resultado de un curso de acción es la afectación de un grupo discriminado, aunque la asignación y distribución de bienes y oportunidades sociales actuación no se encuentre amparada en uno criterio sospechoso o prohibido⁷³.

Justamente, la discriminación padecida por las personas con discapacidad parece provenir fundamentalmente de esta modalidad indirecta. Resultan sintomáticos los altos índices de percepción de esta modalidad, en la reciente encuesta efectuada en España a estas personas por CERMI, pese a que se trataba de una encuesta de percepción, y pese a que esta modalidad indirecta, por su propia naturaleza, tiende a pasar desapercibida y a no ser reconocida como tal. En este sentido, el 34.2% de las personas con discapacidad encuestadas, reconocen haber sido víctima de este fenómeno⁷⁴.

Asimismo, esta Corporación ha considerado que ciertas prácticas institucionales son constitutivas de esta modalidad indirecta. En la sentencia T-340 de 2010⁷⁵, por ejemplo, se resolvió el amparo propuesto por algunos deportistas que participaron exitosamente en la segunda versión de los Juegos Paralímpicos Nacionales del año 2008 por el departamento del César, pese a lo cual no recibieron ningún estímulo por la medallas obtenidas por parte de la Secretaría de Recreación, Deporte y Cultura, y pese a que las medallas alcanzadas en los Juegos Nacionales del mismo año, sí fueron reconocidas económicamente. Aunque la entidad accionada consideró que el

⁷³ Sobre las dificultades en la distinción entre discriminaciones directas e indirectas, *cfr.* Carmen Sáez Lara, “Las discriminaciones indirectas en el trabajo”, en *Cuadernos de Relaciones Laborales*, 6, 1995. Documento disponible en: <http://revistas.ucm.es/index.php/CRLA/article/viewFile/CRLA9595120067A/32619>. Último acceso: 25 de agosto de 2014.

⁷⁴ Antonio Jimenez Lara y Agustín Huete García, *La discriminación por motivos de discapacidad. Análisis de las respuestas recibidas al Cuestionario sobre Discriminación por Motivos de Discapacidad promovido por CERMI estatal*. 2003. Documento disponible en: <http://usuarios.discapnet.es/ajimenez/Documentos/AJL/discriminacion.pdf>. Último acceso: 27 de agosto de 2014.

⁷⁵ M.P. Juan Carlos Henao Pérez.

tratamiento diferenciado respondía, no a un ánimo discriminatorio, sino a que cada torneo obedecía a una lógica y a un esquema de financiación sustancialmente distinto, la Corte concluyó que aunque efectivamente la diferenciación no respondía a una intencionalidad discriminatoria, en todo caso, el resultado sí tenía esta connotación. En tales circunstancias, se ordenó a la Secretaría de Deporte, Cultura y Recreación del departamento del Cesar fijar un sistema de estímulos para los deportistas que participaron en los Juegos Paralímpicos Nacionales del año 2008 y obtuvieron medallas, y se previno a la entidad para que no incurriese en políticas semejantes⁷⁶.

En el contexto de las relaciones laborales, por ejemplo, la discriminación indirecta en contra de las mujeres ha sido estudiada y documentada con relativa profundidad. Así por ejemplo, cuando se advierte que el sistema de promociones y ascensos laborales en los cargos directivos termina por beneficiar a los hombres, teniendo en cuenta el número total de empleados, el número de mujeres, los ascensos producidos, y los puestos de ascensos ocupados por hombres y mujeres, podría configurarse una discriminación indirecta, que se explicaría, entre otras cosas, porque como en las sociedades contemporáneas el cuidado de la familia aún recae fundamentalmente en la población femenina, ésta compite en una situación de desventaja con el hombre en el escenario laboral.

5.5.7. Finalmente, debe advertirse que aunque esta problemática afecta a personas y grupos de personas conformados en función de una condición específica como la raza, la pertenencia étnica, la nacionalidad, la condición migratoria, el sexo, la edad, la orientación sexual o la identidad de género, los colectivos así configurados no son estructuras homogéneas, sino agregados que comparten una condición y ciertas dificultades asociadas al mismo, pero dentro del cual pueden existir diferencias relevantes, en al menos dos sentidos: (i) por una parte, la discriminación puede afectar de modo muy distinto a personas que hacen parte de un mismo colectivo; el racismo y el sexismo, por ejemplo, “golpean” de modo muy distinto a los miembros de cada colectivo discriminado, dependiendo de factores como la edad, la condición socio-económica, la accesibilidad al sistema educativo, la distribución de cargas y responsabilidades en el hogar, entre otros; (ii) por otro lado, la percepción misma del fenómeno discriminatorio puede ser muy distinta dentro de un mismo grupo; en los discursos de género, por ejemplo, se encuentra una marcada diferencia entre el denominado “feminismo de la igualdad”, que apunta a la “igualación” entre los géneros, y el “feminismo de la diferencia”, que apunta más bien al reconocimiento y el respeto de la especificidad del género femenino frente al masculino, más que la

⁷⁶ Sobre la discriminación indirecta en el contexto de la acción de tutela, *cfr.* las sentencias T-285 de 2012, M.P. María Victoria Calle Correa; T-909 de 2011, M.P. Juan Carlos Henao; T-247 de 2010, M.P. Humberto Antonio Sierra Porto; T-140 de 2009, M.P. Mauricio González Cuervo; T-1248 de 2008, M.P. Humberto Antonio Sierra Porto.

equiparación entre ambos⁷⁷. No se trata entonces de grupos homogéneos ni de estructuras monolíticas, sino de agrupaciones marcadas por la diversidad de percepciones, intereses y aproximaciones al fenómeno discriminatorio.

Esto torna aún más compleja la problemática, pues no solo resulta cuestionable enfrentar el problema de cada uno de los grupos desde “afuera”, sino que además tampoco es legítimo que determinadas “voces” dentro de un colectivo discriminado asuman de manera exclusiva su representación, con el riesgo latente de que en nombre de todo un grupo discriminado, se expresen las aspiraciones personales o de unos pocos.

5.6. En definitiva: (i) la discriminación constituye un fenómeno estructural, en tanto expresión de la organización y el funcionamiento social; (ii) en virtud de su connotación estructural, permea todas las facetas de la vida en sociedad, y las formas que asume varían en función de las relaciones sociales de base que se presentan en los distintos escenarios de la vida económica, política, social y cultural a lo largo de la historia; (iii) aunque en el imaginario colectivo se asocia a los actos individuales, extremos, abiertos y deliberados de exterminio, exclusión y segregación, normalmente mediados por el discurso, en realidad tiene un carácter multifacético, y por ello, también tiene un origen institucional e impersonal, y se encuentra presente en actitudes, sensaciones, ademanes, rutinas, conductas y prácticas inconscientes, silenciosas, sutiles y hasta formalmente neutrales, pero que al mismo tiempo crean y fabrican los estereotipos sociales, y que de manera indirecta provocan la restricción o limitación en el goce de los derechos de algunos colectivos: *“la cultura popular tiene un rol mucho más importante en la difusión de estereotipos y en la creación de un medio ambiente hostil contra determinados, grupos, que las expresiones aisladas de las personas que son en la práctica alcanzadas por esta clase de normas penales (...) los estereotipos de grupos minoritarios que aparecen en la televisión, en el cine y en la literatura (de ficción e incluso académica), inciden mucho más en cómo vemos a estos grupos, que las expresiones de odio grotescas y flagrantes de individuos marginales”*⁷⁸.

6. Contenido y alcance de los artículos 3 y 4 de la Ley 1482 de 2012

6.1. Una vez identificados algunos rasgos fundamentales del fenómeno

⁷⁷ Sobre el feminismo de igualdad y el feminismo de la diferencia *cf.* Isabel Cristina Jaramillo, “La crítica feminista al Derecho”, en Ramiro Ávila Santamaría, Judith Salgado y Lola Valladares (comp.), *El género en el Derecho. Ensayos críticos*, Ministerio de Justicia y Derechos Humanos del Ecuador, Quito, 2009, pp. 103-125. Documento disponible en: http://www.justicia.gob.ec/wp-content/uploads/downloads/2012/07/4_Genero_en_el_derecho.pdf. Último acceso: 27 de agosto de 2014.

⁷⁸ Julio César Rivera, “La libertad de expresión y las expresiones de odio. Un estudio a partir de las concepciones de libertad de expresión de Robert Post y Owen Fich”, en Julio César Rivera, *La libertad de expresión y las expresiones de odio*, Buenos Aires, Ed. Abeledo Perrot, 2009. Documento disponible en: http://revistajuridica.udesa.edu.ar/wpcontent/uploads/JCR_h_las_expresiones_de_odio_y_la_libertad_de_expresion.pdf. Último acceso: 28 de agosto de 2014.

discriminatorio, pasa la Corte a examinar una de las herramientas diseñadas por el legislador para combatir esta problemática: la creación de los delitos de actos de racismo o discriminación, y de hostigamiento, cuestionados en este proceso por tener, a juicio del accionante, un espectro estrecho y limitado, al no sancionar la discriminación contra las personas con discapacidad.

Es así como los artículos 3 y 4 de la Ley 1482 de 2011 consagraron los referidos tipos penales, en los siguientes términos:

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

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

6.2. Estos delitos se enmarcan en la Ley 1482 de 2011, conocida como Ley Antidiscriminación, cuyo objeto es *“garantizar la protección de los derecho de una persona, grupo de personas, comunidad o pueblo, que son vulnerados a través de actos de racismo o discriminación”*. Además de tipificar los tipos penales transcritos, la referida ley contempla la apología del genocidio (Art. 7), y establece unas causales de agravación y disminución punitiva (arts. 5 y 6).

La Ley Antidiscriminación se inscribe dentro de dos vertientes. En primer lugar, el referido cuerpo normativo hace parte de un modelo sancionatorio que penaliza los denominados “crímenes de odio”. Aunque la definición de tales delitos no es nítida en el derecho comparado, existen unos denominadores comunes que apuntan, por un lado, a establecer una especie de protección o blindaje a grupos históricamente discriminados, y estructurados en torno a categorías como la raza o la religión, y por otro a sancionar *“conductas criminales motivadas más por el prejuicio y focalizadas más en la psicología del criminal que en la propia conducta*

*criminal*⁷⁹. Estas leyes fueron concebidas, al menos inicialmente, teniendo como telón de fondo experiencias particularmente graves y traumáticas, como el exterminio judío por los nazis, la limpieza étnica en Bosnia, el genocidio en Ruanda, o el *apartheid*. Diseñadas estas leyes bajo este referente, han sido trasladadas a otros contextos en los que la discriminación presenta unos contornos especiales, como ocurre justamente con la Ley 1482 de 2012.

Además, esta ley fue diseñada en función de una forma específica de discriminación: el racismo en contra de las personas negras, afrocolombianas, raizales y palenqueras, teniendo en cuenta la gravedad de este fenómeno en el contexto colombiano. Es así como la versión original del proyecto consagraba la figura del racismo, la de discriminación racial y la de hostigamiento, en todos los cuales el sujeto pasivo eran los miembros de este colectivo, o el grupo poblacional como tal.

Es así como en el mismo proyecto de ley se da cuenta de la gravedad y de las características del racismo en Colombia, señalando dos tipos de dificultades: por un lado, los atropellos de los que son víctimas estas personas y que normalmente quedan en la impunidad, y por otro, la precariedad de la situación que atraviesan.

Así, se refieren algunos casos en los que *“establecimientos de comercio les cobraron [a jóvenes negros] el color de la piel, los discriminaron y no les permitieron acceder a sus instalaciones”*. También se hace mención expresa de las limitaciones en el acceso al trabajo, a la educación o la vivienda, en razón del color de la piel. Se indica, a modo ilustrativo, que con frecuencia opciones concretas de trabajo que son dadas por teléfono, se cierran cuando la persona interesada entra en contacto directo con el futuro empleador, y éste se cerciora de su color de piel; o que la remuneración por labores equivalentes es sustancialmente inferior en el caso de las personas negras; o que en las grandes urbes este grupo se dedica fundamentalmente a labores no calificadas, como el servicio doméstico, la vigilancia, el comercio informal o la venta ambulante de fritos y frutas; o que con frecuencia se niegan los arriendos en razón del color de piel⁸⁰.

⁷⁹ David Martín Herrera, *Constitucionalidad del Discurso de Odio. Cuando el “Hate Speech” se convierte en “Hate Crime”*. Documento disponible en: <http://www.acoes.es/congresoXI/pdf/M2Com-DavidMartinHerrera.pdf>. Último acceso: 25 de agosto de 2014.

⁸⁰ En este sentido, en la Exposición de Motivos se señala lo siguiente: *“La discriminación racial que vive la población negra, afrocolombiana, raizal y palenquera se presenta constantemente. Violaciones y/o atropellos a la población objeto de este proyecto de ley, en repetidas ocasiones quedan en la impunidad; aunque en algunas ocasiones afrocolombianos se han dispuesto en la tarea de divulgar por vías legales, acciones de discriminación racial ocurridas en las ciudades Bogotá, Cali y Cartagena.//En algunos sectores de estas ciudades, aun es común la violación de los derechos fundamentales a la igualdad y la dignidad humana, el desconocimiento del principio de no discriminación, el derecho a la honra y al libre desarrollo de la personalidad, como ocurrió con los jóvenes Marvin Carabalí Lasso, Hernando Viveros Cabezas, Paola Andrea Ortiz Murillo, Edna Yiced Martinez, Fatimah Elizabeth Williams Castro y Aiden Salgado Cassiani. A estos jóvenes, algunos establecimientos de comercio les cobraron el color de piel, los*

Durante el proceso de aprobación parlamentaria, sin embargo, se optó por ampliar el espectro de la ley para combatir otras formas manifestaciones del problema, y no sólo el racismo en contra de las personas negras, afrodescendientes, raizales y palenqueras.

Este proceso de transformación respondió a los siguientes lineamientos: (i) En primer lugar, se pasó de contemplar grupos determinados como las comunidades negras, afrocolombianas, raizales y palenqueras, a establecer criterios abstractos de discriminación; así, no se protege a la mujer directamente, sino que el hecho punible se presenta cuando se ejercen actos vejatorios en razón del género; no se penalizan las conductas desplegadas contra las comunidades negras o afrocolombianas, sino que la restricción de derechos o del hostigamiento en razón de la pertenencia étnica; no se establece como grupo discriminado la comunidad LGBTI, sino que los delitos se perfeccionan cuando el ataque se ejerce en razón de la orientación sexual; de este modo, la salvaguardia de los grupos históricamente discriminados es tan solo indirecta; (ii) en segundo lugar, las categorías prohibidas no son solo la raza o la etnia, sino también la nacionalidad, el sexo, la orientación sexual, la religión y la ideología política o filosófica; no se incluye, sin embargo, la condición de discapacidad; (iii) en tercer lugar, y pese a la apertura anterior, la ley establece un catálogo cerrado de criterios de discriminación, por lo que tan solo se sancionan algunas de sus manifestaciones; (iv) finalmente, las categorías conceptuales utilizadas para sancionar el racismo fueron extrapoladas y utilizadas para criminalizar otras formas de discriminación, distintas de las que se estructuran en función de la

discriminaron y no les permitieron acceder a sus instalaciones.// Adicional a esto, las investigadoras Natalie Rodríguez Echeverri y Natalia Jiménez en estudios realizados en el Distrito Capital, y publicados en noviembre de 2006, exponen: “La población afrocolombiana siente la discriminación debido a su color de piel. Muchos cuentan que las opciones de empleo les son dadas por teléfono y cuando se acercan a ocupar el puesto les son negadas sin justa causa. Así mismo, afirman que en caso eventual de acceder a éstos, siempre les son dados en categorías y labores inferiores pese a estar calificados, y la remuneración siempre es inferior pese a desempeñar roles similares a los desempeñados por gentes de diferente color y etnicidad”// Otros estudios revelan que “(...) las áreas básicas de empleo de ciudades como Bogotá son: el servicio doméstico, la construcción, la vigilancia y el comercio informal o venta ambulante de fritos y frutas. En un porcentaje más bajo, los afrodescendientes ejercen como docentes, abogados, y, en menor medida, el 1%, como jefes o empresarios privados (...)”. Asimismo, se afirma que “los afrodescendientes que adelantan algún tipo de actividad laboral en Bogotá representan el 40.15% del total de la población; se encuentran plenamente empleados 20.3%, y están subempleados uno de cada dos afrobogotanos. La situación socioeconómica de los afrobogotanos es inferior a la del total de la población de la ciudad.//Por otro lado, en el año 2002, el Centro de Estudios Sociales de la Universidad Nacional de Colombia desarrolló unas encuestas, revelando lo siguiente: “una tercera parte de los afrobogotanos encuestados sostuvo que en los barrios donde habitan existe discriminación; 82% opinaron que esta se debe al color de la piel, 10% que es por el lugar de procedencia y 6.7% por la situación económica.; 35.4% afirmaron haber sido discriminados al pretender arrendar una vivienda, y una cuarta parte reconoció discriminación en el acceso al trabajo; en ambos casos la discriminación estuvo asociada, en mayor medida, con el color de piel; En promedio, 25% de los encuestados afirmaron que, el trato que reciben de los funcionarios de entidades públicas y privadas, y por otras personas es peor al del resto de la población”. Documento disponible

en: http://servoaspr.imprenta.gov.co:7778/gacetap/gaceta.mostrar_documento?p_tipo=05&p_numero=08&p_consec=26221. Último acceso: 25 de agosto de 2014.

pertenencia étnica; no por casualidad el primero de los delitos tipificados en la ley se denomina “actos de racismo o discriminación”, estableciendo una especie de equivalencia entre una y otra categoría.

6.3. Los referidos tipos penales se encuentran dentro del Título I del Libro II del Código Penal, que establece los delitos contra la vida y la integridad personal. Esta ubicación podría resultar problemática, porque significa que el *bien jurídico* protegido es la vida y la integridad personal, bienes que, al menos en principio, no parecen tener una correspondencia directa con las conductas sancionadas en las normas demandadas.

Por este motivo, algunos han sugerido que se trata de conductas pluriofensivas, porque por un lado atenderían a la salvaguardia del principio de igualdad, pero también, de manera indirecta, a la protección de la vida entendida en un sentido amplio, como equivalente a “vida en condiciones dignas”. En la audiencia pública del 31 de julio de 2014, PAIS sostuvo que *“los bienes jurídicos que de manera específica se buscan proteger a través de la penalización son en primer lugar la vida en sentido digno, derivado de la Constitución Política. De igual forma (...) protegerían la igualdad, derivada del artículo 13, pero en un sentido muy concreto: la igualdad que tienen todos los seres humanos frente al acceso a determinados derechos”*. Por su parte, el tratadista Ricardo Posada sostiene que pese a lo paradójico de la ubicación de las normas aludidas, podría entenderse que el bien jurídico protegido es la “vida digna”, y que en función de tal noción podrían ser interpretadas las disposiciones legales aludidas.

Sin embargo, no deja de suscitar dudas el hecho de que los demás delitos contenidos en el mismo título entiendan la vida y la integridad en un sentido más restringido, tal como ocurre con el genocidio, el homicidio, las lesiones personales, el aborto, las lesiones al feto, la manipulación genética, el abandono de menores y personas desvalidas y la omisión de socorro. En todas estas hipótesis se pone en peligro la supervivencia física, bien sea de personas individualmente consideradas, o bien sea de grupos, como ocurre con el genocidio. Y así entendido este bien jurídico, podría concluirse que los actos discriminatorios deben tener ciertas calificaciones especiales vinculadas a la afectación de la vida o la integridad física de estas personas o grupos de personas, y no solamente la puesta en peligro o la lesión del principio de igualdad.

6.4. En segundo lugar, ambos delitos tienen un *sujeto activo* indeterminado, si bien la condición de servidor público constituye una causal de agravación punitiva⁸¹. En todo caso, cabe destacar que como la responsabilidad penal está estructurada en torno a la actuación individual, en principio las normas apuntan exclusivamente a hipótesis de discriminación personal y no

⁸¹ Artículo 5 de la Ley 1482 de 2011.

institucional.

6.5. En tercer lugar, en cuanto a los *sujetos pasivos*, cabe hacer las siguientes precisiones:

- De una parte, y tal como se expresó en los acápite anteriores, en la medida en que la ley únicamente establece criterios en función de los cuales se estructura la discriminación, los tipos penales no protegen directamente a grupos determinados. Es así como el delito previsto en el artículo 3 de la ley, se perfecciona cuando la afectación arbitraria de derechos se produce en razón de la raza, de la nacionalidad, del sexo o de la orientación sexual, y el de hostigamiento, cuando la inducción a los actos de persecución y acoso, se realiza en razón de estos factores, o en razón de la etnia, la religión o la ideología política o filosófica. No hace mención directa de afrodescendientes, mujeres, extranjeros, heterosexuales, o equivalentes.

El hecho de que no se protejan directamente a colectivos determinados sino que se establezcan categorías abstractas, implica que los referidos delitos se podrían perfeccionar incluso cuando la conducta típica se despliega en contra de personas que no integran grupos históricamente marginados y excluidos, como ocurriría, por ejemplo, si se instiga al hostigamiento en función de la orientación sexual a una persona heterosexual, o se restringen arbitrariamente los derechos a un hombre, en razón de tales condiciones.

- De otra parte, debe destacarse que en el caso específico del hostigamiento, el sujeto pasivo tiene tanto una dimensión individual como una dimensión colectiva, en tanto se ejecuta en contra de una “*persona, grupo de personas, comunidad o pueblo*”. Así ocurriría, por ejemplo, si se diseña e implementa una estrategia publicitaria de ataque en contra de determinado colectivo sin individualizar a sus integrantes, a través de internet o por medios gráficos como grafitis.

6.6. En cuarto lugar, en cuanto a los elementos constitutivos de la *conducta típica*, se deben hacer las siguientes precisiones⁸²:

- Los actos de racismo o discriminación se producen cuando existe una afectación de los derechos de las personas, porque se impiden, obstruyen o limitan, que constituyen los verbos rectores del tipo; en este sentido, el artículo 3 de la Ley 1482 de 2011 dispone que se incurre en este hecho punible cuando se “*impida, obstruya o restrinja el pleno*

⁸² Una presentación completa se encuentra en Ricardo Posada, “Los Delitos de Actos Racistas o Discriminatorios y Hostigamiento por Motivos de Discriminación”, en *Revista Digital de la Maestría en Ciencias Penales*, Nro. 5, 2013. Documento disponible en: <http://revistas.ucr.ac.cr/index.php/RDMCP/article/view/12453>. Último acceso: 26 de agosto de 2014.

ejercicio de los derechos”. Como la ley se refiere a los derechos, y no a las meras expectativas, éstos deben ser ciertos, preexistentes a la conducta típica, lícitos y exigibles. Lo anterior significa que se trata de un delito de lesión y no de peligro en abstracto o de peligro en concreto.

Por otro lado, esta afectación de derechos está calificada en dos sentidos: (i) De una parte, debe tratarse de una afectación “arbitraria”, lo cual podría significar que debe carecer de soporte en el sistema jurídico, o que debe tratarse de una actuación caprichosa o irrazonable; (ii) además, se requiere que la afectación obedezca a una motivación específica: la raza, la nacionalidad, el sexo o la orientación sexual; es decir, debe existir una motivación discriminatoria que sea determinante de la conducta típica, en función de los criterios ya mencionados; debe hacerse notar, además, que el legislador estableció un catálogo cerrado de categorías de discriminación, sin incluir otras como la edad, la identidad de género, la condición migratoria, el pasado judicial o la condición de discapacidad.

- Por su parte, el hostigamiento se presenta cuando se promueven o instigan actos de hostigamiento; se trata entonces de un delito de peligro abstracto, porque se perfecciona, no cuando se realizan los actos constitutivos del hostigamiento como tal, ni cuando se materializa el daño que se persigue a través del mismo, sino cuando se impulsan o fomentan los referidos actos y se genera entonces el “riesgo comunicativo” que se penaliza a través de la ley.

Ahora bien, esta promoción o instigación se encuentra calificada en los siguientes sentidos: (i) por una parte, debe tener como finalidad que el acoso o la persecución produzca un daño; (ii) el daño que se persigue se debe provocar a una persona, grupo de personas, comunidad o pueblo, en razón de las categorías allí previstas, vale decir, en razón de la raza, la etnia, la nacionalidad, el sexo, la orientación sexual, la religión o la filiación política y religiosa.

6.7. Finalmente, en ambos casos se trata de delitos dolosos.

7. La configuración de la omisión legislativa relativa

7.1. Contando con los elementos de juicio anteriores, pasa a la Corte a definir si los artículos 3 y 4 de la Ley 1482 de 2011 adolecen de una inconstitucionalidad por omisión, y sí, en dado caso, la correspondiente falencia es susceptible de ser rectificada mediante un condicionamiento que introduzca el elemento normativo omitido en las correspondientes disposiciones legales.

Con respecto al primero de los interrogantes, esta Corporación habrá de determinar si el status de las personas con discapacidad como sujetos discriminados y como sujetos de especial protección, hace imperativo, desde el principio constitucional de igualdad, tipificar los delitos de actos de racismo o discriminación y de hostigamiento en razón de esta condición, en los mismo términos en que hizo respecto de los demás colectivos previstos en tales disposiciones, estructurados en razón de la raza, la nacionalidad, el sexo, la orientación sexual, la étnica, la religión y la ideología política o filosófica.

En caso de dar una respuesta afirmativa al interrogante anterior, este tribunal habrá de establecer si el juez constitucional se encuentra habilitado para subsanar la deficiencia legal mediante una sentencia de constitucionalidad condicionada que introduzca en los correspondientes tipos penales el elemento normativo omitido.

7.2. Lo primero que advierte la Corte es que efectivamente, los preceptos demandados no contienen la categoría de discapacidad como condición en función de la cual se estructuran los actos de racismo o discriminación y el hostigamiento. Así, el primero de los tipos penales se perfecciona cuando la obstrucción, la restricción o la limitación arbitraria de los derechos ajenos se efectúa en razón de la raza, la nacionalidad, el sexo o la orientación sexual, y el segundo, cuando la promoción o instigación del hostigamiento se efectúa en razón de la raza, la etnia, la religión, la nacionalidad, la ideología política o filosófica, el sexo o la orientación sexual. Como puede advertirse, le asiste razón al demandante cuando afirma que las referidas disposiciones no sancionan el referido tipo de discriminación.

7.3. Ahora bien tal como se puso de presente en la audiencia pública del 31 de julio de 2014⁸³, la exclusión normativa no respondió a una decisión consciente y deliberada del legislador, sino a una inadvertencia. En efecto, el proyecto de ley 08 de 2010 en el Senado y 165 de 2010 en la Cámara de Representantes, propuesto en aquel entonces por el senador Carlos Baena y la aquel entonces representante Gloria Stella Díaz, estaba orientado exclusivamente a la protección por vía penal de las comunidades negras, afrocolombianas, raizales y palenqueras afectadas por el fenómeno del racismo; así, se contemplaba el racismo⁸⁴, la discriminación racial⁸⁵, y el

⁸³ En particular, tanto el Presidente del Congreso de la República, José David Name, como el ex senador y co autor del proyecto de ley que dio lugar a la Ley 1482 de 2011, Carlos Alberto Baena.

⁸⁴ El artículo 3 del proyecto establecía el racismo en los siguientes términos: “*El que mediante actos inequívocos promueva, provoque, incite al odio o a la violencia, en contra de persona o grupo de personas, pertenecientes a la población negra, afrocolombiana, raizal o palenquera por razón de su raza, color de piel, origen étnico, incurrirá en prisión de tres (3) a seis (6) años; en multa de diez (10) a quince (15) salarios mínimos legales mensuales vigentes y en interdicción de derechos y funciones públicas de dos (2) a seis (6) años*”. Gaceta del Congreso de la República No. 459 del 27 de julio de 2010.

⁸⁵ El artículo 4 del proyecto consagraba la figura de la discriminación racial en los siguientes términos: “*El promueva, provoque, o ejecute actos inequívocos de segregación en contra de persona, grupo de personas, de la población negra, afrocolombiana, raizal y palenquera por razón de su raza, color de piel, origen*

hostigamiento⁸⁶, que sancionaban las conductas en contra de este grupo poblacional específico. Todo esto, dentro de la lógica de la Convención para la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Racial, que establece, de manera clara e inequívoca, el deber estatal de sancionar penalmente algunas formas de racismo⁸⁷.

No obstante, esta directriz fue alterada durante el trámite de aprobación parlamentaria, en al menos dos sentidos: por un lado, se amplió el espectro de la ley, pues aunque originalmente la ley estaría destinada a combatir el racismo, posteriormente se consideró necesario penalizar otras manifestaciones del problema, estructuradas en función de otros criterios como la nacionalidad, el sexo, la orientación sexual o la ideología política o filosófica. Y por otro lado, se pasó de individualizar grupos específicos, como era la población negra, afrocolombiana, raizal y palenquera, a fijar categorías abstractas.

Esta apertura, sin embargo, no obedeció a ningún criterio a la luz del cual pudieran ser identificadas las categorías sospechosas o prohibidas. Tan solo se puso de presente la necesidad de combatir la discriminación en general, más allá de proteger grupos específicos. Esto explica que la exclusión normativa cuestionada en este proceso, no haya sido objeto de debate específico en el Congreso de la República.

De hecho, actualmente cursa un proyecto de ley presentado al Congreso en enero del presente año, que tiene por objeto sancionar penalmente los actos ejecutados en razón de la condición de discapacidad. En este sentido, el autor del proyecto sostuvo que con la correspondiente iniciativa parlamentaria se *“persigue subsanar el vacío legal en que incurrió el legislador en el año 2011 al no incluir sanciones penales para aquellas personas que discriminen por motivos de discapacidad”*.

En definitiva, la exclusión normativa alegada por el accionante no respondió a una decisión consciente y deliberada del Congreso, ni a una razón específica que justificara la opción legislativa.

étnico, incurrirá en prisión de tres (3) a seis (6) años; en multa de diez (10) a quince (15) salarios mínimos legales mensuales vigentes y en interdicción de derechos y funciones públicas de dos (2) a seis (6) años”. Gaceta del Congreso de la República No. 459 del 27 de julio de 2010

⁸⁶ El artículo 5 del proyecto consagraba el hostigamiento en los siguientes términos: *“El que por motivos de discriminación racial, realice o promueva actos, conductas o comportamientos constitutivos de hostigamiento, orientados a causarle daño físico o psicológico a una persona, grupo de personas, comunidad o pueblo perteneciente a la población negra, afrocolombiana, raizal y palenquera, incurrirá en prisión de tres (3) a seis (6) años; en multa de diez (10) a veinte (20) salario mínimos legales mensuales vigentes y en interdicción de derechos y funciones públicas de dos (2) a seis (6) años”*. Gaceta del Congreso de la República No. 459 del 27 de julio de 2010

⁸⁷ El artículo 4 de la Convención para la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Racial establece que *“los Estados (...) declararán como acto punible conforme a la ley toda difusión de ideas basadas en la superior o en el odio racial, toda incitación a la discriminación racial, así como todo acto de violencia o toda incitación a cometer tales actos contra cualquier raza, o grupo de personas de otro color u origen étnico, y toda asistencia a las actividades racistas, incluida su financiación”*.

7.4. Ahora bien, como la anterior inadvertencia normativa del Congreso, por sí sola no constituye una inconstitucionalidad, la Corte debe establecer si la exclusión legislativa transgrede la prohibición de discriminación o el deber estatal de combatir eficazmente la discriminación.

7.5. Según se señaló en los acápites precedentes, a juicio del accionante y de los intervinientes que coadyuvaron las pretensiones de la demanda, tal omisión sería inconstitucional, en tanto las personas con discapacidad tienen el status de colectivo discriminado, y de sujetos de especial protección constitucional.

Sin embargo, los delitos previstos en la Ley 1482 de 2011 no fueron concebidos en consideración a la condición de especial vulnerabilidad que da lugar a una protección reforzada por parte del Estado, sino en razón de la discriminación sistemática y reiterada de la que ciertos colectivos han sido víctimas. Obviamente, este fenómeno pone a las personas y a los grupos afectadas por esta problemática, que hace imperiosa una protección especial por parte del Estado; por ello, los grupos históricamente discriminados son también sujetos de especial protección. Sin embargo, como la situación inversa no ocurre, y no todo sujeto de especial protección es por ello sujeto discriminado, la mera calificación de las personas con discapacidad como sujetos de especial protección, no daría lugar, por sí sola, a la postulación de un deber de penalización. Esta circunstancia explica que otras personas en situación de especial vulnerabilidad, más no históricamente discriminados, como los niños o los adultos mayores, no hayan sido contempladas en los delitos de actos de racismo y de hostigamiento como potenciales víctimas.

7.6. Ahora bien, como las personas con discapacidad no son solo sujetos de especial protección, sino también un grupo históricamente discriminado, la Corte debe establecer si esta circunstancia hacía imperiosa, desde la perspectiva constitucional, la inclusión de esta categoría en la Ley 1482 de 2011⁸⁸.

⁸⁸ En la academia y en la praxis jurídica ha existido un amplio debate sobre los criterios para identificar los grupos discriminados que en razón de esta condición, deben contar un con *plus* de protección.// Así, un primer criterio se refiere al carácter natural e inmueble de la característica o rasgo que da lugar a la discriminación. El Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha considerado que la protección reforzada se explica por su carácter natural e inmutable, pues en principio las personas no eligen y tampoco pueden “deshacerse” de su color de piel, de su raza, de su origen nacional, de su edad, ni de sus condiciones físicas o mentales. Este criterio, sin embargo, ha sido cuestionado porque algunas de las condiciones que dan lugar a la discriminación tienen un carácter transitorio y no son permanentes, como ocurre con la edad o con algunos tipos de discapacidad, y otros tantos son el resultado, total o parcialmente, de decisiones personales, más que de características inmutables de los individuos, como ocurre con la nacionalidad, la lengua, la religión, las opiniones políticas, la condición migratoria, la identidad de género o el status socio económico.// Otro criterio es el relativo a la existencia de una historia de violencia; en este sentido, serían paradigmáticas las experiencias del colonialismo, el apartheid o el antisemitismo, que explicarían algunas modalidades de discriminación en razón de la raza, el color de la piel, la pertenencia étnica o el origen nacional; sin embargo, este criterio deja por fuera otras formas de discriminación que no tienen estos componentes. // En tercer lugar, se ha establecido que la protección debe estar orientada hacia sectores

Este tribunal responde negativamente al interrogante anterior, y considera, por el contrario, que aunque en principio la Ley 1482 de 2011 pretendió convertirse en una herramienta para combatir la discriminación, y que aunque las personas con discapacidad eventualmente podría ser víctimas de los delitos cuya constitucionalidad se cuestiona en este proceso, las referidas disposiciones legales sancionaron una dimensión o una faceta específica del fenómeno que no corresponde a la problemática específica de este colectivo que provoca las restricciones en el goce de sus derechos.

7.6.1. En primer lugar, tal como se expresó anteriormente, la discriminación contra este colectivo tiene un origen predominantemente institucional. Por este motivo, las limitaciones en el goce de los derechos de estas personas se vinculan, no tanto con las actuaciones de exclusión o intolerancia de individuos considerados aisladamente, sino básicamente con barreras físicas, arquitectónicas, comunicativas, actitudinales y socio económicas creadas desde la familia, la sociedad y el Estado.

No obstante, por la naturaleza penal de la Ley 1482 de 2011, las conductas que allí se sancionan se estructura en torno a la responsabilidad individual, y no en torno a discriminaciones “difusas” que son el resultado de la confluencia de múltiples e indeterminadas decisiones y cursos de acción individual. En otras palabras, existe una inconsistencia entre la problemática que afronta este grupo poblacional, y aquella que se describe y sanciona en la ley penal, porque la primera tiene un origen institucional, mientras que esta última es de naturaleza esencialmente personal: *“La intervención del derecho penal como un modelo de control social especialmente agresivo ha sido puesto en duda , y con razón, para desactivar conductas que irrespeten el ejercicio de los derechos fundamentales de otros por motivos discriminatorios, (...) porque la intervención del derecho penal se ha basado en una concepción de discriminación individualista que no alcanza a explicar ni a combatir este fenómeno, ni contribuye a paliar sus efectos sociales simbólicos. Un concepto individualista que resulta especialmente rentable para la semántica jurídica, a efectos de aplicar restricciones*

tradicionalmente marginados, o que se encuentran en una situación de desventaja estructural, como ocurre con la discriminación en función del género, el origen étnico, la religión, y la condición de discapacidad. //Finalmente, también se ha determinado que merecen una protección reforzada aquellos grupos para los que el sistema político no ha ofrecido una protección reforzada para nivelar el sistema de relaciones políticas, económicas y sociales, cuando existen grupos que se encuentran en una situación de particular desventaja o que se encuentran política o socialmente sub-representados. // Independientemente de la validez de los criterios anteriores, las personas con discapacidad han sido consideradas como sujetos históricamente discriminados, y susceptibles de serlo en razón de sus condiciones de desventaja.// Sobre la discusión en torno a los criterios en función de los cuales se materializa la discriminación, *cfr.*, Sara Leuschke, *An examination of 28 grounds of Prohibited Discrimination in the Draft Inter-american Convention Against Racism and All Forms of Discrimination and Intolerance*, Human Rights Clinic – University of Texas at Austin, Programa de Justicia Global y Derechos Humanos de la Universidad de los Andes, Observatorio de Discriminación Racial, 2009. Documento disponible en: http://repositories.lib.utexas.edu/bitstream/handle/2152/15698/iac_02_eng.pdf?sequence=2. Último acceso: 19 de agosto de 2014.

penas simbólicas acordes con el principio de la culpabilidad del hecho”⁸⁹.

Podría afirmarse que falencias de orden institucional que tienen un efecto o un impacto discriminatorio, pueden derivar en una atribución de responsabilidad individual de carácter penal. Así, podría argumentarse que la construcción de calles sin rampas podría ser atribuible a una entidad pública encargada del diseño y ejecución de tales obras, y que a su vez, dentro de la propia institución podría individualizarse a la persona o personas responsables de tal irregularidad. No obstante, este argumento se enfrenta a varias dificultades: (i) en primer lugar, los delitos impugnados son dolosos, por lo que su configuración en estas hipótesis de falencias institucionales vendría a ser tan solo un ejercicio imaginativo; (ii) y en segundo lugar, dentro de la realidad de las dinámicas institucionales, usualmente el diseño y ejecución de políticas es el resultado de la concurrencia de múltiples cursos de acción individual no individualizables; en el ejemplo de la construcción de calles sin rampas, por ejemplo, desde un punto de vista causal, viene a ser el resultado de la actuación de asesores de distinto tipo, de contratistas particulares encargados de elaborar unos diseños, de la actuación de los interventores de los contratistas encargados de los diseños, y en general, de toda una red difusa de actuaciones individuales.

Así pues, la Ley 1482 de 2012 se estructuró en torno a un modelo o imaginario de discriminación que no corresponde específicamente a la problemática que enfrentan las personas con discapacidad.

7.6.2. En segundo lugar, los tipos penales demandados tuvieron como referente los denominados “crímenes de odio”, en los que el patrón de la conducta son los sentimientos de hostilidad, rechazo y animadversión. En este sentido, debe recordarse que en el derecho comparado, estas leyes surgieron en contextos en los que la discriminación estaba atravesada por este componente de “odio”, a partir de experiencias tan dramáticas como el holocausto judío o el apartheid.

Además, la Ley 1482 de 2011 tuvo como referente inmediato y directo el fenómeno del racismo, y en particular, la discriminación ejercida en contra de personas afrodescendientes, cuyos patrones, al menos desde una perspectiva histórica, sí ha tenido este ingrediente de rechazo y animadversión, hasta el punto de que llegó a considerarse que los negros no eran personas ni sujetos de derechos, y que por tanto, podían ser explotados y utilizados en beneficio propio. Aunque estos patrones se han alterado con el tiempo, el componente de hostilidad ha permanecido vigente.

⁸⁹ Ricardo Posada, “Los Delitos de Actos Racistas o Discriminatorios y Hostigamiento por Motivos de Discriminación”, en *Revista Digital de la Maestría en Ciencias Penales*, Nro. 5, 2013. Documento disponible en: <http://revistas.ucr.ac.cr/index.php/RDMCP/article/view/12453>. Último acceso: 26 de agosto de 2014.

Justamente, algunos actos de discriminación racial sirvieron como telón de fondo para la presentación del proyecto de ley que dio lugar a la Ley 1482 de 2012⁹⁰. En este sentido, en la Exposición de Motivos se citan como ejemplos emblemáticos de racismo, aquellos que tienen un componente de hostilidad. Así, se menciona el caso de unos jóvenes de la ciudad de Cartagena en los que su color de piel dio lugar a que se les impidiera la entrada a un bar de la ciudad, y que finalmente concluyó en una acción de tutela. En este sentido, se advirtió lo siguiente: *“La discriminación racial que vive la población negra, afrocolombiana, raizal y palenquera se presenta constantemente. Violaciones y/o atropellos a la población objeto de este proyecto de ley, en repetidas ocasiones quedan en la impunidad; aunque en algunas ocasiones afrocolombiano se han dispuesto en la tarea de divulgar por las vías legales, acciones de discriminación racial ocurridas en las ciudades de Bogotá, Cali y Cartagena. En algunos sectores de estas ciudades, aún es común (...) el desconocimiento del principio de no discriminación, como ocurrió con los jóvenes Marvin Carabalí Lasso, Hernando Viveros Cabezas, Paola Andrea Ortíz Murillo, Edna Yiced Martínez, Fatimah Elkizabeth Williams Castro y Aiden Salgado Cassiani. A estos jóvenes, algunos establecimientos de comercio les cobraron el color de piel, los discriminaron y no les permitieron acceder a sus instalaciones.”* De igual modo, en el proyecto se relacionaron datos y estadísticas que indicaban que, en una proporción significativa, el rechazo a dar en arriendo una habitación, o la negativa para otorgar un empleo, estaba dada por el color de la piel: *“Muchos cuentan que las opciones de empleo les son dadas por teléfono y cuando se acercan a ocupar el puesto les son negadas sin justa causa. Así mismo, afirman que en caso eventual de acceder a estos, siempre les son dados en categorías y labores inferiores pese a estar calificados, y la remuneración siempre es inferior pese a desempeñar roles similares a los desempeñados por gentes de diferente etnicidad (...) 35.4% afirmaron haber sido discriminados al pretender arrendar una vivienda, y una cuarta parte reconoció discriminación en el acceso al trabajo; en ambos casos la discriminación estuvo asociada, en mayor medida, con el color de la piel”*⁹¹.

Bajo estos patrones se estructuraron las figuras de racismo, de actos de discriminación racial y de hostigamiento, y tales patrones, anclados al atropello y al ultraje, fueron reproducidos cuando se extendió el alcance de la ley y se extendió la protección en función de criterios como la nacionalidad, el sexo, la orientación sexual, la religión y la ideología política o filosófica.

Es así como el artículo 3 de la ley 1482 de 2011 establece que los actos de

⁹⁰ Proyecto de Ley 08 de 2010 en el Senado y 165 en la Cámara de Representantes. Documento disponible en: http://servoaspr.imprenta.gov.co:7778/gacetap/gaceta.mostrar_documento?p_tipo=05&p_numero=08&p_consec=26221. Último acceso: 21 de agosto de 2014.

⁹¹ Exposición de Motivos al proyecto de Ley 08 de 2010 en el Senado y 165 en la Cámara de Representantes. Documento disponible en: http://servoaspr.imprenta.gov.co:7778/gacetap/gaceta.mostrar_documento?p_tipo=05&p_numero=08&p_consec=2622. Último acceso. 22 de agosto de 2014.

racismo o discriminación se perfeccionan cuando en razón de la raza, la nacionalidad, el sexo o la orientación sexual, y de manera arbitraria, se impide, obstruye o restringe el pleno ejercicio de los derechos. Por su parte, el hostigamiento se presenta cuando se promueven o instigan actos, conductas o comportamientos constitutivos de hostigamiento, orientados a producir un daño físico o moral a una persona, grupo de personas, comunidad o pueblo, en razón de su raza, etnia, religión, nacionalidad, o ideología política o filosófica. En uno y otro caso la conducta típica envuelve ese componente, bien sea por la vía de producir una afectación arbitraria en el goce de los derechos, o bien sea por la vía de inducir actos de persecución y acoso, orientados a causar daño físico o moral. En otras palabras, la discriminación prevista en la ley demandada se encuentra calificada por esta circunstancia.

No obstante, el examen del fenómeno discriminatorio puso en evidencia que los problemas asociados a la inclusión social y al goce de los derechos de las personas con discapacidad tienen usualmente un origen institucional, y que además, cuando se originan en conductas individuales, en términos generales éstas responden a cargas emocionales distintas a la hostilidad y al odio, como a actitudes y sentimientos de indiferencia, misericordia, “solidaridad mal entendida”, o sobre-protección.

Nuevamente se presenta una inconsistencia entre el tipo de discriminación sancionada en la Ley 1482 de 2011, y las dificultades que afronta el colectivo analizado.

7.6.3. En tercer lugar, en cuanto a las *formas* mediante las cuales se materializa esta problemática, mientras los preceptos impugnados apuntan a los discursos y a los actos cuya connotación discriminatoria es clara e inequívoca, este grupo poblacional es víctima de manifestaciones no verbalizadas, asociadas a imaginarios, valores, actitudes y modales que tienen necesariamente un referente discursivo, y cuyo carácter excluyente no es claro e inequívoco.

Es cierto que los artículos 3 y 4 de la Ley 1482 de 2011 no contemplan expresamente la penalización del “*hate speech*”. Sin embargo, en razón de su diseño y concepción, únicamente podrían ser encuadrar dentro del tipo penal este tipo de conductas discriminatorias.

En efecto, como en ambos delitos se exige que la conducta se ejecute en razón de una condición como la raza, la etnia, la nacionalidad, el sexo, la orientación sexual, la religión o la ideología política o filosófica, y tal motivación debe ser probada y determinante de la conducta típica, el discurso que hace evidente esta motivación constituye el escenario por excelencia en el cual se podrían realizar las conductas descritas en los tipos penales

impugnados. Así, el impedimento para que una persona ingrese a un lugar de acceso público en razón de su raza o de su orientación sexual sólo podría ser penalizado cuando se hace patente la correspondiente motivación, y normalmente este ocurre a través del lenguaje.

En el caso específico del hostigamiento, como éste perfecciona cuando se “*promueven*” o “*instigan*” actos de acoso o persecución, esta labor de provocación, incitación, o inducción, propagandística o publicitaria, se canaliza a través de actos comunicativos gráficos o verbalizados que tienen una connotación discriminatoria.

El entendimiento dominante en la comunidad jurídica de la Ley 1482 de 2011 refuerza esta tesis, como lo demuestra el hecho de que los actos denunciados ante, y procesados por la Fiscalía General de la Nación, apuntan a esta faceta de la discriminación: las afirmaciones de un sacerdote sobre la ineptitud de las personas con orientación sexual diversa para adoptar, las de una congresista sobre el futuro del alma de Gabriel García Márquez y Fidel Castro en el infierno o sobre el eventual “síndrome de Estocolmo” que padecería una víctima de las FARC, la de un político sobre el “cáncer” que representa para el pueblo colombiano las problemáticas asociadas a los indígenas o a los desplazados, las de una líder religiosa sobre las enseñanzas de la Biblia sobre las limitaciones de las personas “sin un brazo” o “minusválidas”, las de un dirigente deportivo sobre el carácter enfermizo de la homosexualidad, o el comentario burlesco de un estudiante en twitter por la trágica muerte de 32 niños en un bus incendiado, son el tipo de casos que han activado la función represiva del Estado.

No debe perderse de vista que el lenguaje como herramienta social no solo tiene un uso *descriptivo* y *explicativo*, sino que además puede tener un uso *expresivo*, un *uso directivo prescriptivo*, y un *uso operativo*⁹². A través del lenguaje no solo se informa y se da cuenta de la realidad exterior, sino que se expresan o provocan emociones, se imparten órdenes o se inducen comportamientos, y se construye la realidad. Incluso, a través de expresiones con una forma gramatical descriptiva, se puede hacer un uso directivo o un uso emotivo del lenguaje, como cuando mediante una aparente representación de una realidad se pretenden inducir actitudes o expresar posiciones de rechazo o aceptación. Cuando se afirma que “*los avenegras pretenden ganar más todavía*” para indicar que ciertos abogados solicitan un incremento en el arancel judicial, no solo se está describiendo un hecho pasado o actual, sino que se manifiesta tácitamente el rechazo frente al requerimiento del grupo profesional, y se inducen actitudes de oposición⁹³; cuando el embajador de Colombia en Ecuador responde a la pregunta por el equipo que debería ganar en el partido de fútbol entre ambos países,

⁹² Genaro Carrió, *Notas sobre derecho y lenguaje*, Ed. Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1965, p. 19-22.

⁹³ Genaro Carrió, *Notas sobre derecho y lenguaje*, Ed. Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1965, p. 24.

afirmando que “*el equipo tricolor*” es el de su predilección, el mensaje tácito es que no desea contestar la pregunta⁹⁴. Esta maleabilidad del lenguaje, y de los discursos en particular, constituyen un canal disponible para las prácticas discriminatorias.

No obstante, como ya se advirtió en los acápites anteriores, la discriminación en contra de las personas con discapacidad no solo por lo general tiene un origen predominantemente institucional, sino que además, cuando excepcionalmente tiene un origen individual, se manifiesta a través de formas no discursivas o gráficas, como actitudes, modales, composturas, o incluso, a través de sensaciones internas que no se exteriorizan. Y en una cultura atravesada por los discursos sobre el reconocimiento de la igualdad y la proscripción de toda forma de intolerancia, el lenguaje tiende a ser cada vez más discreto, de modo que tan solo en casos exóticos y excepcionales la discriminación en contra de este grupo fluye a través de este canal.

7.6.4. Finalmente, mientras los delitos controvertidos se concentran en los casos de *discriminación visible, directa, abierta y deliberada*, el grupo poblacional referido suele ser víctima de la denominada *discriminación invisible*, en la que el móvil discriminatorio no se pone en evidencia.

En efecto, la Ley 1482 de 2011, justamente en razón de su naturaleza penal, sanciona la discriminación que de manera abierta y deliberada se produce en razón de la pertenencia a un grupo estructurado en función de la raza, la nacionalidad, el sexo, la orientación sexual, o la religión, la ideología política o religiosa. En este sentido, el artículo 3 de la ley dispone que el delito correspondiente se perfecciona cuando la obstrucción o la restricción arbitraria en el pleno ejercicio de los derechos ajenos se produce “*por razón de su raza, nacionalidad, sexo u orientación sexual*”; y por su parte, el artículo 4 determina que el hostigamiento se perfecciona cuando la promoción o instigación de actos orientados a causar daño físico o moral, se produce “*por razón de su raza, etnia, religión, nacionalidad, ideología política o filosófica, sexo u orientación sexual*”. Se exige, por ejemplo, que la exclusión de un homosexual se realice justamente en razón de su condición de homosexual, que las molestias provocadas sistemáticamente a un extranjero se ejecuten en razón de su nacionalidad específica, o que las agresiones hacia una persona negra se efectúen en virtud de esta condición, y que esta motivación, además de ser determinante de la conducta típica, sea visible y notoria e inequívoca.

El análisis del fenómeno, empero, puso en evidencia que muchas veces la discriminación fluye a través de otros canales más sutiles y silenciosos, en los que la intencionalidad no sale a la luz o en los que incluso no está por

⁹⁴ Diego Eduardo López Medina, *La letra y el espíritu de la ley*, Universidad de los Andes – Ed. Temis, Bogotá, 2008, p. 37-38.

medio este componente intencional, o en los que éste es mucho más ambiguo o vago. Frente a la discriminación visible de la que se da cuenta en los delitos impugnados, se encuentra la discriminación invisible; frente a la discriminación directa prevista en los artículos 3 y 4 de la Ley 1482 de 2011, está la discriminación indirecta; frente a los actos discriminatorios cuya connotación es abierta y deliberada, existen muchos otros que carecen de todos estos ingredientes.

7.7. Ahora bien, dado que la Ley 1482 de 2011 no fue concebida como herramienta de los sujetos de especial protección, y además atiende a una modalidad de discriminación ajena a la problemática fundamental que enfrentan las personas con discapacidad en el ejercicio de sus derechos, la Corte concluye que la ausencia de previsión legal de esta categoría dentro de los preceptos demandados, no transgrede el principio constitucional de igualdad.

No transgrede la prohibición de discriminación, por cuanto el legislador no se encontraba obligado a conferir un instrumento o una herramienta legal a sujetos que se encuentran en una posición jurídica distinta de la que ostentan los grupos afectados por el tipo de discriminación prevista en la ley penal. Y no transgrede el deber estatal de combatir esta problemática, pues no tendría sentido considerar que es obligatorio conferir una herramienta legal que no tiene la potencialidad de aliviar o combatir la dificultad específica del referido colectivo cuya protección se requiere.

7.8. Del análisis anterior no se sigue que las personas con discapacidad no puedan ser víctimas del tipo de discriminación descrito en el Código Penal. Es posible, por ejemplo, que algunas personas sean objeto de actos agraviosos o vejatorios ejecutados por individuos específicos con un ánimo discriminatorio abierto y deliberado. Sin embargo, aunque estas hipótesis son posibles, lo que sugiere el análisis del acápite anterior es que las restricciones al goce de los derechos de este colectivo provienen, fundamentalmente, de otros patrones y dinámicas.

7.9. En definitiva, la Corte descarta la existencia de la omisión legislativa alegada por el accionante.

8. La viabilidad de una sentencia de constitucionalidad condicionada para subsanar el presunto déficit de los tipos penales demandados

8.1. Tal como se expresó anteriormente, el requerimiento del accionante parte de dos premisas: primero, de la afirmación de la existencia de una omisión legislativa, y segundo, de la tesis sobre la viabilidad de una sentencia de constitucionalidad condicionada que subsane la falencia

señalada, introduciendo en los tipos penales demandados el elemento omitido.

8.2. Independientemente del análisis anterior sobre la existencia de una omisión, la Corte considera que tampoco habría lugar al condicionamiento requerido, en la medida en que éste se opondría al modelo de control constitucional previsto en el ordenamiento superior, y en particular, a las reglas sobre la procedencia de esta modalidad de fallos.

En efecto, la Corte ha entendido que para establecer la viabilidad de los condicionamientos judiciales a la legislación, se deben emprender dos tipos de aproximaciones: por un lado, se debe identificar el contenido y el alcance de la normatividad objeto del pronunciamiento judicial, pues existen materias respecto de las cuales las facultades de intervención del juez constitucional son particularmente reducidas; y por otro, lado, se debe determinar el efecto jurídico del condicionamiento requerido por el accionante, y particularmente el impacto del mismo en el sistema de principios y derechos constitucionales.

Con respecto al primer tipo de análisis, este tribunal ha establecido que el alcance y la intensidad del escrutinio judicial del derecho positivo debe flexibilizarse y restringirse en al menos tres tipos de escenarios: (i) primero, cuando el examen judicial recae sobre materias en las que el legislador detenta un amplio margen de configuración, como ocurre justamente con las normas que definen política criminal del Estado; esta limitación se explica por la necesidad de salvaguardar el principio democrático; (ii) segundo, cuando el control versa sobre preceptos legales que comprometen directamente la libertad individual, como sucede con las normas que establecen el catálogo de delitos y contravenciones; (iii) y tercero, cuando el examen recae sobre el contenido negativo de las disposiciones legales y se orienta a determinar la existencia de una omisión legislativa, ya que en estas hipótesis el juez constitucional rebasa el rol de legislador negativo, y asume, desde una perspectiva material, competencias normativas asimilables a las que tienen los órganos que detentan la legitimidad democrática.

Y con respecto al segundo tipo de análisis, la Corte ha estimado que el juez constitucional debe identificar el efecto jurídico de la decisión judicial, y en especial, la repercusión del fallo en los principios y derechos constitucionales. En materia penal, por ejemplo, ha seguido las siguientes pautas: (i) por regla general, los pronunciamientos que recaen sobre disposiciones que establecen el catálogo de delitos, son de exequibilidad o inexecutable simple; (ii) cuando los fallos asumen la modalidad condicionada, el efecto jurídico del mismo no puede consistir en la introducción de los elementos estructurantes del tipo penal que se traduzca

en la ampliación del poder punitivo del Estado⁹⁵, sino sólo la aclaración del sentido de las disposiciones legales que tienen alguna indeterminación lingüística o lógica que compromete el principio de legalidad, la exclusión de algunas interpretaciones que riñen con la Carta Política, o la restricción del alcance de los tipos penales.

Es así como a partir de una revisión de la parte especial del actual Código Penal a la luz de estas directrices, se encuentra lo siguiente: (i) Por regla general, los fallos de esta Corporación han asumido la modalidad de exequibilidad o inexecuibilidad simple, y los condicionamientos han sido excepcionales; (ii) los condicionamientos a los tipos penales han estado orientados, no a introducir nuevos elementos constitutivos, sino a clarificar el sentido y alcance de los preceptos que contienen una indeterminación que podría afectar el principio de legalidad, o cuando una o más de las alternativas hermenéuticas choca con la preceptiva constitucional, y en ambos casos, el efecto ha sido la disminución del campo de punibilidad; como ejemplo de estos fallos se encuentran las sentencias C-501 de 2014⁹⁶, C-368 de 2014⁹⁷, C-491 de 2012⁹⁸, C-121 de 2012⁹⁹, C-521 de 2009¹⁰⁰, C-1184 de 2003¹⁰¹, C-652 de 2003¹⁰² y C-479 de 2001^{103 104}; (iii) cuando

⁹⁵ En este sentido, en la sentencia C-939 de 2002 la Corte sostuvo lo siguiente: “*Para que la exequibilidad condicionada sea posible en materia de tipos penales es menester que la interpretación compatible con la Constitución se derive directamente del tipo penal y que no tenga como efecto aumentar el campo de punibilidad. Dicho aumento únicamente puede ser el resultado de declaraciones de inexecuibilidad parciales del tipo penal, siempre y cuando dicho aumento de punibilidad resulte necesario para la protección de un derecho fundamental. Lo anterior por cuanto únicamente el legislador puede definir cuáles conductas son consideradas punibles (ratio legis) (...) Por otra parte, la exequibilidad condicionada no puede conducir a la introducción o elaboración de elementos estructurantes del tipo. Ello, por la estricta reserva legal que existe en la materia y por cuanto ello no implica un desarrollo del principio de conservación del derecho, sino una producción de derecho. En efecto, si faltare alguno de los elementos estructurantes del tipo, se estaría frente a una violación del principio “nullum crimen, nulla poena, sine lege previa, scripta et certa”, por la falta de certeza en la descripción típica. La Corte no podría definir o inferir legítimamente cuál es la ratio legis y, de esta manera, integrar el tipo (...) Tampoco puede operar la exequibilidad condicionada en esta materia cuando ello implica una reducción de la amplia libertad de configuración del legislador. El principio de conservación del derecho en armonía con la reserva legal en materia de tipicidad, no autorizan al juez constitucional a reducir de manera drástica el margen de apreciación del legislador. Si la descripción resulta en extremo amplia, ambigua o indeterminada, la Corte no puede reducir dichos defectos, pues entraría a definir en detalle los elementos descriptivos del tipo, por encima de la voluntad legislativa. Cosa distinta ocurre cuando el legislador está frente a un asunto en el cual carece (o es en extremo reducida) de amplia libertad de configuración, en cuyo caso la Corte podrá integrar el tipo penal, a fin de adecuarlo a la Constitución. Se trataría de eventos extremos en los cuales la definición legal del tipo impide la protección de bienes jurídicos constitucionales, de manera absoluta”.*

⁹⁶ M.P. Luis Guillermo Guerrero Pérez. En este caso, la corte aclaró el sentido del delito de usurpación de derechos de propiedad industrial y derechos de obtentores vegetales.

⁹⁷ M.P. Alberto Rojas Ríos. En este caso, este tribunal fijó criterios interpretativos sobre el delito de violencia intrafamiliar previsto en el artículo 229 del Código Penal.

⁹⁸ M.P. Luis Ernesto Vargas Silva. En este fallo la Corte aclaró que el tráfico, fabricación, o porte de estupefacientes no se perfecciona cuando el material se destina al consumo personal.

⁹⁹ M.P. Luis Ernesto Vargas Silva. En esta oportunidad, la Corte fijó algunas pautas para determinar lo que debe entenderse por “sustancias u objetos peligrosos”, dentro del delito de empleo o lanzamiento de sustancias u objetos peligrosos, contenido en el artículo 359 del Código Penal.

¹⁰⁰ M.P. María Victoria Calle Correa. En este caso la Corte dispuso que la agravación punitiva para los delitos sexuales, cuando se realiza en menores de 14 años, no es aplicable a los delitos de acceso carnal abusivo con menores de 14 años, y de actos sexuales con menores de 14 años;

¹⁰¹ M.P. Nilson Pinilla Pinilla. En esta sentencia se aclara que la omisión de apoyo no excluye otros que prevean penas más graves y atiendan otros bienes jurídicos.

excepcionalmente el juez constitucional interviene uno de los elementos constitutivos del tipo, el efecto jurídico de la decisión judicial ha sido la reducción del campo de punibilidad del Estado; como ejemplo de este tipo de fallos se encuentran las sentencias C-355 de 2006¹⁰⁵ y C-239 de 1997¹⁰⁶, que despenalizaron parcialmente el aborto y el homicidio por piedad, respectivamente; (iv) en algunas hipótesis en que se ha detectado una omisión legislativa relativa en un tipo penal, esta Corporación ha optado por exhortar al legislador para que lo introduzca él mismo, y para preservar por esta vía la libertad de configuración legislativa, el principio de legalidad, el principio democrático y las libertades individuales; este es el caso de la sentencia C-016 de 2004¹⁰⁷, en la que la Corte encontró que la inasistencia alimentaria prevista en la legislación anterior, no previó, debiéndolo hacer, la hipótesis de la inasistencia entre compañeros permanentes, motivo por el cual, en lugar de expedir una sentencia de exequibilidad condicionada, exhortó al Congreso para que enmendara la falencia identificada; (v) tan solo en hipótesis excepcionales, esta Corporación ha enmendado directamente las omisiones legislativas contenidas en tipos penales, a través de condicionamientos cuyo efecto es la ampliación del repertorio de conductas criminalizadas; se trata fundamentalmente de los tipos penales y de las causales de agravación punitiva en las que la sanción estaba prevista únicamente para los integrantes de uniones maritales de hecho, que como tal son heterosexuales, y no para los miembros de las uniones homosexuales; en las sentencias C-029 de 2009¹⁰⁸ y C-798 de 2008¹⁰⁹ se dispuso que las correspondientes disposiciones debían ampliarse para comprender también las uniones homosexuales; también se encuentra la sentencia C-100 de 2011¹¹⁰, en la que se dispuso que la causal de agravación punitiva para el delito de desaparición forzada, prevista para las hipótesis en que la conducta típica se comente en contra parientes de las personas protegidas previstas en el artículo 166.4 del Código Penal, se extiende a los cónyuges y compañeros

¹⁰² M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra. En este fallo la Corte aclaró el sentido de la pena prevista en los artículos 399, 400, 403 y 408 del Código Penal, respecto de algunos delitos contra la administración pública.

¹⁰³ M.P. Rodrigo Escobar Gil. En esta oportunidad la Corte determinó que para interpretar la usra, debía entenderse que la certificación de la Superintendencia Bancaria a la que alude el artículo 305 del Código Penal, debe ser expedida con anterioridad a la comisión de la conducta punible, y debe encontrarse vigente al momento de su realización.

¹⁰⁴ Como excepción a esta tendencia general, se encuentra la sentencia C-317 de 2002¹⁰⁴, que declaró la exequibilidad condicionada del precepto legal que prevé la desaparición forzada, aclarando que para su perfeccionamiento no es necesario el requerimiento para dar información por parte del sujeto pasivo a la vida, ni tampoco la negativa de aquel a reconocer la privación de la libertad, sino que basta con la mera falta de información sobre el paradero de la víctima.

¹⁰⁵ El fallo despenaliza parcialmente el aborto.

¹⁰⁶ M.P. Carlos Gaviria Díaz.

¹⁰⁷ M.P. Álvaro Tafur Galvis.

¹⁰⁸ M.P. Rodrigo Escobar Gil. Es así como fueron declarados condicionalmente exequibles los artículos 104.1, 170.4, 179.1, 188.B, 229, 233, 236, 245.1 y 454ª del Código Penal, referidos a las causales de agravación punitiva para el homicidio, el secuestro extorsivo, la tortura, trata de personas y trata de migrantes y extorsión, y para los delitos de amenaza a testigos, violencia intrafamiliar, y malversación y dilapidación de bienes familiares.

¹⁰⁹ M.P. Jaime Córdoba Triviño.

¹¹⁰ M.P. María Victoria Calle Correa.

permanentes de tales sujetos protegidos.

En conclusión, cuando en el escenario del control abstracto el accionante solicita un fallo de exequibilidad condicionada, el juez constitucional debe emprender dos tipos de análisis: de una parte, debe evaluar la naturaleza y el contenido de la disposición objeto de escrutinio, y en particular, la forma en que el precepto compromete los principios fundantes del ordenamiento, y las materias cuya regulación está reservadas de manera prioritaria al legislador. Y por otro lado, debe identificar el efecto jurídico del condicionamiento requerido por el demandante y su compatibilidad con el ordenamiento superior. A partir de estos lineamientos, esta Corporación ha entendido que no son viables aquellos fallos que al pretender subsanar una omisión legislativa relativa en una disposición que consagra un tipo penal, introduzcan elementos constitutivo del tipo que amplíen el repertorio de conductas prohibidas, o que extiendan el alcance de disposiciones que en sí mismas consideradas, envuelvan una limitación o comprometan los principios y derechos constitucionales.

8.3. De acuerdo con estos lineamientos, la Corte encuentra que en esta oportunidad no es procedente la solicitud del accionante, por las razones que se indican a continuación:

8.3.1. En primer lugar, el pronunciamiento judicial recaería sobre disposiciones respecto de las cuales las facultades del juez constitucionales son particularmente estrechas, al menos desde tres perspectivas: (i) de una parte, se trata de normas que concretan la política criminal del Estado, materia en la que el legislador cuenta con un amplio margen de configuración; (ii) además, los preceptos cuestionados consagran el delito de actos de racismo o discriminación y el de hostigamiento, es decir, establecen el catálogo de conductas prohibidas, y por tanto, comprometen directamente la libertad individual; (iii) y finalmente, el control judicial recae sobre el contenido negativo de las disposiciones demandadas, hipótesis en las que la intervención judicial es restrictiva.

8.3.2. En segundo lugar, el condicionamiento solicitado por el demandante apunta a que se criminalicen las conductas discriminatorias que se ejercen en razón de la condición de discapacidad. Esto implica, por un lado, incorporar un ingrediente normativo al tipo penal, es decir, intervenir activa y directamente en el diseño legislativo de la política criminal; y por otro, implica extender el alcance de dichos delitos allí contemplados, y por consiguiente, ampliar el poder punitivo del Estado.

8.3.3. En tercer lugar, como el pronunciamiento judicial tendría por objeto extender el alcance de una disposición legal en relación con la cual la Vista Fiscal y algunos de los participantes en el proceso judicial pusieron de

manifiesto su posible oposición con las libertades públicas y con los principios del derecho penal, el juez constitucional debe tener en consideración tales cuestionamientos.

Tal como se expresó en los acápites precedentes, el Ministerio Público y uno de los intervinientes solicitó declarar la inexecutable de los preceptos demandados, y algunos de los participantes expresaron sus dudas en relación con la compatibilidad de la Ley 1482 de 2011 con la Carta Política y con los estándares de los sistemas mundial y regional de derechos humanos. Aunque la solicitud de evaluar la constitucionalidad del contenido positivo de los preceptos a luz de las libertades públicas y de los principios del derecho penal ya fue descartada por las razones indicadas en el acápite correspondiente de esta providencia, la Corte estima que estos cuestionamientos constituyen un hecho constitucionalmente relevante en el juicio de validez¹¹¹.

8.3.4. Finalmente, la extensión del espectro de los tipos penales por vía judicial podría resultar cuestionable en relación con desde la propia finalidad de la Ley 1482 de 2011 de combatir la discriminación, puesto que también

¹¹¹ Es así como la Vista Fiscal, el ciudadano Henry Alberto Gómez Gómez y los expertos Eduardo Bertoni, Iván Garzón Vallejo y Álvaro Paúl Díaz, consideraron que las disposiciones acusadas podrían entrar en conflicto con las libertades públicas, y en particular, con la libertad de expresión. En términos generales, se presentaron cuatro tipos de cuestionamientos: (i) por un lado, como la libertad de expresión comprende, en principio, las manifestaciones de desavenencia, rechazo, oposición y antagonista, tales expresiones no podrían ser sancionadas en sí mismas, sino únicamente en razón de los efectos perjudiciales que ellas envuelven en términos de derechos fundamentales, especialmente cuando están asociados, desde el punto de vista causal, a la generación de violencia y a la producción de daños concretos, significativos, específicos y cuantificables; desde esta perspectiva, podría considerarse que los tipos penales demandados no satisfacen este *umbral de tolerancia* a la que aludió el experto Álvaro Paúl Díaz; (ii) por otro lado, las disposiciones demandadas tampoco prevén un tratamiento especial para los discursos especialmente protegidos, como los asuntos de interés público o general, la correspondencia y demás formas de comunicación privada, los discursos estéticos, morales, emotivos o personales manifestados a través de expresiones verbales, artísticas o de conductas simbólicas, la manifestación de convicciones personales, la objeción de conciencia, los discursos producidos en el escenario académico, investigativo y científico, las expresiones dadas en desarrollo de manifestaciones públicas pacíficas y los discursos de identidad social y cultural; y aunque excepcionalmente esta Corporación ha considerado que no siempre es indispensable que los estándares de la libertad de expresión asociados al umbral de tolerancia y al blindaje de los discursos protegidos se encuentren positivizados, sino que esta falencia puede subsanarse por vía interpretativa cuando los operadores jurídicos autorizados incorporan tales estándares a su actividad jurídica, en esta oportunidad no parece existir una interpretación dominante en la comunidad jurídica a la luz de la cual se pueda concluir que el déficit del derecho positivo ha sido superado por vía interpretativa; (iii) la criminalización podría tener un efecto intimidatorio, particularmente cuando la activación del aparato represivo del Estado y los medios de comunicación hacen eco de este hecho; (iv) la penalización podría desconocer la interdependencia e igual jerarquía de los derechos constitucionales, porque por un hipotético beneficio en favor del principio de igualdad, se eliminarían las bases mismas de las libertades públicas y se terminaría *“discriminando la libertad de expresión”*; (v) las normas demandadas podrían tener una indeterminación inadmisibles porque los tipos penales estarían descritos en términos valorativos o en términos descriptivos cuyo contenido no es determinable a partir de los patrones interpretativos ordinarios como *“limitación”*, *“arbitrariamente”*, *“hostigamiento”* y *“daño”*; (vi) finalmente, como las normas demandadas únicamente sancionan las facetas más vistosas y visibles de la discriminación, y no el fenómeno en su conjunto, y como además se criminalizan expresiones o manifestaciones que no siempre tienen un sesgo discriminatorio o que no tienen la potencialidad de afectar en forma decisiva y grave el principio de igualdad o la dignidad humana, las normas demandadas podrían haber quebrantados el principio de lesividad y el de la utilización del derecho penal como *ultima ratio*.

existen cuestionamientos a la eficacia de este tipo de normatividades.

La experiencia en el derecho comparado y en el derecho colombiano ha puesto en evidencia las limitaciones de las leyes que criminalizan la discriminación, no solo porque de hecho las normas correspondientes no suelen ser aplicadas por los operadores jurídicos, y los delitos cometidos no suelen sancionados, sino porque además, tampoco modificarían o alterarían sustancialmente los patrones de discriminación, y tendrían como efecto, más bien, el bloqueo del debate democrático.

Según explicó ampliamente el experto César Rodríguez en la audiencia pública del 31 de julio, pese a que en varios países se han promulgado leyes de este tipo, en términos generales no son aplicadas, y los delitos cometidos no son sancionados. Resulta significativo que normatividades con amplia y larga trayectoria tampoco se hayan traducido en condenas, y que además, los contornos del fenómeno discriminatorio permanezcan inalterados, o en el mejor de los casos, que las modificaciones se hayan producido por circunstancias y variables ajenas a la propia ley; este el caso de Brasil, cuya ley fue expedida hace más de 20 años, pese a lo cual no se registran condenas, y pese a lo cual, los índices y los patrones de la discriminación no se han alterado debido a esta normatividad. Aunque en Colombia la Ley Antidiscriminación es reciente y un diagnóstico en este momento podría resultar prematuro, sí resulta sintomático que después de tres años tras su promulgación, no exista ninguna condena, según lo informó la propia Fiscalía General de la Nación en la audiencia pública.

Podría pensarse, sin embargo, que la importancia de la legislación trasciende su aplicación por los operadores jurídicos, que su repercusión y su impacto debe medirse y cuantificarse a partir de otras variables y criterios más amplios, y que desde esta perspectiva, habría una especie de eficacia simbólica, que se explica por la existencia de una prohibición legal de la discriminación, por el calificativo de la misma como un crimen, y por el reconocimiento explícito de grupos históricamente discriminados, como las mujeres, las personas con orientación sexual diversa, los indígenas o los afrodescendientes. Así, pese a que en la práctica ninguna persona sea condenada, la ley podría tener un impacto en los imaginarios, los valores, las actitudes, los discursos, los comportamientos y las acciones de las personas, del mismo modo en que la jurisprudencia constitucional ha incidido sutil y silenciosamente en el funcionamiento social y en las dinámicas de la vida cotidiana. Se trataría entonces de transformaciones sociales indirectas, no vinculadas a las personas que participan en el trámite administrativo o judicial en el que se aplica la ley, sino a las transformaciones se derivan de la utilización de un nuevo lenguaje que denuncia injusticias y propone

realidades alternativas a la sociedad en su conjunto¹¹². Es así como los expertos César Rodríguez y Alejandro Aponte afirmaron en la audiencia pública del 31 de julio de 2014, que la valoración de la Ley 1482 de 2011 en el juicio de constitucionalidad, no debería prescindir de las consideraciones sobre su eficacia simbólica.

Sin embargo, esta eficacia podría resultar insuficiente, pues, como ya se indicó en los acápites precedentes, el tipo de discriminación al que atiende la Ley 1482 de 2011 es aquella que se produce de manera consciente, deliberada, abierta y explícita mediante discursos o actos cuyo carácter discriminatorio es inequívoco, cuando en realidad este fenómeno reviste una complejidad mucho mayor y se materializa a través de otros mecanismos no sancionados penalmente en dicha normatividad; por este motivo, el potencial impacto de esta ley sería, no el de la eliminación o supresión de la discriminación como tal, sino únicamente la depuración de las formas y el lenguaje, al que en todo caso subyacen ideas, imaginarios, actitudes y comportamientos discriminatorios rodeados de discursos y maneras discretas y prudentes.

8.7. En un contexto como éste, la Corte concluye que la solicitud de intervenir directa y activamente los preceptos demandados, a efectos de introducir un nuevo elemento constitutivo del tipo, para que los delitos de actos de racismo o discriminación y de hostigamientos se configuren también cuando la conducta típica se despliega en razón de la condición de discapacidad, resulta incompatible con el modelo de control constitucional establecido en la Carta Política

En efecto: (i) el tipo de discriminación que se sanciona en la Ley 1482 de 2011 no refleja el eje central de la problemática fundamental a la que se enfrenta población con discapacidad, porque, en términos generales, no es la fuente ni el origen del menoscabo en el goce de sus derechos; (ii) a través del condicionamiento requerido por el actor, el juez constitucional estaría definiendo la política criminal del Estado, por vía de establecer los elementos constitutivos de dos tipos penales; (iii) además, la intervención tendría como efecto la ampliación del catálogo de conductas prohibidas y sancionadas por vía penal, al determinar que los delitos demandados se perfeccionan también cuando la conducta discriminatoria se despliega en razón de la condición de discapacidad; (iv) y finalmente, esta Corporación estaría ampliando el

¹¹² Al respecto *cfr.*, Esteban Restrepo, “Reforma Constitucional y Progreso Social: la constitucionalización de la vida cotidiana en Colombia”, en Roberto Saba (ed.), *El derecho como objeto e instrumento de transformación*, Buenos Aires, Editores del Puerto, 2003, pp. 73-88. Documento disponible en: http://digitalcommons.law.yale.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1013&context=yls_sela. Último acceso: 23 de agosto de 2014; Julieta Lemaitre, “Fetichismo legal: Derecho, violencia y movimientos sociales en Colombia”, en *Derecho y cultura*, SELA, San Juan del Puerto, 2007, pp. 83-96. Documento disponible en: http://www.academia.edu/3862440/LEMAITRE_RIPOLL_J._Fetichismo_legal_derecho_violencia_y_movimientos_sociales_en_Colombia_en_Derecho_y_pobreza. Editores del Puerto. Puerto Rico. 2007. Pags. 83-96. Último acceso: 23 de agosto de 2014.

alcance de una ley en relación con la cual existen cuestionamientos concretos, claros, pertinentes y específicos sobre su conformidad con los principios y derechos constitucionales, sobre los cuales la Corte no avanza en el juicio de constitucionalidad, pero que sí deben ser tenidos en cuenta como hechos constitucionalmente relevantes en el test sobre la viabilidad de una sentencia aditiva. En definitiva, la Corte no considera viable ampliar el alcance de dos tipos penales que no responden a la problemática que atraviesa la población con discapacidad, y frente a los cuales, distintos actores de la comunidad jurídica han manifestado sus inquietudes en torno a su compatibilidad con los derechos humanos.

8.5. Sin perjuicio de lo anterior, el análisis precedente pone en evidencia la especial gravedad y la particular complejidad del fenómeno discriminatorio. Grave, porque afecta de manera sustancial el ejercicio de un amplio catálogo de derechos de amplios segmentos sociales, en todas las esferas y dimensiones de la vida económica, social, política y cultural. Y complejo, porque al estar anclado a las bases mismas del tejido social, su comprensión y manejo supone identificar e intervenir directamente las múltiples, diversas y sofisticadas reglas que subyacen a la organización y el funcionamiento social.

El Estado, por expresa disposición constitucional, tiene el deber de prevenir y combatir eficazmente la discriminación. Por ello, la Corte destaca la necesidad de que a partir de una comprensión integral de esta problemática, priorice este deber dentro de la agenda legislativa y gubernamental, y formule e implemente medidas que sean consistentes y estén a tono con su complejidad, y que trasciendan la sanción de manifestaciones individuales, vistosas y sugestivas del problema, que no atacan la integralidad del fenómeno como tal.

9 RECAPITULACIÓN

9.1. Demanda de inconstitucionalidad (pretensión y fundamento). El ciudadano Carlos Parra Dussán presentó demanda de inconstitucionalidad contra los artículos 3 y 4 de la Ley 1482 de 2011, que tipifican, respectivamente, los delitos de actos de racismo o discriminación y de hostigamiento, con el objeto de que, mediante una sentencia de constitucionalidad condicionada, la Corte disponga que los mismos se perfeccionan cuando la conducta en ellos prevista, se despliega en razón de la condición de discapacidad.

A juicio del accionante, el legislador desconoció los artículos 1, 13, 47, 68 y 93 de la Carta Política, los artículos I, II y III de la Convención Interamericana para la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra las Personas con Discapacidad, y los artículos 3 y 18 de la

Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad. Este déficit tendría origen el carácter restrictivo de los referidos tipos penales, pues aunque éstos sancionan los actos ejecutados en contra de las personas o grupos de personas en razón de su raza, etnia, nacionalidad, sexo, orientación sexual, religión o ideología política o religiosa, no se hace lo propio en relación con los actos realizados en razón de la condición de discapacidad, pese a que este colectivo tiene el status de grupo históricamente discriminado, objeto de especial protección. Frente a esta insuficiencia, el juez constitucional estaría habilitado para subsanar el déficit legislativo mediante un fallo de exequibilidad condicionada que amplíe el alcance de las disposiciones legales.

9.2. Aptitud de la demanda. Pese a que la Procuraduría General de la Nación¹¹³ y uno de los intervinientes¹¹⁴ solicitaron un fallo inhibitorio por ineptitud sustantiva de la demanda, la Corte consideró viable un pronunciamiento de fondo.

En efecto, los sujetos procesales indicados anteriormente, estimaron que la confrontación normativa no se había efectuado en relación con disposiciones constitucionales, sino en relación con consideraciones extra jurídicas, relacionadas con un presunto deber de penalización de la discriminación que carece de todo referente en la Carta Política y en los demás instrumentos que sirven como parámetro de constitucionalidad del sistema jurídico.

No obstante, este tribunal encontró que existen dos contenidos normativos autónomos e independientes que sí tienen referente en el ordenamiento superior, a saber, la prohibición de discriminación, y el deber estatal de combatir esta problemática, ambos derivados del principio de igualdad. En el primer caso, la vulneración del texto constitucional se explicaría porque el legislador, al sancionar la discriminación, se convirtió él mismo en agente o actor de la discriminación, por no extender la protección legal derivada de los tipos penales, a sujetos que se encontraban en la misma posición jurídica de aquellos otros que sí fueron previstos en la normatividad impugnada, como los grupos estructurados en función de la raza, la etnia, el sexo, la orientación sexual, la religión o la ideología política o filosófica. Y en el segundo caso, porque aunque no existe un deber explícito de penalización, sí existe la obligación de combatir este fenómeno, y el carácter restrictivo de la Ley 1482 de 2012 impediría darle cumplimiento.

Sin embargo, como quiera que no se encontró ningún vínculo entre la ausencia de criminalización de la discriminación en razón de la condición de discapacidad, y los derechos previstos en los artículos 47, 48 y 68 de la Carta Política, la Corte no se pronunciará respecto de los cargos propuestos por el

¹¹³ Como pretensión subsidiaria.

¹¹⁴ Asociación Colombiana de Derecho Procesal Constitucional.

petionario en relación con tales disposiciones.

En definitiva, la Corte estimó viable el pronunciamiento con respecto a las acusaciones por la presunta infracción de la prohibición de discriminación y del deber estatal de combatirla, pero no en relación con la supuesta lesión de los derechos establecidos en los artículos 47, 48 y 68 del texto constitucional.

9.3. Alcance del juicio de constitucionalidad. Dado que el Ministerio Público y algunos de los intervinientes en el proceso judicial solicitaron a esta Corporación declarar la inexecutable de los artículos 2 y 3 de la Ley 1482 de 2011, por anular las libertades públicas y hacer nugatorios los principios del derecho penal, y dado que a juicio de algunos de los participantes en la audiencia pública efectuada el 31 de julio de 2014, estas disposiciones podrían interferir y afectar negativamente la vigencia de tales contenidos normativos, la Corte estableció el alcance del juicio de constitucionalidad y del fallo judicial, y en particular, evaluó si el análisis se debía orientar exclusivamente a determinar si se configuró la omisión legislativa alegada, o si se debía encaminar, además, a determinar la compatibilidad del contenido positivo las disposiciones impugnadas con el ordenamiento superior.

Frente a este interrogante, la Corte concluyó que el juicio de constitucionalidad se debía dirigir exclusivamente a determinar la existencia de la omisión legislativa alegada por el actor y la viabilidad de una sentencia de constitucionalidad condicionada que amplíe el alcance de los tipos penales atacados. Sin embargo, dentro del análisis sobre la procedencia de la extensión de los tipos penales por vía judicial, este tribunal debe valorar la naturaleza de las medidas controvertidas y el efecto jurídico del condicionamiento requerido por el accionante, para lo cual también se deben tener en cuenta las consideraciones de la Vista Fiscal, de los intervinientes en el proceso y de los participantes en la audiencia pública, sobre la posible afectación de las libertades públicas y de los principios del derecho penal; es decir, los cuestionamientos a la normatividad impugnada constituyen un hecho constitucionalmente relevante del juicio de validez.

9.4. La configuración de una omisión legislativa relativa, lesiva de la prohibición de discriminación y del deber estatal de combatir esta problemática. La Corte concluyó que aunque los artículos 3 y 4 de la Ley 1482 de 2011 no sancionan penalmente los actos discriminatorios ejecutados en razón de la condición de discapacidad, y que aunque esta exclusión no fue el resultado de una decisión consciente y deliberada del legislador que atendiera a un principio de razón suficiente, la exclusión normativa controvertida por el demandante no constituye una omisión legislativa relativa, lesiva del principio de igualdad.

La razón de ello es que aunque eventualmente las personas con discapacidad pueden ser víctimas de las agresiones y ataques previstos en las normas demandadas, la afectación en el goce de sus derechos proviene, fundamentalmente, de un modelo de discriminación ajeno al que inspiró la ley demandada. Estas discrepancias serían las siguientes: (i) en primer lugar, en cuanto al *origen* de esta problemática, mientras los preceptos demandados criminalizan la discriminación que tienen un *origen personal*, la restricción en los derechos de este grupo proviene fundamentalmente de aquella que tiene un *origen institucional*; (ii) en segundo lugar, en cuanto al *patrón* de discriminación, mientras que la ley demandada sanciona aquella que tiene un componente de *odio, hostilidad y animadversión*, la afectación de los derechos del referido colectivo en cuestión tiene origen en un tipo de discriminación que carece de este ingrediente, y que se concreta, en cambio, en *sentimientos de lástima, indiferencia e incomodidad*; (iii) en tercer lugar, en cuanto a la *forma* en que se materializa la discriminación, mientras los preceptos controvertidos criminalizan los *discursos y los actos inequívocos de ataque y exclusión*, en el caso de las personas con discapacidad ésta se concreta en imaginarios, valores, actitudes y modales no verbalizados; (iv) en cuarto lugar, en cuanto a la *notoriedad* del fenómeno, mientras la Ley 1482 de 2011 sanciona las formas más visibles y notorias de esta problemática, este grupo poblacional es blanco sus manifestaciones más sutiles, imperceptibles e invisibles (la denominada “discriminación invisible”); (v) en quinto lugar, en cuanto a la *intencionalidad*, mientras la ley demandada prohíbe los ataques que se ejecutan, de manera clara e inequívoca, en razón de criterios sospechosos o prohibidos de discriminación, como la raza, la etnia, el origen nacional, el sexo, la orientación sexual, la religión o la filiación política o religiosa, usualmente las personas con discapacidad son blanco de actos discriminatorios que carecen de este componente intencional, o cuya intencionalidad es ambigua o difusa; además, mientras los delitos controvertidos contemplan únicamente la denominada “discriminación directa”, en la que la exclusión o marginación se produce en razón de tales criterios, usualmente la población con discapacidad es objeto de la “discriminación indirecta”, en la que el acceso a bienes y oportunidades sociales se supedita a factores neutros e imparciales, pero que por no tener en cuenta la desventaja de ciertos colectivos en el juego social, terminan por excluirlos y marginarlos de este acceso; (vi) finalmente, mientras que a la luz de los artículos 3 y 4 de la Ley 1482 de 2011, la raza, la etnia, la nacionalidad, el sexo, la orientación sexual, la religión y la filiación política o filosófica, constituyen un criterio necesario y suficiente para que se configure un acto discriminatorio, con frecuencia la restricción o limitación en los derechos proveniente de la discriminación está asociada a su confluencia con otros factores de discriminación, y condiciones que objetivamente colocan a las personas en situación de desventaja, como la situación socio-económica.

De este modo, en la medida en que existe una inconsistencia entre el tipo de discriminación prevista en la ley penal, y aquella que provoca el menoscabo en los derechos del colectivo en cuestión, la Corte no encuentra que la falta de previsión del elemento normativo señalado infrinja la prohibición de discriminación y el deber estatal de combatirla. No quebranta el primero de estos estándares, en tanto el legislador no estaba obligado a conferir un mecanismo que se otorgó en función de condiciones no satisfechas por este grupo poblacional. Y no desconoce el deber estatal de combatir la discriminación, porque la referida herramienta no tiene la potencialidad de prevenir o eliminar la problemática específica de las personas con discapacidad.

9.5. Además, tampoco es procedente el condicionamiento propuesto por el peticionario. En efecto, como en las sentencias de constitucionalidad condicionada el juez constitucional rebasa el rol de legislador negativo, la viabilidad de esta modalidad de fallos debe estar precedida de un examen sobre la naturaleza y el contenido de la medida legislativa objeto de intervención, y sobre los efectos jurídicos del tipo de fallo requerido por el accionante.

En este caso, el análisis anterior imposibilita el condicionamiento requerido, por las siguientes razones: (i) El *efecto jurídico de la intervención judicial* sería la *ampliación del poder punitivo del Estado* a través de la extensión del contenido y alcance de los tipos penales demandados; (ii) el fallo solicitado recaería sobre *disposiciones penales cuyo impacto en el fenómeno discriminatorio es escaso y limitado*, y que por el contrario, antes que suprimir o erradicar esta realidad, únicamente transforman los mecanismos a través de los cuales se materializa, mediante la imposición de un lenguaje, unos discursos y unas formas discretas y decorosas, a las que en todo caso subyacen imaginarios y prácticas discriminatorias; (iii) existen cuestionamientos claros, ciertos, concretos y específicos en la comunidad jurídica sobre la eventual afectación de las libertades públicas y de los principios que deben orientar la definición de la política criminal del Estado, sobre los cuales esta Corporación no se pronuncia, pero que sí son tenidos en cuenta como hechos constitucionalmente relevantes en el test sobre la procedencia de una sentencia aditiva.

9.6. En la medida en que no se configuró la omisión legislativa relativa lesiva de la prohibición de discriminación y del deber estatal de combatir esta problemática alegada por el demandante, y en la medida en que en esta oportunidad el condicionamiento requerido por el accionante resulta incompatible con los lineamientos de control constitucional previstos en el ordenamiento superior, la Corte declarará la exequibilidad de los artículos 3 y 4 de la Ley 1482 de 2011, por los cargos examinados.

III. DECISIÓN

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

RESUELVE

PRIMERO.-DECLARAR LA EXEQUIBILIDAD de los artículos 3 y 4 de la Ley 1482 de 2011, por los cargos examinados

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

LUIS ERNESTO VARGAS SILVA
Presidente
Con aclaración de voto

MARIA VICTORIA CALLE CORREA
Magistrada
Con aclaración de voto

MAURICIO GONZALEZ CUERVO
Magistrado

LUIS GUILLERMO GUERRERO PÉREZ
Magistrado

GABRIEL EDUARDO MENDOZA MARTELO
Magistrado

GLORIA STELLA ORTIZ DELGADO
Magistrada

JORGE IVAN PALACIO PALACIO
Magistrado
Con salvamento de voto

JORGE IGNACIO PRETEL CHALJUB
Magistrado

MARTHA VICTORIA SACHICA MENDEZ
Magistrada (E)

ANDRES MUTIS VANEGAS
Secretario General (E)