



¿DISCRIMINACIÓN O IMPOSICIÓN DE LO POLÍTICAMENTE CORRECTO?

Señores Magistrados, invitados, respetado auditorio, hasta ahora hemos escuchado descripciones, sin duda útiles, sobre lo que se ha llamado el fenómeno discriminatorio. En esta intervención, sin embargo, que hago en mi condición de Procurador Auxiliar para Asuntos Constitucionales y por delegación especial del señor Procurador General de la Nación, más que reiterar las razones que el jefe del ministerio público ofreció en su momento para solicitar la inexequibilidad de las disposiciones censuradas, (para lo que invito a la ciudadanía a consultar el Concepto 5759 del 11 de abril de 2014, el cual ya hace parte del expediente del presente proceso de control constitucional), lo que pretendo es profundizar en esos argumentos a través de una aproximación un tanto distinta, un poco más amplia y *iusfilosófica*, si se quiere, que permita establecer *qué es* la discriminación.

De este modo, atendiendo a la invitación de la Corte Constitucional y específicamente a los contenidos sugeridos de este núcleo temático contenidos en el Auto 200 de 2014, el propósito de esta intervención es ofrecer una aproximación conceptual y teórica a la expresión “discriminación”. Una cuestión que me parece relevante e insoslayable toda vez que, a pesar de las múltiples caracterizaciones, estudios y estrategias para luchar contra este mal, conviene tener un terreno firme que permita definir qué puede y qué no puede entenderse como discriminación. Lo que además es absolutamente indispensable porque si no existe un contenido fijo u objetivo de esta expresión, es imposible determinar si la ley que se analiza infringe o no la Constitución.

Para lograr este objetivo, esta presentación estará dividida en cuatro partes. En primer lugar, se mostrará una realidad que muchas veces se pasa de largo pero que no ha sido analizada de manera suficiente y que se refiere a la multiplicidad de contenidos —algunos de ellos opuestos— que se le ha dado a la palabra discriminar. Este primer apartado se justifica en la medida en que, ante la diversidad de significados, se requiere ser muy preciso en el significado del concepto “discriminación” que, finalmente, será el parámetro de constitucionalidad de la Ley acusada. Una vez hecho esto, en un segundo momento, se tratará de exponer cuál es el concepto de la Constitución de 1991 que efectivamente debe fungir como estándar de corrección. Para esto, se utilizará una aproximación filosófica y, más concretamente, se partirá del realismo jurídico clásico. En tercer lugar, y a la luz de este concepto, se especificarán las obligaciones que surgen a cargo del Estado de cara a la prohibición de discriminación y se sugerirá una necesaria distinción entre los deberes en cabeza de los particulares y a cargo de las autoridades. Finalmente, y teniendo en cuenta las partes de este desarrollo temático, se ofrecerán algunas conclusiones aplicables a la ley cuyo análisis hoy nos ocupa.

1. ¿Qué significa discriminar?

Pese a la complejidad que tiene definir un término como *discriminación*, que se sustenta y tiene implicaciones en diferentes ámbitos, ésta es una tarea necesaria y útil para poder delimitar el alcance de las prohibiciones y



mandatos que se derivan del mismo, además de que permite encausar la discusión, algo indispensable para llegar a conclusiones fructíferas, así como a acuerdos sobre lo fundamental.

Aunque cuando se habla de discriminación se suele pensar que existe un consenso respecto de su significado, lo cierto es que se está ante un caso de polisemia que amerita un mayor esfuerzo para su conceptualización y, aún más, un esfuerzo por identificar qué concepción de discriminación fue la elegida por el Constituyente.

En el Derecho Internacional de los Derechos Humanos, encontramos, tanto en el Sistema Interamericano como en el Universal, la prohibición de discriminación se ha tratado como una garantía del principio de igualdad respecto de grupos de personas que históricamente han sido marginadas, como es el caso de las mujeres, las minorías étnicas y las personas en situación de discapacidad. Estos instrumentos internacionales, aunque varían en su redacción, coinciden en señalar que la discriminación es la distinción, exclusión o restricción que tiene el propósito o el resultado de obstaculizar o dejar sin efecto el reconocimiento, goce o ejercicio de un derecho, en igualdad de condiciones¹.

¹ Convención Sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, artículo 2: “*Por ‘discriminación por motivos de discapacidad’ se entenderá cualquier distinción, exclusión o restricción por motivos de discapacidad que tenga el propósito o el efecto de obstaculizar o dejar sin efecto el reconocimiento, goce o ejercicio, en igualdad de condiciones, de todos los derechos humanos y libertades fundamentales en los ámbitos político, económico, social, cultural, civil o de otro tipo. Incluye todas las formas de discriminación, entre ellas, la denegación de ajustes razonables*”, adoptada por la Asamblea General de la Naciones Unidas el 13 de diciembre de 2006. Aprobado el 13 de diciembre de 2006 en la Sede de las Naciones Unidas en Nueva York, abierto a la firma el 30 de marzo de 2007 ratificada por Colombia mediante la Ley 1346 de 2009. Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial, artículo 1: “*En la presente Convención la expresión ‘discriminación racial’ denotará toda distinción, exclusión, restricción o preferencia basada en motivos de raza, color, linaje u origen nacional o étnico que tenga por objeto o por resultado anular o menoscabar el reconocimiento, goce o ejercicio, en condiciones de igualdad, de los derechos humanos y libertades fundamentales en las esferas política, económica, social, cultural o en cualquier otra esfera de la vida pública*”, adoptada por la Asamblea General en su Resolución 2106 A (XX) de 21 de diciembre de 1965, ratificada por Colombia mediante la Ley 22 de 1981. Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer, artículo 1: “*A los efectos de la presente Convención, la expresión ‘discriminación contra la mujer’ denotará toda distinción, exclusión o restricción basada en el sexo que tenga por objeto o por resultado menoscabar o anular el reconocimiento, goce o ejercicio por la mujer, independientemente de su estado civil, sobre la base de la igualdad del hombre y la mujer, de los derechos humanos y las libertades fundamentales en las esferas política, económica, social, cultural y civil o en cualquier otra esfera*”, adoptada por la Asamblea General en su Resolución 34/180, de 18 de dic. De 1979, ratificada por Colombia mediante la Ley 51 de 1981. 4. Convención Interamericana para la Eliminación de todas las formas de Discriminación contra las Personas con Discapacidad, artículo 1, “*Para los efectos de la presente Convención, se entiende por:* 2. *Discriminación contra las personas con discapacidad a) El término ‘discriminación contra las personas con discapacidad’ significa toda distinción, exclusión o restricción basada en una discapacidad, antecedente de discapacidad, consecuencia de discapacidad anterior o percepción de una discapacidad presente o pasada, que tenga el efecto o propósito de impedir o anular el reconocimiento, goce o ejercicio por parte de las personas con discapacidad, de sus derechos humanos y libertades fundamentales. b) No constituye discriminación la distinción o preferencia adoptada por un Estado parte a fin de promover la integración social o el desarrollo personal de las personas con discapacidad, siempre que la distinción o preferencia no limite en sí misma el derecho a la igualdad de las personas con discapacidad y que los individuos con discapacidad no se vean obligados a aceptar tal distinción o preferencia. En los casos en que la legislación interna prevea la figura de la declaratoria de interdicción, cuando sea necesaria y apropiada para su bienestar, ésta no constituirá discriminación*”, adoptada por la Asamblea General, en su 29º Periodo ordinario de sesiones, en la ciudad de Guatemala, el 8 de junio de 1999, ratificada por Colombia mediante la Ley 762 de 2002.



De otra parte, el Diccionario de la Lengua Española de la Real Academia Española, define el verbo “*discriminar*” como “*seleccionar excluyendo*”², de donde se desprende que este concepto no tiene, *per se*, una connotación negativa, en tanto que comporta un sentido plenamente neutral del vocablo puesto que no se postula como una acción guiada por criterios axiológicos o de intencionalidad política³. Así, además de ser una acción neutral, *seleccionar excluyendo* es necesario y útil en la vida diaria y en los distintos saberes, en donde muchas veces incluso se exige distinguir.

La discriminación, sin embargo, también puede ser entendida en un sentido negativo, acepción que recoge el Diccionario de la Lengua Española cuando define discriminar como: “*dar trato de inferioridad a una persona o colectividad por motivos raciales, religiosos, políticos, etc.*”. Pero, es importante precisar que, aunque la acción de discriminar bajo esta connotación negativa puede ser concebida como una violación al principio de igualdad, en todo caso no es sinónimo de desigualdad. Así, para Luigi Ferrajoli, por ejemplo, las discriminaciones son una violación a la llamada igualdad formal en tanto implican una lesión de los derechos individuales de libertad y de autonomía; mientras que las desigualdades conllevan a la falta de satisfacción de los derechos sociales, vulnerando la llamada igualdad material⁴. Distinción que coincide con el hecho que del concepto de discriminación se desprende de una concepción de igualdad de los seres humanos en dignidad humana —inalienable e intrínseca de toda persona— y en derechos fundamentales⁵, más no de una igualdad en todo lo demás.

La reconstrucción del concepto de discriminación en la doctrina e incluso en la jurisprudencia, sin embargo, tanto a nivel nacional como internacional, es una labor ardua y extensa que no se pretende agotar en esta intervención. Por el contrario, basta aquí con insistir que cuando se habla de discriminación no siempre se está hablando de lo mismo y que, por ello, para que discusiones como ésta puedan tener una utilidad real, es necesario precisar qué se entiende por discriminación y, en este escenario, lo que debemos entender por discriminación no es otra cosa que lo que está previsto en la Constitución Política.

2. La discriminación en la Constitución: una visión antropocéntrica

Como decíamos, ante la diversidad de definiciones de la expresión “*discriminar*”, un punto de referencia ineludible para definir sus contornos es la Constitución misma. Así, el texto constitucional menciona esta palabra en

² Diccionario de la Lengua española, 22ª Edición. Disponible en: <http://lema.rae.es/drae/?val=discriminar> Fecha de consulta: 29 de julio de 2014.

³ Cfr. Jesús RODRÍGUEZ ZEPEDA, “Definición y concepto de no discriminación”, en *El Cotidiano*, No. 134 (2005), p. 25.

⁴ Cfr. Luigi FERRAJOLI, *La igualdad y sus garantías*, trad. Isabel M. Giménez Sánchez, pp. 316-317. Disponible en: <http://www.uam.es/otros/afduam/pdf/13/la-igualdad-y-sus-garantias-luigi-ferrajoli.pdf> Fecha de consulta: 28 de julio de 2014.

⁵ “*Mientras que los derechos fundamentales [...] son condiciones de la identidad de cada uno como persona y/o ciudadano y, por ello, inviolables, inalienables e indisponibles, los derechos patrimoniales –sostenía Ferrajoli– se establecen relaciones de dominio y de sujeción, es decir de poder y de exclusión entre sujetos jurídicamente desiguales*”. Danilo ZOLO, “Libertad, Propiedad e Igualdad en la Teoría de los Derechos Fundamentales a propósito de un ensayo de Luigi Ferrajoli”, en *Los Fundamentos de los derechos fundamentales*, Trotta, Madrid, 2001, p. 77.



varias ocasiones: en el artículo 5° se establece que el Estado reconoce los derechos inalienables de las personas sin discriminación; en el artículo 13 y, específicamente, en sus incisos 1° y 2° se disponen que todas las personas son iguales ante la ley y gozan de los mismos derechos y oportunidades sin ninguna discriminación, y que el Estado promoverá medidas en favor de grupos discriminados o marginados para que la igualdad sea efectiva y real. Finalmente, el artículo 43 constitucional prohíbe cualquier tipo de discriminación en contra de la mujer.

A partir de una lectura conjunta de la norma se hace posible precisar cuáles son algunos de sus elementos. En efecto, puede observarse, por ejemplo, que el primer llamado a combatir la discriminación y abstenerse de realizar cualquier acto en esa dirección es el Estado, no los particulares. Así las cosas, debe advertirse que todos los artículos señalados apuntan en el mismo sentido, esto es que el Estado tiene una serie de obligaciones a su cargo que pueden sintetizarse en dos: (i) que dada la dignidad intrínseca de las personas todas ellas son iguales ante la ley y, por lo mismo, no le es posible al legislador discriminar; y (ii) que existe el deber estatal general de tomar medidas afirmativas para los grupos discriminados o marginados.

Ahora bien, es claro que esta interpretación textual de los artículos que contienen la expresión “discriminación” debe complementarse con una lectura sistemática de la Constitución. Y, de manera más específica, que la proscripción de la discriminación debe entenderse a la luz de dos principios insoslayables como son la dignidad humana y el principio de pluralidad.

Con relación al primero debe señalarse que el fundamento de las obligaciones referidas al principio de no discriminación es el principio de dignidad humana. Y con ello, más que una fórmula retórica, lo que se pretende decir es que dicha proscripción se explica y tiene su razón de ser en la persona humana. En efecto, esta prohibición, que le es exigible al Estado (como ya se analizará), no se explica por una mera razón positivista o voluntarista, como podría ser el hecho de que aparecer en una norma constitucional o haber sido acordada en la Asamblea Nacional Constituyente⁶, sino por una razón mucho más profunda: la centralidad de la persona humana.

En tal virtud, sin lugar a dudas se puede afirmar que la prohibición de discriminación acogida por la Constitución parte de una base antropocéntrica y ontológica de acuerdo con la cual se es titular de ciertos bienes humanos básicos por el solo hecho de ser hombre, es decir, de ser miembro de la especie humana, independientemente de cualquier condición económica, social, racial o religiosa entre otras. Desde esta perspectiva, no puede considerarse válidamente que los derechos más fundamentales de la persona estén sujetos al vaivén de las mayorías o de los consensos de turno. Por el contrario, aceptar esto es negar directamente el objeto último del estado constitucional toda vez

⁶ Esta sería una suerte de falacia positivista según la cual el Derecho debe ser obedecido por estar en una norma jurídica puesta por la voluntad humana a través del consenso. Sin embargo, esta justamente fue la razón de la debacle jurídica del Tercer Reich, en el que por medio de un positivismo formalista y decisionista, se cometieron algunas de las más graves violaciones a la dignidad de la persona en la historia de la humanidad. Al respecto véase: Cfr. Pablo LUCAS VERDÚ, *La lucha contra el positivismo jurídico en la República de Weimar. La teoría constitucional de Rudolf Smend*, Madrid, Tecnos, 1987.



que implicaría que, de una parte se acepta que los derechos de las personas (“derechos humanos”) son universales, pero por otra se estaría diciendo que son relativos en tanto que dependen de la voluntad de las mayorías, que puede ser una aquí y otra en otra parte, o una ahora y otra después. En suma, la dignidad humana sería revocable puesto que bastaría un acto de poder para “sacrificar” los bienes debidos a las personas. Lo que no es más que auténtica discriminación.

Todas estas consideraciones acerca del principio de no discriminación permiten afirmar, así, que el fundamento último de la misma es la dignidad de la persona y, por lo tanto, que su infracción supone necesariamente el menoscabo de alguna garantía que, en abstracto, es exigible únicamente al Estado.

En segundo lugar, esta concepción genuinamente humanista de la proscripción de la discriminación encuentra, además, un soporte fundamental en el reconocimiento de la pluralidad de la sociedad. En efecto, en la sociedad efectivamente existen diferencias notables entre las personas y esto ocurre justamente porque son personas, es decir, “*seres enteramente otros*”⁷. En pocas palabras, la pluralidad, esto es, la diferencia, es un hecho dado y no una opción ni una idea.

Sin embargo, a pesar de esta pluralidad, existe en todo caso una unidad que debe ordenar esta diversidad, que está constituida por la dignidad humana y por la idea de bien. Así, sin este fundamento único que ordene la sociedad no tiene sentido alguno hablar de pluralidad pues, en últimas, ¿para qué la pluralidad sin derechos humanos? Es decir, ¿para qué reconocer la diferencia si no existe la dignidad humana? Bajo ese contexto, debe quedar claro que no es cierto y que además es imposible que el Estado pueda ser absolutamente neutral frente a ciertas posturas éticas o morales⁸, es decir, desdecirse de una apuesta valorativa y axiológica clara como es, precisamente, optar por el respeto a la dignidad humana dentro de la pluralidad de la sociedad.

Teniendo en cuenta lo anterior, de manera más concreta se puede decir que cuando el Estado busca cumplir con las dos obligaciones que emanan de la prohibición de discriminación no puede imponer su propia visión de la igualdad, esto es, no puede obligar a una suerte de igualitarismo porque esto significaría atentar contra la libertad y, más específicamente, contra algunas de sus manifestaciones más importantes como son la libertad de conciencia, expresión o religión. En ese sentido, en un Estado verdaderamente tolerante con la diferencia, y por tanto plural, en aquellos puntos razonables sobre los cuales existen desacuerdos no es constitucionalmente admisible excluir por medio de una sanción jurídica una postura por no ser “*políticamente correcta*”⁹, es decir, por no adecuarse con la idea de lo correcto que tienen quienes ostentan el poder. Esa vía sería contraria, además, al modelo democrático

⁷ Ilva Myriam HOYOS CASTAÑEDA, *De la dignidad y de los derechos humanos*, Temis, Bogotá, 2005, p. 137.

⁸ Al respecto véase el Concepto de constitucionalidad número 5804, del 28 de julio de 2014, relativo al expediente D-10243.

⁹ Sobre los desacuerdos razonables que existen en una sociedad pluralista y sobre el carácter antidemocrático que implica su disolución “desde arriba” por una élite, véase el texto del profesor neozelandés Jeremy WALDRON, *Derecho y desacuerdos*, Trad. José Luis Martí y Águeda Quiroga, Marcial Pons, Madrid, 2005.



adoptado en la Constitución vigente, en tanto que implicaría que una postura, únicamente por considerarse inadecuada o “no progresista”, por ejemplo, sería excluida automáticamente del debate público sin que primero se mida racionalmente su validez o razonabilidad, y únicamente bajo el argumento de que se considera odiosa o, sin más, opresiva. Paradójicamente, esta alternativa supone también una evidente forma de discriminación porque, precisamente, desconoce la posibilidad de que las personas participen en la vida pública como seres igualmente dignos y libres y, por el contrario, únicamente permite la participación de quienes piensan, actúan o creen igual. En pocas palabras, se produce una suerte de “*capitis diminutio*”: no se es persona porque se piensa de manera distinta o no se comparte el pensamiento único.

Con esto último de ninguna manera se quiere decir que no se deban proteger los derechos de las personas en situación de debilidad. Esto lo exige la justicia. Lo que se quiere decir es que salvaguardar estas exigencias de la justicia no implica —como algunos creen— que deba imponerse un modelo de pensamiento determinado al cual los ciudadanos inexorablemente deban amoldarse. Por el contrario, la tolerancia y la pluralidad no tienen sentido si se predicán únicamente de aquellos que piensan lo mismo a lo que yo pienso y, precisamente, la existencia de estos valores se justifica y tiene una mayor intensidad cuando se está frente a aquellos que tienen un pensamiento radicalmente distinto que, aunque yo no comparta y pueda nunca aceptar, no puedo excluir bajo la amenaza de sanciones.

En ese sentido, debe advertirse que desafortunadamente cierta postura ideológica ha pretendido enmascarar su agenda política con el argumento de la igualdad, la discriminación y la protección de las minorías cuando, en último término, lo que pretende es imponer la dictadura de una homogeneización forzada y “juridificada” de lo que se considera “*políticamente correcto*”, aún por encima de cualquier consideración relativa a la dignidad humana.

En efecto, estas ideas igualitaristas y homogeneizadoras de cierto tipo de pensamiento desafortunadamente han encontrado eco en diversas partes del mundo. Solo por ejemplificar el asunto, baste con citar brevemente las experiencias de los Estados Unidos y Francia.

Frente al caso norteamericano, como bien lo explica el profesor y académico Kim R. Holmes, miembro distinguido de la *Heritage Foundation*, a quien cito textualmente, tenemos que:

“El feminismo ya no pretende dar a las mujeres los mismos derechos políticos y legales, sino combatir la estructura de dominación masculina y la cultura de la ‘violación’. La lucha contra el racismo ya no trata de garantizar que los afro-americanos y las minorías son tratados por igual ante la ley: ahora se centra en combatir el racismo ‘sistémico’ y en promover la discriminación positiva. El ecologismo ya no se ocupa de la conservación de los recursos naturales: su objetivo es ‘salvar’ al planeta de la superpoblación y del cambio climático. Ante



*este tipo de causas utópicas parece perfectamente admisible romper ‘algunos pocos huevos’ para hacer una tortilla progresista*¹⁰.

Por su parte, en Francia, so pretexto de proteger la libertad personal, bajo un laicismo fundamentalista¹¹ se ha considerado reiteradamente que el mero hecho de que los estudiantes porten ciertos símbolos religiosos en las instituciones educativas públicas implica una violación al principio de laicidad estatal y, en consecuencia, que los alumnos que lleven consigo esos objetos, pueden ser válidamente expulsados del Colegio. En tal sentido, la “religión civil” que profesa ese Estado implica que las personas deben dejar para lo más recóndito de su vida privada aquellas creencias íntimas y profundas en que libremente fundamentan toda su vida. Es decir, en la esfera pública se le obliga a las personas a comportarse bajo el modelo que decidan los defensores de lo “políticamente correcto” y esto bajo el paradójico argumento según el cual debe defenderse una supuesta autonomía y libertad de los individuos¹² cuando, en realidad, el efecto es obligar a las personas a adoptar un “*pensamiento débil*”¹³, que no permita tener creencias sólidas o pensamientos propios. En pocas palabras, cercenar su dignidad humana.

Estas reflexiones generales permiten, por lo tanto, concluir que el valor de la dignidad humana y el principio de pluralidad son los dos valores sobre los que debe fundarse una adecuada interpretación constitucional de la prohibición de discriminación.

3.- La necesaria “discriminación” o distinción entre los particulares y Estado

Al considerar la discriminación como acción proscrita por el Derecho Constitucional, resulta indispensable recordar el principio de responsabilidad adoptado por nuestro ordenamiento superior, el cual debe fungir como criterio hermenéutico de la referida garantía.

Como sabemos, el artículo 6° de la Carta Política señala que los “*particulares sólo son responsables ante las autoridades por infringir la Constitución y las leyes*”, mientras que para los servidores públicos establece que son

¹⁰ Kim R. HOLMES, “*Intolerance as Illiberalism*”, Disponible en: <http://www.thepublicdiscourse.com/2014/06/13327/> Fecha de consulta: 28 de julio de 2014. Traducción de Aceprensa.

¹¹ En el concepto de constitucionalidad número 5801, del 17 de julio de 2014, relativo al expediente D-10226, se definió al laicismo intolerante como una postura que: “*considera que la religión —cualquiera sea ella— en un estado constitucional debe relegarse al ámbito privado. Desde esta perspectiva, la comprensión religiosa de los creyentes no debería tener ningún tipo de incidencia en la esfera pública y, como consecuencia de ello, se tendría que aunque las personas que profesan alguna religión pueden participar en la vida pública, a la hora de intervenir en los asuntos políticos ellas deben despojarse de sus creencias religiosas. Para el jefe del ministerio público, esta primera postura no es compatible con la Constitución toda vez que implica una suerte de discriminación: por el mero hecho de profesar una creencia religiosa, la persona, a pesar de sus calidades y virtudes para desempeñarse en el ámbito público, es vista con sospecha y se le exige una carga desproporcionada, vale decir, durante la mayor parte del tiempo de su vida ella deberá deshacerse o dejar atrás una decisión vital fundamental como lo es creer en un Ser Superior, Creador, Ordenador y Legislador (art. 19 constitucional) . Exigencia que, como es obvio, no pasa de ser una ficción*”. Se omiten las notas al pie.

¹² Al respecto véase el profundo análisis de Franco Andrés MELCHIORI, “Laicismo y liberalismo como paradigmas de interpretación de los derechos humanos. Reflexiones sobre la configuración de la libertad religiosa a la luz del debate francés sobre el velo islámico”, en *Dikaion*, 20, 2 (Diciembre de 2011), pp. 237-277.

¹³ Al respecto véase a Gianni VÁTTIMO, *Il pensiero debole*, Milán, 1983.



responsables por “*la misma causa y por omisión o extralimitación en el ejercicio de sus funciones*”. Así, mientras los primeros pueden hacer todo lo que no les esté prohibido, los segundos deben hacer todo y sólo pueden hacer lo que el ordenamiento les permite o les obliga.

Pues bien, este principio de responsabilidad no puede ser interpretado como una cláusula constitucional independiente o a-sistémica pues eso la haría nugatoria. Por lo tanto, es también a través de esta óptica que debe leerse *la prohibición constitucional de la discriminación* y, a partir de ella, derivar las obligaciones que correspondan para el Estado y para los particulares como consecuencia de esta prohibición. Así mismo, es desde su amplitud que se podrá entender cuál es la legitimidad de las prohibiciones y la capacidad estatal para sancionar su incumplimiento y, en últimas, que se podrá definir el alcance del fenómeno discriminatorio.

Teniendo esto claro, se tiene que al revisar el artículo 13 constitucional, contentivo de las obligaciones respecto de la igualdad, puede inferirse que el rasero de igualdad no es el mismo para el Estado y para los particulares, ya que el primero está sometido a una suerte de *mandato objetivo de igualdad*, mientras que para los segundos únicamente rige una *prohibición subjetiva* de respeto de los derechos de los otros, la cual solo les es vinculante en el plano relacional.

En efecto, el artículo 13 superior impone al Estado unos deberes muy precisos que dirigen o deben dirigir su obrar general: garantizar la igualdad formal, promover la igualdad material (que no es la equiparación total) y sancionar los abusos y maltratos contra las personas que se encuentren en circunstancias de debilidad manifiesta.

De otro lado, el mismo artículo estipula una garantía subjetiva como es la de gozar “*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*”, la cual se reconoce para todas las personas sin fijarse un titular específico llamado a su respeto, lo que exige hacer una precisión sobre la forma como el Estado y los particulares están llamados a su garantía, para la cual el referido artículo 6° es muy pertinente.

En efecto, la forma como el Estado debe garantizar la no discriminación por criterios sospechosos debe ser entendida desde los deberes generales de respeto de la igualdad formal y de promoción de la igualdad material, ya que éste tiene la condición de *garante* de los derechos de toda la sociedad.

El papel de los particulares, en cambio, no es equiparable al del Estado, pues ellos no son garantes de los derechos de los demás, sino únicamente cuando existan precisas relaciones jurídicas que así lo impongan, o cuando se configuren determinadas situaciones fácticas que así lo determinen¹⁴. Por ello, la prohibición de no discriminación no podría entenderse como una obligación general de promocionar a los grupos marginados que le sea exigible a todas las

¹⁴ En artículo 131 del Código Penal tipifica la omisión de socorro, como un ejemplo de situación fáctica donde un particular resulta ser garante de otro, sin existir una relación jurídica previa.



personas, y tampoco como un deber de trato igualitario en todas las actuaciones que se impone a todas las personas, pues los actos de éstas se encuentran desprovistos del radio general que sí tienen las actuaciones públicas. Además, el particular, aunque obligado a no discriminar, también tiene el derecho a que el Estado le garantice su derecho a no ser discriminado y, por lo tanto, a que también se le garanticen sus libertades de conciencia, contractual, de cultos, de pensamiento, de asociación, entre otras, bajo el presupuesto de que él, a diferencia del Estado, no está obligado a tratar, y en idénticas condiciones, con *todos* sino que bien puede hacerlo sólo con *algunos*, es decir, que él sí tiene derecho a preferir y a elegir.

De lo anterior se deriva que, para el Estado, el deber de *no discriminación* es un asunto de *máximos*, es decir, se encuentra en la obligación de promover la igualdad en todo tiempo en todas sus actuaciones. Mientras que para los particulares su obligación resulta ser solo de *mínimos*, es decir, consiste en respetar determinado derecho cuando sea obra como garante de determinada relación jurídica y la actuación en comento desborda la esfera de libertad propia. Y si a un particular se le exige más que eso, serán sus derechos los que resultarán vulnerados.

Por lo tanto, aunque es claro que el propio constituyente quiso que Colombia fuera un país fundado “*en el respeto de la dignidad humana*” (artículo 1°), instituido para “*proteger a las personas*” (artículo 2°), que reconoce la “*primacía de [sus] derechos inalienables*”, “*sin discriminación alguna*” (artículo 5°); y en el que, como consecuencia de lo anterior, “*todas las personas nacen libres e iguales ante la ley*” y no pueden ser discriminadas ni por sus condiciones naturales, ni por condiciones externas a las mismas y, ni siquiera, por sus propias opciones y decisiones personales (artículo 13); en todo caso, y precisamente por ello, en él también se reconocen todas las “*creencias y demás derechos y libertades*” de las “*personas residentes en Colombia*” (artículo 2°), entre las que se encuentran: (i) la libertad de conciencia, en virtud de la cual nadie puede “*ser molestado por razón de sus convicciones o creencias ni compelido a revelarlas ni obligado a actuar en contra de su conciencia*” (artículo 19); (ii) la libertad religiosa o libertad de cultos, que incluye necesariamente el “*derecho a profesar [la] religión y difundirla en forma individual o colectiva*” (artículo 19); y (iii) la libertad de expresión, que supone que cada quien puede “*difundir su pensamiento y opiniones*”; (iv) las “*libertades de enseñanza, aprendizaje, investigación y cátedra*” (artículo 27), entre otros.

De conformidad con esto, como bien lo señalaba el Presidente de la República en las objeciones propuestas al proyecto que finalmente se convertiría en la ley que aquí nos ocupa:

“La complejidad del fenómeno discriminatorio [permite] entender que al tiempo que existen ciertos factores y espacios específicos en que el trato diferenciado es altamente reprochable, como la discriminación racial para el acceso a un cargo público, hay también características individuales relativas y modificables y espacios íntimos y privados [, o también sociales o colectivos] en los que la misma diferenciación es no sólo tolerable, sino, incluso, respetada, más allá de la motivación racional de quien discrimina [, diferencia o distingue] e, incluso, a pesar de su



capricho y arbitrariedad. Indican, además, que en virtud de la interconexión de los factores que intervienen en el fenómeno discriminatorio; existen espacios mixtos, públicos y privados, en los que el derecho a la igualdad termina aprisionado entre derechos legítimamente protegidos y enfrentados, a cuya tensión el legislador debe dar una situación satisfactoria [...] De allí que no sea legítimo que establezca una sanción penal de espaldas a dicha complejidad y que se recurra al reproche máximo del sistema sancionatorio para castigar comportamientos de antijuricidad material dudosa”¹⁵.

4. Algunas conclusiones

A partir de lo que aquí se ha dicho, respetuosamente quisiera sugerir algunas premisas que la Procuraduría General de la Nación entiende que deberían guiar el análisis de constitucionalidad de las disposiciones acusadas:

- (i) Además de la caracterización, causas y posibles sujetos afectados por cuenta de una discriminación, es preciso definir este concepto toda vez que sin un concepto objetivo de este “fenómeno”, no es posible emprender un control de constitucionalidad adecuado;
- (ii) Existe una gran variedad de significados del vocablo “discriminación”. Así, mientras la doctrina y cierta parte del derecho internacional le atribuyen una connotación negativa, el sentido natural y etimológico de la palabra no tiene dicha carga valorativa. Por el contrario, una aproximación plausible de la discriminación entendida como “seleccionar excluyendo”, lleva a concluir que las personas en sus decisiones más rutinarias discriminan permanentemente;
- (iii) Ante esa “polifonía” de significados, es problemático que no se defina la expresión “discriminar” para efectos de determinar la corrección constitucional de las disposiciones impugnadas.
- (iv) Esta indeterminación no solamente se presenta en el parámetro de corrección de la ley (esto es la prohibición de discriminación contenida en la Constitución), sino que también se refleja en las normas censuradas como tuvo oportunidad de señalarlo el ministerio público en su concepto. Dificultad que se dramatiza cuando se tiene en cuenta que las normas analizadas en el presente proceso, son de carácter penal;
- (v) Es necesario precisar cuál es el concepto de “discriminación” que acoge la Constitución y, al hacerlo, puede advertirse que la prohibición de discriminación se predica primera y esencialmente del Estado;
- (vi) La prohibición de discriminación encuentra fundamento en el principio de dignidad humana. Así, ser persona es título suficiente para exigir un trato igual por parte del Estado;
- (vii) Si la prohibición de la discriminación se justifica en la dignidad de las personas, no se puede hablar de “protección de la igualdad o de las minorías” cuando por medio de dicha protección se afectan derechos de

¹⁵ Presidencia De La República, Objeción Presidencial al Proyecto de Ley Número 165 de 2010 Cámara, 08 de 2010 Senado, por medio de la cual se modifica el Código Penal y se establecen otras disposiciones. Disponible en: http://www.google.com.co/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&frm=1&source=web&cd=1&ved=0CBwQFjAA&url=http%3A%2F%2Fwww.eldiarioelectronico.net%2Fckfinder%2Fuserfiles%2Ffiles%2FDiarios%2F3501%2FBOBJECION%2520PRESIDENCIAL.doc&ei=TdHXU5jaMovgsATcuICQBw&usg=AFQjCNFoPA_b04fC3nNa5lKzAgfeO7Tc5Q&bvm=bv.71778758,d.cWc Fecha de consulta: 29 de julio de 2014.



las demás personas como son las libertades de conciencia, expresión y religiosa, entre otras.

- (viii) Atendiendo al principio de pluralidad de la sociedad, es claro que la prohibición de discriminación no puede ser un pretexto para imponer una versión igualitaria y absolutista de la sociedad, en la cual algunas de las creencias más profundas de las personas, por el solo hecho de no ser “*políticamente correctas*” y, en este sentido, no permisibles al Estado o a quienes ostentan el poder, son desterradas de toda la vida pública por vía del derecho penal.
- (ix) A la luz del concepto de “prohibición de la discriminación” de raigambre ontológica que acoge la Constitución de 1991, y al principio de legalidad, los particulares tienen unas obligaciones *de mínimos* a la luz del derecho a la igualdad.
- (x) No es posible exigirle a los particulares las mismas obligaciones (*de máximos*) que se le reclama al Estado toda vez que este último no es titular de las muchas libertades que pueden verse coartadas por cuenta de normas penales que sancionan la discriminación, por ejemplo; y

Como lo señaló el señor Procurador General en el concepto presentado dentro de este mismo proceso de inconstitucionalidad: *“es claro que el principio a la igualdad es un mandato de optimización, no una regla o un mandato específico, y que medidas como las adoptadas por el Legislador con las normas demandadas no son idóneas, necesarias o proporcionadas, ni responden al carácter de ‘ultima ratio’ o al principio de necesidad que debe caracterizar al derecho penal. Y, al mismo tiempo, llama la atención cómo el mismo artículo 13 Superior, reconoce el principio-derecho a la igualdad ‘ante la ley’ y ordena al Estado proteger ‘especialmente’ a aquellas personas que, por condiciones externas objetivas, como son expresamente la ‘condición económica, física o mental’, se encuentren en circunstancias de ‘debilidad manifiesta’, así como sancionar los ‘abusos o maltratos que contra ellas se cometan’; más no reconoce el derecho a un trato idéntico ante todos los ‘actos, conductas o comportamientos’ de todas las personas (sujeto activo indeterminado) ni ordena en forma alguna sancionar, y mucho menos penalmente, cualquier cosa que pueda entenderse como un hostigamiento o un acto de racismo o discriminación y, mucho menos, cualquier conducta que pueda entenderse por un tercero (ya sea un particular, un fiscal o juez), como la promoción o instigación a causarle daño, incluso moral, a otra persona, grupo, comunidad o pueblo”.*

Muchas gracias.

ANDRÉS BALCÁZAR GONZÁLEZ
PROCURADOR AUXILIAR PARA ASUNTOS CONSTITUCIONALES