

Magistrados Ponentes

PATRICIA SALAZAR CUÉLLAR

EYDER PATIÑO CABRERA

SP112-2019

Radicación N° 48.388

(Aprobado Acta N° 22)

Bogotá D.C., treinta (30) de enero de dos mil diecinueve (2019)

VISTOS

Derrotada la ponencia presentada por el magistrado Eyder Patiño Cabrera, la Corte resuelve el recurso de casación interpuesto por el fiscal 3º delegado ante los juzgados penales especializados del circuito de Pereira, contra la sentencia del 25 de abril de 2016, proferida por la Sala Penal del Tribunal Superior de ese mismo distrito judicial.

I. HECHOS

De acuerdo con la acusación, el 14 de agosto de 2012, en desarrollo de la sesión ordinaria N° 8 del Concejo Municipal de Marsella (Risaralda), los concejales y la alcaldesa discutieron sobre la viabilidad de otorgar o ceder al Resguardo Suratena (etnia Embera Chamí) un lote de terreno (predio correspondiente a una cancha de fútbol), ubicado en el corregimiento Alto Cauca de aquella localidad. Dicha colectividad indígena fue desplazada de su territorio a causa de una catástrofe natural generada por la ola invernal, lo cual obligó

a sus integrantes a alojarse de manera precaria en las inmediaciones de Marsella, por varios años.

En ese contexto, luego de que la alcaldesa y algunos cabildantes se hubieran referido a la problemática concernida, el concejal Fernando Antonio Delgado manifestó: “siendo sinceros, grupos difíciles de manejar en un gobierno, como los desplazados, negritudes e indígenas, que son los más difíciles de manejar, son cánceres que tienen el gobierno nacional y mundial”. Además, según la Fiscalía, aquél “incitó a unirse en contra de estas minorías para defender el bien común”.

II. ANTECEDENTES PROCESALES PERTINENTES

Con fundamento en los referidos hechos, previa denuncia formulada por un vocero de la comunidad Embera Chamí en contra de FERNANDO ANTONIO DELGADO, el 26 de abril de 2013, ante el Juzgado 2º Penal Municipal con Función de Control de Garantías de Pereira, la Fiscalía le imputó a aquél la posible comisión, en calidad de autor, del delito de hostigamiento agravado (arts. 134B y 134C num.1, 2 y 3 del C.P.). El imputado no aceptó los cargos, sin que se solicitara imposición de medida de aseguramiento alguna.

Radicado el respectivo escrito, el conocimiento del asunto le correspondió al Juzgado 6º Penal del Circuito de esa urbe. En audiencia del 27 de febrero de 2014, la Fiscalía acusó al señor DELGADO como probable autor del referido delito.

El acusado optó por ejercer su derecho a ser juzgado públicamente. Concluido el debate y emitido sentido de fallo, el juez dictó sentencia el 27 de febrero de 2015. Por haberlo hallado responsable como autor de hostigamiento agravado (únicamente respecto de los arts. 134B y 134 C num. 3º del C.P), condenó al acusado a las penas de prisión e inhabilidad para el ejercicio de derechos y funciones públicas por 16 meses, así como a la de multa en 13 s.m.l.m.

Al resolver el recurso de apelación presentado por el defensor contra el fallo de primer grado, la Sala Penal del Tribunal Superior de Pereira, mediante sentencia del 25 de abril de 2016, lo revocó¹; en su lugar, absolvió al procesado.

Dentro del término legal, el fiscal interpuso el recurso extraordinario de casación y allegó la respectiva demanda, cuya admisión dispuso la Corte por medio de auto del 31 de julio de 2017. En sesión del 22 de septiembre subsiguiente, se celebró la audiencia de sustentación del recurso de casación, donde participaron el Fiscal 11 delegado ante la Corte Suprema de Justicia, la Procuradora 2ª delegada para la Casación Penal, los representantes de las víctimas y el defensor.

El asunto fue repartido al despacho del magistrado Eyder Patiño Cabrera, quien presentó la respectiva ponencia de fallo. La Sala mayoritaria acogió las premisas generales desarrolladas en el proyecto de sentencia -que serán reproducidas, en lo esencial, en los num. 4.1, 4.1.2, 4.1.3 y, parcialmente en el num. 4.3.1 infra-, pero disintió con la solución ofrecida por el magistrado sustanciador, lo que motivó la presentación de una ponencia sustitutiva que, aprobada por la mayoría, dio lugar a la presente decisión.

III. DEMANDA DE CASACIÓN Y SUSTENTACIÓN DEL RECURSO DE CASACIÓN

3.1 Al amparo del art. 181-3 de la Ley 906 de 2004 (en adelante C.P.P.), el censor formula un primer cargo por violación “indirecta” de la ley sustancial, por “falta de aplicación del art.134 B del C.P. por error de hecho”, toda vez que:

- (i) El Tribunal pasó por alto o desconoció los elementos constitutivos del tipo y los verbos rectores del art. 134B del C.P.
- (ii) La conducta de hostigamiento imputada a Fernando Antonio Delgado es típica, como quiera que, en su criterio, se adecúa a la descripción normativa de la aludida disposición.

(iii) El ad quem, para dar solución al “problema jurídico”, sólo acudió al método gramatical, sin tener en cuenta una «reconstrucción subjetivo-valorativa del intérprete», con lo cual, sostiene, desconoció los verbos «promover» o «instigar», en su criterio realizados por el concejal enjuiciado, quien así ejecutó un «acto de hostigamiento».

(iv) La Corte Constitucional, al pronunciarse sobre la exequibilidad de la Ley 1482 de 2011, buscó la protección de los derechos fundamentales de personas y comunidades pertenecientes a minorías históricamente discriminadas y sujetos de especial protección constitucional. De ahí que, a través de la sentencia C-671 de 2014, “definió la actuación del acusado” como una forma de segregación y exclusión, constitutiva de discriminación en la modalidad de hostigamiento.

(v) La conducta atribuida al señor Delgado, a su modo de ver, se subsume en la norma de prohibición contenida en el art. 134 B del C.P., habida cuenta que la misma no se encuentra condicionada a una pluralidad de actos, como lo entienden el agente del Ministerio Público y el defensor. En atención del componente teleológico de la disposición, que según su juicio busca garantizar el amparo de los derechos de los sujetos en ella mencionados, considera que el reproche penal no deriva exclusivamente de la realización de varios comportamientos, sino que puede endilgarse frente a uno solo.

(vi) Por último, califica las manifestaciones del procesado en dos contextos, así: a) en un primer momento definió a los desplazados, afrodescendientes e indígenas como «cánceres que tienen el gobierno nacional y mundial», apartado que si bien considera una afrenta y generó malestar entre los miembros de esas comunidades, en estricto sentido no tipifica un acto de hostigamiento y b) un segundo enunciado que sí «perfecciona» la conducta punible, en el que incitó a los concejales a unirse en contra de esas minorías, en especial la indígena.

De otro lado, el libelista formula un segundo reproche por violación indirecta de la ley

sustancial, derivada de error de hecho consistente en falso juicio de identidad.

Al “valorar la prueba testimonial”, prosigue, el Tribunal tergiversó, cambió su sentido y le dio un alcance diferente, favoreciendo así al procesado.

Para sustentar la censura, trajo a colación lo dicho por los testigos de cargo, quienes, según su reseña de las declaraciones, explicaron que las manifestaciones efectuadas por el acusado incitaron actos de segregación contra el Resguardo Suratena. Por ejemplo, impedir la adquisición de un predio para establecer sus viviendas y cultivos o que no se les prestara el servicio de transporte rural, aunado al rechazo en las aulas escolares para los niños, niñas y adolescentes indígenas, aseveraciones que, dice, no fueron “desvirtuadas” por la defensa.

Luego de ello, de manera confusa menciona que “esa prueba” acredita la tipicidad, antijuridicidad y culpabilidad de la conducta punible.

Con fundamento en tales razones, solicita a la Corte que case la sentencia absolutoria de segundo grado y, en su lugar, se deje en firme la condena impuesta en primera instancia. Esta pretensión fue reiterada en la audiencia de sustentación del recurso de casación, en cuyo marco el fiscal delegado ante la Corte puntualizó que, con independencia del cargo propuesto, lo axial en esta oportunidad es precisar ¿qué debe entenderse penalmente por hostigamiento? y si la conducta atribuida a Fernando Antonio Delgado configura ese delito.

Después, hizo una breve referencia al artículo 134B del Código Penal y a la sentencia C-671 de 2014, que declaró exequible dicha disposición, la cual, resalta, forma parte de un modelo sancionatorio que tipifica los denominados «crímenes de odio», en los que el patrón comportamental son los sentimientos de hostilidad, rechazo y animadversión hacia grupos históricamente discriminados. Esa es la razón por la cual, enfatiza, se penalizan «conductas criminales motivadas más por el prejuicio y focalizadas más en la psicología del criminal

que en la propia conducta criminal».

Expuso, así mismo, que la ilicitud se presenta al promover o instigar «actos de hostigamiento» y se trata 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 [s]e impulsan o fomentan los referidos actos y se genera entonces el “riesgo comunicativo” que se penaliza a través de la ley».

Al referirse al sustrato fáctico génesis de esta actuación, alega que las expresiones del acusado en el seno de la corporación municipal fueron “consideradas” por la propia Corte Constitucional, en la precitada sentencia, como un ejemplo de hostigamiento, en cuanto se trató de una forma verbalizada de segregación y exclusión.

Explicó que el «riesgo comunicativo penalizado por la ley» se verificó en este caso cuando el encausado, con desdén, calificó de «cáncer» la problemática de aquellas desarraigadas comunidades e incitó al Concejo en pleno a unirse contra los aborígenes de Suratena, expresiones que, según su perspectiva, resultan graves al provenir de un representante de la sociedad, con 14 años de experiencia en la política.

Añadió que la prueba testimonial practicada en juicio demostró que las palabras utilizadas por el procesado tuvieron un alto impacto mediático y generó afectación física y moral a las víctimas.

En suma, señaló que Fernando Antonio Delgado, en forma consciente, deliberada y voluntaria, profirió «imprecaciones discriminatorias» en adversidad de los indígenas desplazados e incitó a unirse contra esa comunidad, «para defender el bien común del grupo dominante». Y ello, en su entender, lo hace responsable del delito de hostigamiento.

3.2 A su turno, el defensor público designado para la representación de las víctimas expresó

que, en su momento, el recurso de casación presentado por la Fiscalía fue coadyuvado por la Defensoría Pública, por tratarse de un caso excepcional que amerita el desarrollo jurisprudencial por la Corte, dado que no se ha precisado el alcance normativo de las conductas de los servidores públicos, en concordancia con la sentencia C-671 de 2014, como tampoco las limitaciones de la libertad de expresión ni la excepción de la inviolabilidad de las discusiones e intervenciones de los congresistas, no aplicables a los concejales al interior de su corporación.

El ad quem, añade, no encontró en los hechos el elemento subjetivo de la conducta ni la relación de causalidad frente a las demás afectaciones de la comunidad. Por ello, trajo a colación la prohibición de regreso, al manifestar que el acusado no tenía deber de garante y por ello no debía responder por actos de terceros, lo que generaba atipicidad relativa frente a la conducta descrita en el artículo 134B del C.P.

Solicitó a la Corte casar la decisión y “proferir una sentencia condenatoria de reemplazo o mantener la proferida por el a quo”.

3.3 El representante de la comunidad indígena Embera Chamí, por su parte, manifestó su intención de coadyuvar la pretensión impugnatoria de la Fiscalía, por ser el primer caso en el que a una conducta se le da la calificación jurídica de discriminación por razones étnicas, situación que ha tenido resonancia en algunos países de este continente y del europeo.

Luego de referirse a los fines de la casación, manifestó apartarse de las «palabras desobligantes para con la Corte» proferidas por el Tribunal en su decisión, razón por la que instó «ratificar» la sentencia del juzgado.

3.4 El portavoz del Movimiento Nacional Cimarrón está en desacuerdo con la postura del ad quem, que para absolver acudió a la figura de la prohibición de regreso, desconociendo que uno de los verbos rectores en que se adecúa la conducta del concejal DELGADO es el de «instigar», concepto que, según su entender, implica «hacer nacer en otro la idea de algo».

En ese sentido, memoró el escenario en el que el acusado actuó, esto es, al interior del Concejo Municipal de Marsella, con invitación al resto de los presentes a hacer causa común y defender lo público, vale decir, «azuzó» a terceros para que de cualquier forma se discriminara a las comunidades étnicas del sector, a los afrodescendientes y a las personas en situación de desplazamiento, como en efecto, dice, sucedió. En su criterio, ello se adecúa típicamente en el delito de hostigamiento, al tiempo que se verifica la antijuridicidad y culpabilidad, por lo que solicitó casar el fallo impugnado.

3.5 Por su parte, la procuradora precisó que el tema central en este asunto es verificar si el comportamiento de Fernando Antonio Delgado se subsume o no en el delito descrito en el art.134 B del C.P. y si es necesario, para su configuración, la realización de varios actos, pues para el Tribunal la conducta desplegada es atípica, debido a que no se ejecutó una pluralidad de ellos, dirigidos a instigar o promover la discriminación.

Acudió también a la jurisprudencia constitucional para puntualizar que el hostigamiento se definió como delito de peligro abstracto, en la medida en que se realiza, no por la materialización del daño perseguido a través del mismo, sino cuando se impulsan o fomentan los referidos actos y se genera lo conocido como «riesgo comunicativo», penalizado por la ley.

La finalidad del punible, agrega, es el acoso o la «persecución» de un daño y que éste sea contra un grupo de personas, comunidad o pueblo, en razón de las categorías previstas por el legislador.

Por lo anterior, consideró que las expresiones del concejal enjuiciado se subsumen en el tipo penal concernido, ya que no se requiere una multiplicidad de eventos, sino que basta con uno solo con capacidad de causar daño físico o moral, como -asevera- sucedió en el presente asunto, según se extracta de los testimonios recaudados en el juicio.

Así, solicitó casar la decisión del juez colegiado y dejar en firme la sentencia de primera instancia.

3.6 Finalmente, el defensor solicitó a la Sala no casar el fallo impugnado con fundamento en que, en esencia, el comportamiento de FERNANDO ANTONIO DELGADO no pasó de ser un comentario de mal gusto, descomedido y grosero, pero que no reproduce ninguno de los supuestos de hecho de que trata el ilícito imputado.

En cuanto al primer cargo del libelo, expone, no es cierto que el Tribunal se hubiera abstenido de analizar los elementos que estructuran el tipo penal, pues emprendió el estudio del comportamiento atribuido al acusado para concluir que, no obstante las desconsideradas expresiones, la conducta devenía atípica, lo cual relevaba al ad quem de acometer los posteriores juicios de antijuridicidad y culpabilidad.

Tampoco es verdad, agrega, que el concejal Delgado hubiera instigado a los demás cabildantes para que hicieran frente común contra la comunidad indígena del Resguardo Suratena. Lo que aquél hizo, enfatiza, fue invitar a solucionar la problemática de quienes llevaban nueve años de haber invadido de manera arbitraria la cancha de fútbol de ese lugar.

En relación con el segundo cargo, destaca que la Fiscalía tan solo disiente de la valoración de la prueba testimonial aplicada el ad quem, sin que ello configure violación indirecta de la ley sustancial por error de hecho.

Por último, en nombre del sentenciado, indicó que su intención no fue la de causar daño a la población indígena, habida cuenta que también resultó elegido como concejal en razón de sus votos.

IV. CONSIDERACIONES DE LA CORTE

Con la admisión de la demanda de casación, la Sala superó las deficiencias formales y de sustentación evidenciadas en el libelo, con el propósito de analizar los problemas jurídicos allí propuestos de conformidad con las funciones del recurso de casación, especialmente las dirigidas a la búsqueda de la eficacia del derecho material y la unificación de la jurisprudencia (art. 180 del C.P.P.). Si bien el censor acudió a la violación indirecta de la ley sustancial como vía de ataque, los reproches, en esencia, estriban en aspectos de puro derecho que atañen a la comprensión -general y abstracta- de los ingredientes del tipo penal de hostigamiento, así como a las formas alternativas de conducta que configuran el actuar típico y a los presupuestos de afectación efectiva del bien jurídico.

Por ello, para decidir de fondo, metodológicamente se resolverán las cuestiones jurídicas propuestas en la impugnación, siguiendo una estructura de resolución propia de la violación directa de la ley sustancial. Esto, debido a que la hipótesis de ilegalidad presentada en la demanda (falta de aplicación) se basa en que los enunciados fácticos que se declararon probados en los fallos de instancia sí realizan el tipo previsto en los arts. 134 B y 134 C num. 3º del C.P., al tiempo que se verifica la antijuridicidad y la culpabilidad en el actuar del acusado.

De esta manera, la censura convoca a la Corte a verificar dos yerros en el silogismo de la resolución: el primero, aplicable a la premisa mayor, consistente en la errónea determinación de los contenidos de la norma aplicada -ingredientes normativos del tipo y alcances de la conducta típica-; el segundo, con manifestación en la conclusión, por una incorrecta adecuación de la realidad fáctica en el tipo penal de hostigamiento. Y si bien la censura propone, adicionalmente, la incursión en falsos juicios de identidad, su análisis depende de la previa definición de un aspecto igualmente normativo, como lo es el entendimiento del referido delito como de lesión o de mera conducta.

En tal virtud, la Corte establecerá si las expresiones con las cuales el cabildante Fernando Antonio Delgado, en desarrollo de la sesión ordinaria del Concejo Municipal de Marsella,

calificó a las comunidades de desplazados, afrodescendientes e indígenas como «cánceres» de los gobiernos nacional y mundial (sic), junto a un llamado a hacer causa en su contra a fin de «defender el bien común», se adecúan típicamente en el art. 134B del C.P. Para ello, la Sala abordará, en primer lugar, los tópicos relativos a la libertad de expresión y los discursos de odio, insumo para desarrollar, en segundo término, el análisis dogmático del ilícito de hostigamiento. Con ese trasfondo, verificará la corrección del juicio de adecuación típica aplicado por el Tribunal.

4.1 Sustrato ius fundamental del delito de hostigamiento

La libertad de expresión, garantía surgida como fruto de la lucha por los derechos civiles, antecede y constituye uno de los cimientos de sistemas de gobierno democráticos.

En 1789, la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano -documento cardinal para la Revolución Francesa-, en su art. 11 estableció la libre comunicación de pensamiento y de las opiniones como una de las prerrogativas más valiosas del hombre. De ahí que a todo ciudadano se le permitiera hablar, escribir y publicar libremente, salvo en los casos de abuso fijados por la ley, de los que se hacía responsable. Hito a partir del cual la totalidad de constituciones germinales de los Estados de Derecho, vale decir, de aquellos que reconocen la primacía del derecho positivo a fin de regular las relaciones entre los individuos y las autoridades y que protegen la dignidad de los primeros, registran en sus textos la libertad de expresión, verbigracia la Constitución de los Estados Unidos de América, que en 1791 consintió su Primera Enmienda, prohibitoria de limitaciones a las libertades de expresión y de prensa.

Luego, siguieron emblemáticos instrumentos internacionales como:

La Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre²: «Artículo IV. Toda persona tiene derecho a la libertad de investigación, de opinión y de expresión y difusión del pensamiento por cualquier medio».

La Declaración Universal de los Derechos Humanos³: «Artículo 19. Todo individuo tiene derecho a la libertad de opinión y de expresión; este derecho incluye el de no ser molestado a causa de sus opiniones, el de investigar y recibir informaciones y opiniones, y el de difundirlas, sin limitación de fronteras, por cualquier medio de expresión».

La Convención Europea para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales⁴:

Artículo 10º. Libertad de Expresión.

1. Toda persona tiene derecho a la libertad de expresión. Este derecho comprende la libertad de opinión y la libertad de recibir o de comunicar informaciones o ideas sin que pueda haber injerencia de autoridades públicas y sin consideración de fronteras. El presente artículo no impide que los Estados sometan a las empresas de radiodifusión, de cinematografía o de televisión a un régimen de autorización previa.

2. El ejercicio de estas libertades, que entrañan deberes y responsabilidades, podrá ser sometido a ciertas formalidades, condiciones, restricciones o sanciones, previstas por la ley, que constituyan medidas necesarias, en una sociedad democrática, para la seguridad nacional, la integridad territorial o la seguridad pública, la defensa del orden y la prevención del delito, la protección de la salud o de la moral, la protección de la reputación o de los derechos ajenos, para impedir la divulgación de informaciones confidenciales o para garantizar la autoridad y la imparcialidad del poder judicial.

El Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos⁵, que en su artículo 19: (i) prohíbe cualquier molestia por causa de las opiniones -num. 1º-; (ii) señala que todas las personas tienen derecho a la libertad de expresión, que comprende: (a) buscar, recibir y difundir informaciones e ideas, con independencia de su índole, (b) sin consideración de fronteras y, (c) emplear medios para ello, verbigracia, orales, escritos o impresos, así como artísticos -num. 2º-; (iii) prevé que la libertad reconocida supone deberes y responsabilidades que

hacen posible imponer restricciones cuya validez dependerá: (a) de su expresa fijación en la ley, y (b) de la necesidad para asegurar el respeto a los derechos o la reputación de los demás o, para proteger la seguridad nacional, el orden público o la salud o la moral públicas -numeral 3º- (Corte Constitucional CC SU-625-2015).

A su vez, el art. 20 ibídem prohíbe: (i) la propaganda en favor de la guerra y (ii) toda apología del odio nacional, racial o religioso que constituya incitación a la discriminación, la hostilidad o la violencia, limitaciones que establecerá la ley.

La Convención Americana sobre Derechos Humanos⁶ cuyo artículo 13: (i) prescribe que todas las personas tienen el derecho a la libertad de pensamiento y de expresión, y que éste garantiza: (a) buscar, recibir y difundir informaciones e ideas de toda índole, (b) hacerlo sin ningún tipo de fronteras, y (c) emplear cualquier medio para el efecto, incluyendo los orales, escritos, impresos, artísticos u otro procedimiento de elección -numeral 1º-; (ii) prevé que el ejercicio de este derecho no puede encontrarse sujeto a censura previa, sino a responsabilidades ulteriores: (a) fijadas expresamente por la ley, y (b) necesarias para asegurar el respeto a los derechos o a la reputación de los demás, así como la protección de la seguridad nacional, el orden público o la salud o la moral públicas -numeral 2º-. Como excepción a la prohibición de la censura: (iii) en el caso de los espectáculos públicos la ley lo puede hacer con la única finalidad de regular el acceso a ellos para la protección moral de la infancia y la adolescencia, sin perjuicio de lo establecido en el inciso 2º num. 4º.

Consagra también (iv) una prohibición general de emplear medios indirectos encaminados a restringir la libertad de expresión, impedir la comunicación y la circulación de ideas y opiniones -num. 3º-. Por último (v) establece un límite al anunciar que estará prohibida por ley toda propaganda en favor de la guerra y toda apología del odio nacional, racial o religioso que constituyan incitaciones a la violencia u otra acción ilegal similar contra cualquier persona o grupo de personas, por ningún motivo, inclusive los de raza, color, religión, idioma u origen nacional -numeral 5º- (Corte Constitucional CC SU-625-2015).

La Convención sobre los Derechos del Niño de 1989, explica en el canon 13 que todo niño «tendrá derecho a la libertad de expresión», el cual incluirá la de «buscar, recibir y difundir informaciones e ideas de todo tipo, sin consideración de fronteras, ya sea oralmente, por escrito o impresas, en forma artística o por cualquier otro medio elegido por [él]». Su ejercicio se restringe únicamente en las materias que la ley prevea para: (i) el respeto de los derechos o la reputación de los demás, o, (ii) la protección de la seguridad nacional o el orden público, o proteger la salud o la moral públicas.

Por su parte, la Constitución de 1991 incorpora en su art. 20 la libertad de expresión como derecho fundamental, caracterizado por la amplitud de su ámbito de protección y evidente relación con la dignidad humana. De la Corte Constitucional se recuerda la sentencia hito en la materia (CC T-391-2007), así:

El ámbito de protección del artículo 20 de la Constitución. Elementos normativos que lo conforman. El artículo 20 de la Carta Política consagra simultáneamente varios derechos y libertades fundamentales distintos, y en virtud de lo dispuesto en los artículos 93 y 94 de la Carta Política, se ha de interpretar a la luz de los tratados e instrumentos internacionales de derechos humanos que obligan a Colombia y que contienen disposiciones sobre el particular. A la luz de tales instrumentos internacionales, se tiene que el artículo 20 de la Constitución contiene un total de once elementos normativos diferenciados: (a) La libertad de expresar y difundir el propio pensamiento, opiniones, informaciones e ideas, sin limitación de fronteras y a través de cualquier medio de expresión –sea oral, escrito, impreso, artístico, simbólico, electrónico u otro de elección de quien se expresa–, y el derecho a no ser molestado por ellas. Esta libertad fundamental constituye la libertad de expresión stricto sensu, y tiene una doble dimensión – la de quien se expresa, y la de los receptores del mensaje que se está expresando. (b) La libertad de buscar o investigar información sobre hechos, ideas y opiniones de toda índole, que junto con la libertad de informar y la de recibir información, configura la llamada libertad de información. (c) La libertad de informar, que cobija tanto información sobre hechos como información sobre ideas y opiniones de todo

tipo, a través de cualquier medio de expresión; junto con la libertad de buscar información y la libertad de recibirla, configura la llamada libertad de información. (d) La libertad y el derecho a recibir información veraz e imparcial sobre hechos, así como sobre ideas y opiniones de toda índole, por cualquier medio de expresión. Junto con los anteriores elementos, configura la libertad de información. (e) La libertad de fundar medios masivos de comunicación. (f) La libertad de prensa, o libertad de funcionamiento dichos medios masivos de comunicación, con la consiguiente responsabilidad social. (g) El derecho a la rectificación en condiciones de equidad. (h) La prohibición de la censura, cualificada y precisada por la Convención Americana sobre Derechos Humanos, (i) La prohibición de la propaganda de la guerra y la apología del odio, la violencia y el delito, cualificada y precisada por la Convención Americana sobre Derechos Humanos y la Convención internacional sobre la eliminación de todas las formas de discriminación racial, (j) La prohibición de la pornografía infantil, y (k) La prohibición de la instigación pública y directa al genocidio". [Negrilla y subrayado original del texto]

En la citada providencia, constitutiva de la sistematización más comprensiva y relevante sobre el derecho a la libertad de expresión, la Corte Constitucional que, *stricto sensu*, tal prerrogativa corresponde al derecho de las personas «a expresar y difundir libremente el propio pensamiento, opiniones, informaciones e ideas, sin limitación, a través del medio y la forma escogidos por quien se expresa», y a no ser molestado por hacerlo.

Igualmente, que posee dos aristas, interdependientes y de protección simultánea: una individual en la que despunta la facultad de comunicarse con un interlocutor a través de cualquier medio apropiado para la difusión del pensamiento y a escoger la forma de hacerlo. Y otra colectiva, comprensiva del derecho de todas las personas «a recibir tales pensamientos, ideas, opiniones e informaciones» de parte de quien las emite.

Lo anterior coincide con la jurisprudencia interamericana, que ha caracterizado la libertad de pensamiento y de expresión como

un derecho con dos dimensiones: una individual, consistente en el derecho de cada persona a expresar los propios pensamientos, ideas e informaciones, y una colectiva o social, consistente en el derecho de la sociedad a procurar y recibir cualquier información (informaciones e ideas de toda índole), a conocer los pensamientos, ideas e informaciones ajenos y a estar bien informada^{7.8}

En lo concerniente a sus elementos o características normativas más relevantes, la Corte Constitucional (CC C-091-2017), destacó:

(1) su titularidad es universal sin discriminación, compleja, y puede involucrar intereses públicos y colectivos⁹, además de los intereses privados del emisor de la expresión; (2) sin perjuicio de la presunción de cobertura de toda forma de expresión por la libertad constitucional, existen ciertos tipos específicos de expresión respecto de los cuales la presunción es derrotada, por consenso prácticamente universal plasmado en tratados internacionales que obligan al Estado colombiano; (3) existen diferentes grados de protección constitucional en los variados ámbitos de la expresión humana amparados por la libertad de expresión *stricto sensu*, por lo cual hay tipos de discurso que reciben una protección más reforzada que otros [...]; (4) la expresión protegida por esta libertad puede ser tanto la del lenguaje convencional, como la manifestada a través de conducta simbólica o expresiva convencional o no convencional; (5) la expresión puede efectuarse a través de cualquier medio elegido por quien se expresa, teniendo en cuenta que cada medio en particular plantea sus propios problemas y especificidades jurídicamente relevantes, ya que la libertad constitucional protege tanto el contenido de la expresión como su forma y su manera de difusión; (6) la libertad constitucional protege tanto las expresiones socialmente aceptadas como las que son inusuales, alternativas o diversas, lo cual incluye las expresiones ofensivas, chocantes, impactantes, indecentes, escandalosas, excéntricas o simplemente contrarias a las creencias y posturas mayoritarias, ya que la libertad constitucional protege tanto el contenido de la expresión como su tono; (7) su ejercicio conlleva, en todo caso, deberes y responsabilidades para quien se expresa; y (8) impone

claras obligaciones constitucionales a todas las autoridades del Estado, así como a los particulares.

Acudiendo nuevamente al Sistema Interamericano de Derechos Humanos¹⁰, se explica que la libertad de expresión posee una triple función:

17. En primer lugar, el derecho a la libertad de expresión cumple la función de proteger el derecho individual de cada persona a pensar por sí misma y a compartir con otros informaciones y pensamientos propios y ajenos [...]

18. En segundo lugar, la CIDH y la Corte Interamericana han subrayado en su jurisprudencia que la importancia de la libertad de expresión dentro del catálogo de los derechos humanos se deriva también de su relación estructural con la democracia¹¹. En efecto, el ejercicio pleno del derecho a expresar las propias ideas y opiniones y a circular la información disponible y la posibilidad de deliberar de manera abierta y desinhibida sobre los asuntos que nos conciernen a todos, es condición indispensable para la consolidación, el funcionamiento y la preservación de los regímenes democráticos. La formación de una opinión pública informada y consciente de sus derechos, el control ciudadano sobre la gestión pública y la exigencia de responsabilidad de los funcionarios estatales, no sería posible si este derecho no fuera garantizado. En este mismo sentido, la jurisprudencia ha enfatizado que la función democrática de la libertad de expresión la convierte en una condición necesaria para prevenir el arraigo de sistemas autoritarios y para facilitar la autodeterminación personal y colectiva¹² [...]

19. Finalmente, la jurisprudencia interamericana ha explicado que la libertad de expresión tiene una importante función instrumental, pues se trata de una herramienta clave para el ejercicio de los demás derechos fundamentales¹³. En efecto, la libertad de expresión es un mecanismo esencial para el ejercicio del derecho a la participación, a la libertad religiosa, a la educación, a la identidad étnica o cultural y, por supuesto, a la igualdad no sólo entendida

como el derecho a la no discriminación, sino como el derecho al goce de ciertos derechos sociales básicos. Por el importante rol instrumental que cumple este derecho, se ubica en el centro del sistema de protección de los derechos humanos del hemisferio.

Sin perjuicio de lo anterior, aceptando la innegable reciedumbre, amplitud de contenido y generalizado celo con que es tratada en la Constitución y el derecho internacional de los derechos humanos, resulta decididamente claro que la libertad de expresión no es absoluta, ilimitada o infinita. Con miras a erradicar la discriminación y cierto tipo de delitos, particularmente ofensivos para la humanidad, se ha alcanzado un amplio consenso en el ámbito universal acerca de la necesidad y obligación estatal de prohibir algunos discursos que pueden caracterizarse como agraviantes de la dignidad humana e incitan a la violencia por motivos discriminatorios; por lo mismo, son incompatibles con la aludida doctrina del derecho.

En criterio de la Corte, a la luz de las disposiciones constitucionales y de tratados internacionales sobre derechos humanos aplicables, estos tipos de expresión sobre los cuales se ha desvirtuado la presunción de cobertura constitucional de la libertad de expresión y que están, en consecuencia, proscritos, son:

[...]

(b) la apología del odio nacional, racial, religioso o de otro tipo de odio que constituya incitación a la discriminación, la hostilidad, la violencia contra cualquier persona o grupo de personas por cualquier motivo¹⁴ (modo de expresión que cobija las categorías conocidas comúnmente como discurso del odio, discurso discriminatorio, apología del delito y apología de la violencia)¹⁵;

[...]

Estas categorías se han de interpretar con celoso apego a sus definiciones precisas en los

instrumentos correspondientes, para así minimizar el riesgo de que se incluyan, bajo su alcance, formas de expresión que sí son legítimamente acreedoras de la protección constitucional. [Negrilla y subrayado fuera de texto] (CC T-391-2007).

A fin de dar cierre a este apartado, pero con la pretensión de procurar claridad a los subsiguientes, obligado se hace mencionar el significado que en el ámbito de la sociología ha adquirido el concepto de discriminación:

Como fenómeno sociológico, la discriminación puede ser entendida como una de las tantas formas de violencia u opresión que existen en las sociedades contemporáneas. Se trata de una violencia ejercida por grupos humanos en posición de dominio, quienes, consciente o inconscientemente, establecen y extienden preconceptos negativos contra otros grupos sociales determinados¹⁶, que dan por resultado la exclusión o marginación de las personas que conforman a estos últimos. Dichos preconceptos suelen estar basados en algún rasgo fisonómico (color de piel, género, discapacidad) o de identidad (étnica, sexual, religiosa) que es convertido en un estigma de inferioridad.

En otras palabras, la discriminación es una relación social en la que un grupo, con capacidad de ejercer alguna o varias formas de dominio (económica, política, cultural), minusvalora o repele a otro grupo social, colocando a este último en una situación de desigualdad u opresión. Para hacerlo, se toma como punto de partida algún rasgo característico del grupo excluido, y con base en él se construyen estereotipos prejuiciados de inferioridad, inmoralidad o peligrosidad. Es en este sentido que la xenofobia, el racismo, la misoginia, la homofobia, el clasismo, pueden ser todas consideradas formas de discriminación, basadas respectivamente en el origen étnico, el color de piel, el género, las preferencias sexuales o la condición social.

[...]

[1]a discriminación es definida [...] como toda distinción, exclusión o preferencia, basada en

un rasgo fisonómico o identitario de una persona, que da por resultado la anulación, restricción o el menoscabo del reconocimiento, goce o ejercicio de los derechos fundamentales. Por tanto, discriminar a una persona no significa diferenciarla de otra en el trato, más bien significa colocarla en una situación jurídica de inferioridad utilizando como base de la descalificación un rasgo o una característica que es innata e inmodificable. No se trata de una diferencia de trato “entre” las personas por cualquier razón, se trata de una diferencia injusta “contra” las personas, basada en un prejuicio negativo que anula o restringe el ejercicio de derechos.¹⁷

4.1.1 Discursos de odio como forma de comunicación excluida del ámbito de protección de la libertad de expresión y forma de discriminación

El concepto «discurso de odio» resulta ser demasiado ambiguo, en particular, por cuanto el reenvío al vocablo «odio», en principio podría suponer que lo reprochado es la percepción de animosidad o rechazo frente a alguien o algo, en especial hacia los miembros de un grupo históricamente discriminado y minoritario.

El odio, entendido como la «antipatía y aversión hacia algo o hacia alguien cuyo mal se desea»¹⁸, como tantos, es un sentimiento de linaje personal, digno de protección por el sistema constitucional en la medida que no trascienda, al punto de materializarse en acciones que menoscaben a otro.

Son las declaraciones polémicas, críticas, negativas, chocantes, enfadosas, irritantes y hasta hirientes para sus destinatarios y quienes las padecen, las que eventualmente requieren protección -desde el ámbito de la comentada garantía iusfundamental de expresión-, habida cuenta que, como manifestación externa del sentimiento de odio, hacen parte del derecho a comunicar la opinión frente a otro.

Por ello, la Corte Constitucional ha reconocido que la problemática distinguida bajo «la etiqueta de discursos de odio, y que se refiere a las limitaciones que de forma específica

impone la prohibición de discriminación a las expresiones dirigidas exclusivamente a lesionar personas o grupos pertenecientes a grupos históricamente afectados en su dignidad por la exclusión, los prejuicios o los estereotipos es particularmente compleja» (CC C-091-2017).

La misma Corporación, en la sentencia CC T-500-2016, contextualizó la temática de ese tipo de discusiones, en el entendido que existen en el derecho internacional de los derechos humanos dos grandes vertientes: la primera encabezada por los Estados Unidos de América, donde la protección a la libertad de expresión es especialmente amplia (recuérdese lo dicho frente a la Primera Enmienda de su Constitución); la segunda, derivada del enfoque dado por la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, en el que se imponen mayores límites al discurso, producto de la traumática experiencia del régimen nacionalsocialista. Retórnense sus consideraciones:

A pesar de que existe un nutrido diálogo entre distintos sistemas constitucionales en relación con la libertad de expresión, información y prensa, el alcance y la estructura de los derechos que componen esta tríada varía significativamente de un sistema a otro. En efecto, se puede afirmar que ésta es una de las áreas del derecho constitucional comparado donde existen mayores divergencias. En términos generales, estas divergencias suelen alinearse a lo largo de un eje marcado por dos extremos. De un lado se encuentra el modelo conceptualista estadounidense desarrollado durante la segunda mitad del Siglo XX¹⁹, que otorga a priori una amplia protección a la libertad de expresión, información y prensa, privilegiándola frente a otros derechos y bienes jurídicos. Del otro se encuentra el modelo utilizado por un conjunto bastante extenso de sistemas constitucionales, pero prohiado de manera importante por el Tribunal Constitucional Federal alemán, que no fija reglas de prevalencia a priori, sino que recurre al análisis de proporcionalidad en cada caso concreto para resolver las tensiones que se presentan.

[...]

26. De tal modo, por ejemplo, los países de la Europa continental que sufrieron el nacional socialismo y la Segunda Guerra Mundial tienden a privilegiar la dignidad humana por encima de la libertad de expresión. Las cortes constitucionales en muchos de estos países han avalado las leyes que penalizan la expresión de opiniones que niegan el Holocausto judío, ya que esta restricción responde a la experiencia directa que tuvieron diversos Estados europeos con esta tragedia universal. Así mismo, los sistemas constitucionales de algunos países europeos que experimentaron directamente las consecuencias del Tercer Reich, como Alemania y Austria, prohíben la constitución de partidos nacional socialistas. Sin embargo, otros países que no experimentaron la presencia del régimen nazi dentro de sus territorios, como Canadá, Estados Unidos o Nueva Zelanda, protegen el porte de una esvástica como parte del contenido de la libertad de expresión. En suma, entonces, la estructura y el alcance de estos derechos frente a otros corresponde a la adopción de una posición institucional frente a su propia historia.

27. La adopción de una posición institucional llevó a algunos países europeos a proteger de manera especial la memoria colectiva de grupos étnicos determinados. Sin embargo, la protección especial que provee el ordenamiento jurídico a la memoria de grupos étnicos determinados que han sufrido vejámenes históricos no está atada únicamente al pasado, ni constituye un privilegio exclusivo de algunos miembros de la sociedad. Por el contrario, esta protección jurídica se proyecta hacia el futuro de estas sociedades, para que los horrores de antaño, como el Holocausto o el antisemitismo, no vuelvan a ocurrirle, no sólo al pueblo judío, sino a ningún otro pueblo o grupo social. No se trata entonces de adoptar medidas especiales de protección para favorecer a un grupo determinado, sino de una forma de proteger el pluralismo, la diversidad y la tolerancia, como principios básicos de la sociedad. Más aún, esta forma de protección del pluralismo no es exclusiva de los países europeos. Según algunos doctrinantes, por ejemplo, el objeto y alcance de la protección que el sistema constitucional de Canadá otorga a la libertad de expresión está estrechamente relacionado con el principio de multiculturalismo, lo cual supone que los alcances de la

libertad de expresión responden también a la necesidad de proteger la diversidad étnica y cultural de ese país.²⁰

28. Ahora bien, nuestra propia historia también ha estado permeada por épocas y acontecimientos que vulneran frontalmente el principio de dignidad humana de grupos sociales determinados. La esclavitud, y más recientemente, el trabajo forzado de comunidades indígenas en las caucherías, la institución del terraje, las persecuciones a los indígenas, y masacres como la de Planas, entre otros, son algunos de los acontecimientos que marcan, no sólo la historia de las comunidades étnicas, sino la de Colombia en su conjunto. En esa medida, la protección que la Constitución les otorga a las minorías constituye un mecanismo tendiente a marcar una ruptura con esta parte del pasado de nuestro país, y representa la aspiración de que hechos como estos no vuelvan a ocurrir.

29. En aras de proteger a los pueblos y comunidades étnicas y a otros grupos minoritarios que han sido objeto de violaciones históricas de sus derechos fundamentales, nuestro ordenamiento constitucional ha establecido límites a la libertad de expresión. Como se dijo anteriormente, la Convención Americana de Derechos Humanos o Pacto de San José fue adoptado en nuestro ordenamiento interno mediante la Ley 16 de 1972, y hace parte del bloque de constitucionalidad. En el numeral 5º del artículo 13 de este tratado se establece expresamente que los Estados partes deben prohibir, por ley, los discursos de odio. (...)

30. La Corte ha aceptado que la expresión y difusión de mensajes cuyos contenidos incitan al odio o a la violencia hacia personas o grupos sociales determinados no está protegido constitucionalmente. Ahora bien, el problema radica precisamente en saber cuándo el contenido de un mensaje incita al odio. Para la jurisprudencia de esta Corporación no es suficiente con que el emisor del mensaje propague una opinión negativa en relación con una persona o grupo determinado. Es necesario también que: a) el contenido del mensaje incite a la violencia o al odio, y que b) analizando las circunstancias particulares, sea previsible que el mensaje de hecho incite a la violencia o al odio. (...)

Para decantar, entonces, lo que podría entenderse como discurso de odio, dígase que aquella expresión se deriva de la literal traducción del inglés hate speech, a su vez originaria de la locución hate crime, última que indica crímenes cuyo móvil es la intolerancia hacia el diferente, en especial, cuando la víctima pertenece a ciertos grupos sociales históricamente discriminados.

Sin embargo, interesante se muestra la propuesta de «re conceptualizar» el concepto hacia la unidad lingüística odium dictum, tal y como se justifica por doctrina contemporánea²¹ que, por su atinencia al tema, la Sala se permite citar:

En este sentido, la noción “expresiones de odio”, al menos en idioma español, o expresiones equivalentes en otras lenguas latinas como el francés, italiano o portugués, resulta algo desafortunada. Las intenciones son excelentes pero, a nivel intuitivo, esta noción es difícil de entender para muchos y genera rechazo, dada su posible utilización con propósitos de censura, de crítica política o manifestaciones similares. Debemos encontrar otro término y re-conceptualizarlo para que sea entendido y diferenciado de otras “expresiones de odio”, que son frecuentemente merecedoras de protección constitucional o de laudo ético (por ejemplo, oponerse abiertamente a un régimen totalitario o denunciar corrupción).

[...]

Por ello, nuestra propuesta consiste, a falta de otras expresiones en idioma español, en recurrir al latín, utilizando las nociones de odium dictum, odium dicta, odia dictum u odia dicta, según pretendamos denotar, respectivamente:

Odium

dictum

Una expresión singular que denota un odio en particular.

Odium dicta

Múltiples expresiones que denotan un odio en particular.

Odia dictum

Una expresión singular que denota odios múltiples.

Odia dicta

Múltiples expresiones que denotan odios múltiples.

[...]

Dictum es más preciso para indicar, en términos derogatorios, que se trata de una mera aserción, bajo cualquier formato,²² que procura transmitir una opinión dogmática; de ese modo, persuadir al interlocutor o al lector para que asuma el dogma como propio y, eventualmente, actúe en consecuencia.

Odium denota odio, pero al latinizarlo pretendemos señalar que se trata de un odio preciso y tipificado, no de un odio vago o dirigido hacia cualquier sujeto u objeto. El odio consiste en un sentimiento de rechazo, un juicio de valor altamente negativo sobre algo o alguien, a tal punto que quien lo experimenta puede procurar la destrucción o reducción de aquello o de aquel que odia: un odio que desea humillar y que, una vez externalizado, frecuentemente humilla. Quien odia no busca el “cambio” o la evolución positiva del otro, sino su obliteración tal como es; rechaza su misma existencia y su mera transformación, fuera de sus características presuntamente negativas, no le resulta suficiente ni posible.²³

La acumulación de odio anticipa la violencia física o psicológica. Descrito de este modo, el

odio es una emoción lamentable, psicológicamente destructiva, en primer lugar, de quien la siente y en algunas ocasiones de quien es odiado, que no resulta jurídicamente condenable per se, pero que puede desembocar, en ciertos casos, en la comisión de delitos civiles o penales contra los objetos o personas odiadas. No se trata de un punto de vista impopular o no convencional, sino de un sentimiento “intenso y extremo”, que instila desprecio, enemistad, deseos de destrucción y malevolencia en los otros.²⁴

El odium que pretendemos definir es un odio muy particular que califica a un dictum, convirtiendo al odium dictum, así compuesto, en una acción jurídica y socialmente condenable por su potencial destructivo de individuos que integran minorías en situación de vulnerabilidad o discriminación de la sociedad. El odium que procuramos tipificar consiste en una emoción intensa y negativa que se focaliza en ciertos grupos históricamente discriminados, y en sus integrantes, por el solo hecho de existir en la sociedad, procurando su exclusión o reducción a una categoría inferior, originada en prejuicios irracionales transmitidos de generación en generación respecto a tales grupos.

El odium dictum es, entonces, una opinión dogmática, injustificada y destructiva respecto a ciertos grupos históricamente discriminados o a ciertas personas en tanto integrantes de dichos grupos, emitida con el propósito de humillar y/o transmitir tal dogma destructivo al interlocutor o lector y de hacerlo partícipe de la tarea de marginalizar o de excluir a las personas odiadas.

Como derivación al plural, el odium dicta es un conjunto de opiniones emitidas respecto a grupos discriminados o a sus integrantes; el odia dictum es una opinión respecto a múltiples grupos discriminados (alguien que es atacado simultáneamente por su raza y por su orientación sexual); el odia dicta es un conjunto de opiniones emitidas respecto a múltiples grupos discriminados (múltiples opiniones atacando a alguien por su pertenencia simultánea a varios grupos discriminados o a múltiples grupos discriminados, por ejemplo, acusando al mismo tiempo a judíos y musulmanes de perfidia y de otros vicios). [Negrilla

original del texto]

En un intento por delinear lo que en la comunidad internacional se conoce como discurso de odio, la Comisión Europea contra el Racismo y la Intolerancia (ECRI)²⁵ del Consejo de Europa, el 8 de diciembre de 2015 adoptó la Recomendación General Nº 15 relativa a la Lucha contra el Discurso de odio y su Memorándum Explicativo²⁶, documento que en su terminología -y a efecto de la Recomendación- incluye algunas definiciones, útiles para el asunto de la especie, entre ellas:

a. “apología” relacionada con la denigración, odio o vilipendio se refiere al apoyo intencionado y activo cuando se produzcan tales conductas y actitudes respecto a un grupo particular de personas.

b. “alienación” se refiere a la retirada de una persona de la sociedad en la que vive y de su compromiso con los valores de ésta;

(...)

h. “discriminación” se entenderá como todo trato diferenciado, por motivos de raza, color, idioma, religión, nacionalidad u origen nacional o étnico, o por motivos de ascendencia, creencias, sexo, género, identidad de género, orientación sexual u otras características o condiciones personales, que no tenga una justificación objetiva y razonable²⁷;

(...)

m. el término “odio” se refiere a emociones intensas e irracionales de oprobio, enemistad y aversión del grupo objetivo²⁸;

(...)

p. la “hostilidad” se refiere a una manifestación del odio más allá de un mero estado de

ánimo²⁹;

(...)

r. el término “incitación” se refiere a declaraciones sobre grupos nacionales, raciales o religiosos que puedan crear un riesgo inminente de discriminación, hostilidad o violencia contra las personas que pertenecen a dichos grupos;

s. “marginación”, se refiere a hacer que un grupo de personas se sientan o se queden aisladas o insignificantes y se limite así su participación en la sociedad;

(...)

u. Utilizar “estereotipos negativos” se refiere a aplicar a un miembro o miembros de un grupo de personas una creencia generalizada sobre las características de los que pertenecen a dichos grupos considerándolos a todos ellos de forma negativa sin tener en cuenta las características particulares de un miembro o miembros afectados directamente;

(...)

w. “racismo” se refiere a la creencia de que, por motivo de la raza, el color, el idioma, la religión, la nacionalidad, el origen nacional o étnico, se justifica el desprecio de una persona o grupo de personas o la noción de superioridad de una persona o grupo de personas³⁰;

(...)

bb. “estigmatización” se refiere al hecho de etiquetar a un grupo de personas de forma negativa;

(...)

dd. “trivialización” se refiere a hacer que algo parezca que no tiene importancia o es insignificante;

(...)

gg. “grupos vulnerables” se refiere a grupos que son objeto específico de discurso de odio, y que varían dependiendo de las circunstancias nacionales pero que, probablemente, incluyen a solicitantes de asilo y refugiados, otros inmigrantes y migrantes, comunidades Judías y negras, musulmanes, Romaníes/gitanos, al igual que otras minorías étnicas y lingüísticas y personas LGBT; incluirá específicamente a niños y jóvenes pertenecientes a esos grupos; (...) [negrilla original del texto].

Catálogo terminológico amplio que permite decantar una aproximación a la definición de discurso de odio, conforme a la misma Recomendación³¹, así:

El discurso de odio a efectos de la Recomendación debe entenderse como el uso de una o más formas de expresión específicas –por ejemplo, la defensa, promoción o instigación del odio, la humillación o el menosprecio de una persona o grupo de personas, así como el acoso, descrédito, difusión de estereotipos negativos o estigmatización o amenaza con respecto a dicha persona o grupo de personas y la justificación de esas manifestaciones– basada en una lista no exhaustiva de características personales o estados que incluyen la raza, color, idioma, religión o creencias, nacionalidad u origen nacional o étnico al igual que la ascendencia, edad, discapacidad, sexo, género, identidad de género y orientación sexual.

De ella también se extraen los elementos esenciales sobre sus actos constitutivos³²:

– El fomento, promoción o instigación en cualquiera de sus formas, al odio, la humillación o el menosprecio así como el acoso, descrédito, difusión de estereotipos negativos, estigmatización o amenaza;

- uso que no solo tiene por objeto incitar a que se cometan actos de violencia, intimidación, hostilidad o discriminación, sino también actos que cabe esperar razonablemente que produzcan tal efecto y
- motivos que van más allá de la raza, color, idioma, religión o creencias, nacionalidad, origen étnico o nacional y ascendencia.

Para concluir en la definición, con la Comisión Interamericana de Derechos Humanos³³ recuérdese el informe emitido por la Organización de las Naciones Unidas para la Educación, la Ciencia y la Cultura (UNESCO), y que analizó las existentes en el derecho internacional:

222. Mientras que el sistema interamericano de derechos humanos ha desarrollado determinados estándares, no existe una definición universalmente aceptada de “discurso de odio” en el derecho internacional. Según un reciente informe emitido por la UNESCO que estudió las distintas definiciones de discurso de odio en el derecho internacional, el concepto con frecuencia se refiere a “expresiones a favor de la incitación a hacer daño (particularmente a la discriminación, hostilidad o violencia) con base en la identificación de la víctima como perteneciente a determinado grupo social o demográfico. Puede incluir, entre otros, discursos que incitan, amenazan o motivan a cometer actos de violencia. No obstante, para algunos el concepto se extiende también a las expresiones que alimentan un ambiente de prejuicio e intolerancia en el entendido de que tal ambiente puede incentivar la discriminación, hostilidad y ataques violentos dirigidos a ciertas personas”.³⁴

223. La UNESCO en su informe advierte que, sin perjuicio de lo anterior, el discurso de odio no puede abarcar ideas amplias y abstractas, tales como las visiones e ideologías políticas, la fe o las creencias personales. Tampoco se refiere simplemente a un insulto, expresión injuriosa o provocadora respecto de una persona. (...)

Por otra parte, Kaufman³⁵ presenta una interesante forma de determinar la real existencia

de un discurso de odio, a través de la identificación de ciertos criterios así:

Para considerar que nos encontramos en un caso de odium dictum, debemos contar con los criterios A + B + C o A + B + D, siempre en un contexto dado. Si contamos con un caso que reúne los criterios A + B + C + D, nos encontraríamos con una especie de odium dictum de varias categorías.

A) Criterio de grupo en situación de vulnerabilidad tipificado. Existe una referencia explícita, o implícita pero indubitable, a un grupo históricamente discriminado, en un tiempo y lugar determinados.

B) Criterio de humillación. Existe a) una opinión degradante o humillante respecto a ese grupo en situación de vulnerabilidad, o b) una referencia simbólica o histórica precisa que explícita o implica indubitablemente apoyo a eventos de humillación o degradación de grupos en situación de vulnerabilidad (la vestimenta del Ku Klux Klan) o c) un listado de personas o el señalamiento de una persona al que se le atribuyen cualidades negativas humillantes asociadas con prejuicios característicos de discriminación contra el grupo en situación de vulnerabilidad.

C) Criterio de malignidad. Existe una invitación explícita o implícita a terceros para humillar o excluir a grupos en situación de vulnerabilidad o a personas identificadas como integrantes de tales grupos.³⁶ Los destinatarios principales de estas opiniones son terceros.

D) Criterio de intencionalidad. Existe una intención deliberada de humillar o excluir a personas discriminadas o identificadas como integrantes de grupos discriminados. Los destinatarios principales de estas opiniones son integrantes de los grupos discriminados.

[...]

Por “contexto” nos referimos a una situación sociológica en un lugar, momento y bajo circunstancias determinadas dentro de la que a) un grupo deba ser tipificado como discriminado, b) un dictum pueda ser razonablemente considerado como humillante por los integrantes de tal grupo y c) en el que se pueda entender, razonablemente, que existió malignidad y/o intencionalidad en la voluntad del agente.

En cuanto al primer criterio, el autor reconoce que un grupo es vulnerable -o por lo menos así se le considera- cuando sus integrantes, producto de la acumulación de opiniones públicamente divulgadas sobre ellos en un largo plazo, vale decir, durante sucesivas generaciones, son susceptibles de humillación y degradación de manera significativa, situación demostrable a través de la sociología y de la historia.

Por tanto, el «grupo social» al que se hace referencia no puede ser entendido como cualquier conjunto de personas con algún elemento en común, sino

[a]quel que puede identificarse -así mismo o por otros- por el hecho de que sus integrantes comparten vínculos identitarios, tales como una tradición, una cultura, un lenguaje, una historia o un conjunto de experiencias comunes, que dan lugar a una entidad social significativa.³⁷

Es importante señalar esto porque el fenómeno de la discriminación no puede ser entendido como la diferenciación excluyente, en un solo momento histórico, de cualquier conjunto de personas. Se trata de un fenómeno que se concreta y se define cuando un prejuicio es instalado sobre un grupo de manera perdurable, y los integrantes de dicha colectividad son constantemente marginados por el simple hecho (en muchos casos involuntario) de pertenecer a ella. Es verdad que la discriminación en muchas ocasiones afecta a personas en casos individuales, pero no puede pasarse por alto que si esto ocurre, se debe a que dicha persona pertenece a un grupo determinado que ha sido históricamente estigmatizado de forma injustificada.³⁸

En tal sentido, las categorías que pueden considerarse históricamente ultrajadas, por ende, requerir de protección a través de normas regulatorias de discursos de odio son: (i) la orientación sexual³⁹; (ii) la raza o etnia⁴⁰; (iii) la religión⁴¹; (iv) el género⁴²; (v) la situación migratoria⁴³ y (vi) la discapacidad.

La Corte Constitucional, de manera prolija, se ha ocupado del tema para indicar que, no obstante el art. 13 de la Constitución establece el marco conceptual que permite ejercer de manera legítima un trato distinto entre sujetos, se crean ciertas «categorías sospechosas de segregación. En la sentencia CC C-371-2000, dicha propuesta se definió de la siguiente manera:

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

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

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

Los criterios sospechosos son, en últimas, categorías que “(i) se fundan en rasgos permanentes de las personas, de las cuales éstas no pueden prescindir por voluntad propia

a riesgo de perder su identidad; (ii) han estado sometidas, históricamente, a patrones de valoración cultural que tienden a menospreciarlas; y, (iii) no constituyen, per se, criterios con base en los cuales sea posible efectuar una distribución o reparto racional y equitativo de bienes, derechos o cargas sociales.”⁴⁴ [Subraya la Sala en esta oportunidad]

Y en más reciente data (CC T-030-2017), así se refirió al tema:

36. Este Tribunal ha entendido que la discriminación constituye un acto arbitrario o conducta dirigida a perjudicar o a anular, a dominar o a ignorar a una persona o colectivo, con fundamento en estereotipos o prejuicios sociales o individuales⁴⁵, ajenos a la voluntad del afectado, como son el sexo, la raza, el origen nacional o familiar, o por razones irrelevantes, que lo hacen acreedor de un perjuicio o beneficio como la serían, la opinión política o filosófica⁴⁶.

De igual manera, la discriminación implica un trato desigual e injustificado, que generalmente se presenta en el lenguaje de las normas o en las prácticas institucionales y sociales, que afectan los valores constitucionales de la dignidad humana y la igualdad, y generan además, una carga que no es exigible jurídica ni moralmente a la persona⁴⁷.

[...]

38. La forma de establecer el carácter sospechoso de una actuación dentro del contexto de la discriminación, atiende a los siguientes presupuestos: i) se refiere a las categorías prohibidas contenidas en el numeral 1° del artículo 13 de la Constitución; ii) se fundan en rasgos permanentes de las personas, los cuales son irrenunciables, pues afectan directamente la identidad personal; iii) se dirige contra personas que han estado sometidas, históricamente, a patrones de valoración cultural que generan posiciones jurídicas inferiores y configuran condiciones de debilidad manifiesta por integrar grupos marginados o sujetos que gozan de especial protección constitucional; iv) desconocen prima facie un derecho fundamental; y, v) incorporan, sin causa aparente, un privilegio exclusivo para un sector de

la población, con el correlativo desmedro en el ejercicio de los derechos de las personas y grupos que fueron excluidos⁴⁸. [Subrayado fuera de texto]

Por otra parte, el criterio de humillación no se corresponde con una mera opinión crítica, o si se quiere negativa de un grupo discriminado, sino cuando ella sea susceptible de herir el honor de una persona por el sólo hecho de pertenecer o estar socialmente adscrito a él.

Aquí se hace alusión a la protección de la dignidad de los integrantes, no como sentimiento individual que mancilla la autoestima de cada uno, sino de todos quienes conforman la comunidad perjudicada con el discurso.

La dignidad requiere que todas las personas sean integralmente respetadas, y los tratos desiguales constituyen fuertes indicios de faltas de respeto a la humanidad esencial de cada una, de una posible humillación. En mayor medida aun que un trato desigual,⁴⁹ las agresiones constitutivas de odium dicta que no sólo transmiten desigualdad sino que además explicitan el desprecio por la persona discriminada a la que pretenden desigualar de modo permanente, le niegan su calidad de persona esencial.

La dignidad es el predicado esencial de la persona:⁵⁰ sin ella no se comprende el sujeto, el ser humano, que queda vacío de contenido, convirtiéndose así en un mero objeto que, gramaticalmente, no requiere ni un predicado ni una cualidad para ser adecuadamente comprendido. Cada odium dictum es un atentado a la dignidad y, en definitiva, una negación de la condición de persona y un rechazo del principio esencial del Estado de derecho que es la igualdad de todos y todas.

(...)

El origen sociológico de la verdadera discriminación es el prejuicio,⁵¹ es considerar a priori que una persona, por su mera pertenencia a un grupo social alfa o beta u omega, no es confiable, no es capaz, no es leal sino a su propio grupo o, peor aún, es de naturaleza

inferior y, por ende, que no debe disfrutar del mismo espacio de libertad y de poder que aquellos que son confiables, leales y capaces, o sea los que pertenecen a los grupos X, Y o Z.

(...)

Los fenómenos de la discriminación y de odium dicta son de una gravedad excepcional. En una democracia constitucional, donde todas las personas gozan, en el papel, de los mismos derechos y libertades, alfa, beta y omega son tratados en teoría como libres e iguales, pero son en realidad menos iguales y menos libres que los otros, simplemente porque las personas pertenecientes a X, Y y Z utilizan la libertad que les otorga la Constitución para interactuar con los integrantes de esos grupos discriminados con desconfianza, ignorancia o desprecio o para insultarlos y agredirlos al opinar sobre ellos bajo la forma de emitir odium dicta, de modo tal que, en esa realidad controlada por X, Y y Z, alfa, beta y omega sean menos libres, más pobres⁵² y tengan menos oportunidades que quienes tuvieron la suerte de nacer dentro de una de las familias pertenecientes a los grupos X, Y y Z, que en la práctica ejercen el poder. (...)

Lo que entienden bien alfa, beta y omega al fin de cuentas, sin por ello delirar con persecuciones imaginarias, es que para los integrantes de X, Y y Z ellos tienen, de un modo u otro, menos dignidad,⁵³ y en particular respecto a los odium dicta, que la violencia moral que contienen procura su denigración social y denota la posibilidad de que, un día, la violencia física contra ellos sea posible, como ha sido posible en las generaciones precedentes de víctimas y victimarios bajo el mismo motivo, es decir, a causa de la pertenencia a ciertos grupos históricamente despreciados⁵⁴.

Por último, el criterio de «intencionalidad» o «malignidad» es explicado por el autor en el entendido que lo predominante en los discursos de odio es la intención de ultrajar y deshumanizar, pero además, persuadir a otros de maltratar y excluir a grupos

históricamente discriminados, al punto de destruir su dignidad, intencionalidad que se mide no tanto en el resultado concreto -en cuanto deviene impredecible y depende de circunstancias ajenas a quien discursa- sino en el riesgo de sus palabras.

Y añade:⁵⁵

El creador de riesgo de odium que es consciente del mismo, actúa con intencionalidad al emitir su dictum. Si hay a) intencionalidad directa o b) si el riesgo es real hay conciencia del mismo en su emisor (incluso conciencia evidente), hay intencionalidad con consecuencias penales. Si, por el contrario, el riesgo de odium es una mera hipótesis especulativa, nos encontramos con una situación que es meramente susceptible de ocurrir y que requiere tratamiento administrativo más que sanciones de privación de libertad.

Asimismo, nosotros procuramos diferenciar la intencionalidad de la malignidad, entendiendo a la primera como una intención deliberada de humillar o excluir a integrantes o a personas identificadas como integrantes de tales grupos, mientras que la malignidad es una invitación explícita o implícita a terceros para humillar o excluir a grupos discriminados o a personas identificadas como integrantes de tales grupos.

A fin de dar cierre al presente capítulo, organizaciones especializadas⁵⁶ en el estudio de los discursos de odio y su vinculación con la garantía a la libertad de expresión, han explicado⁵⁷ que para la prohibición de los primeros, es necesario reconocer:

La conducta del orador. El orador debe dirigirse a una audiencia y su expresión ha de incluir los siguientes elementos:

- » Defensa del odio hacia un grupo protegido basado en las características que se protegen.
- » Constituir incitación a la discriminación, hostilidad o violencia.

La intención del orador. El orador debe tener la intención específica de:

- » Vincularse con la defensa del odio discriminatorio o bien
- » Intención o conocimiento de la probabilidad de que la audiencia se vea incitada a la discriminación, hostilidad o violencia.

Un peligro probable e inminente de que la audiencia se vea realmente incitada a un acto proscrito, como consecuencia de la defensa del odio.

[...]

Ahora bien, la incitación implica una relación triangular entre tres actores principales: el “orador del odio”, que defiende el odio discriminatorio ante una audiencia determinada; el público, que puede participar en actos de discriminación, hostilidad o violencia, y el grupo destinatario, contra quien podrían perpetrarse tales actos.

Y a continuación, señalan⁵⁸ criterios para determinar la incitación y gravedad del discurso, que implique la valoración de:

1. Contexto de la expresión. Éste puede tener relación directa con la intención del emisor y/o con la posibilidad de que realmente ocurra la conducta prohibida (discriminación, hostilidad o violencia). Todo análisis del contexto debe colocar los temas clave y los elementos del discurso en el ámbito social y político predominante en el momento en que el discurso haya sido emitido y difundido.
2. Emisor/proponente de la expresión. La posición del emisor y su autoridad o influencia sobre la audiencia es crucial. Deben tenerse consideraciones especiales cuando el hablante sea un político o un miembro prominente de un partido político, funcionarios públicos o personas de estatus similar (por ejemplo, maestros o líderes religiosos),⁵⁹ debido a la

mayor atención e influencia que ejercen sobre los demás.

3. Intención del emisor/proponente de la expresión de incitación a la discriminación, la hostilidad o la violencia. El discurso, al ser considerado en su totalidad, aparece desde un punto de vista objetivo cuyo propósito es la propagación de ideas y opiniones racistas, discriminatorias u hostiles (Cerd, 1994: párr. 31). Por ello, deben tomarse en cuenta el lenguaje utilizado por el emisor,⁶⁰ los objetivos planteados,⁶¹ así como la escala y repetición de la comunicación.

4. Contenido de la expresión. En este punto hay que determinar si lo que se dijo es relevante, incluyendo la forma y el estilo de la expresión; si ésta llama -directa o indirectamente- a la discriminación, la hostilidad o la violencia; la naturaleza de los argumentos desplegados y el equilibrio entre éstos. La posibilidad de que la audiencia comprenda el contenido de la expresión es particularmente importante, en especial cuando la incitación puede ser indirecta. Las normas internacionales han reconocido que ciertas formas de expresión ofrecen “poco margen para restricciones” (tedh, 2006: párr. 68), en particular la expresión artística,⁶² el discurso de interés público,⁶³ el discurso académico y la investigación,⁶⁴ las declaraciones de hechos y los juicios de valor.⁶⁵

5. Alcance y magnitud de la expresión (incluyendo su naturaleza pública, su audiencia y los medios de difusión). El análisis debe examinar la naturaleza pública de la expresión,⁶⁶ los medios de expresión y la intensidad o magnitud de la expresión en términos de su frecuencia o volumen.

6. Probabilidad de que la acción incitada ocurra, incluyendo su inminencia. Debe haber una probabilidad razonable de que la discriminación, la hostilidad o la violencia ocurran como consecuencia directa de la expresión, pero el resultado prohibido como tal no tiene que ocurrir realmente. La ocurrencia real de un daño puede considerarse una circunstancia agravante en las causas penales.⁶⁷

4.1.2 De las tensiones existentes entre el ejercicio del derecho a la libertad de expresión y los discursos que incitan al odio, a la discriminación, a la hostilidad o a la violencia. Una mirada a partir de la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos

Aunque en glosas precedentes, la jurisprudencia de la Corte Constitucional y la doctrina permiten identificar algunos asuntos relacionados con la forma en que el derecho comparado se ha ocupado de aquellos discursos que, directa o indirectamente, incitan a la violencia y a la intolerancia, a continuación, pese a que no son decisiones vinculantes para Colombia, dada su representatividad, la Sala traerá a colación emblemáticas decisiones del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (en adelante TEDH), que, a partir del análisis de los artículos 10.268 y 1769 del Convenio Europeo de Derechos Humanos (en adelante CEDH), ilustran las tensiones entre el derecho a la libertad de expresión con los derechos humanos a la dignidad e igualdad.

A la luz de la primera disposición, el TEDH ha concluido que la injerencia en la libertad de expresión no está justificada en los siguientes casos:

-Jersild contra Dinamarca (demanda Nº 5890/89, sentencia de septiembre 23 de 1994): Jens Olaf Jersild, periodista de Radio Danmarks, a raíz de un artículo sobre las actitudes racistas de un grupo de jóvenes denominado como «The Greenjackets» en Copenhague, decidió realizar una entrevista televisiva a tres de sus integrantes, ocasión en la que aquellos lanzaron comentarios despectivos sobre los inmigrantes y grupos étnicos en Dinamarca.

Tanto los jóvenes entrevistados como el informador, fueron sancionados por el delito de incitación al odio y a la violencia. Para las autoridades locales, aunque este último no era el autor de las declaraciones, merecía ser condenado por complicidad, pues conocía el riesgo de que se produjeran las manifestaciones racistas, e incluso habría animado la expresión del discurso xenófobo sin ninguna réplica durante la emisión del programa.

Jersild acudió ante el TEDH alegando la vulneración del artículo 10º del CEDH, dándosele la razón al considerar que el documental no se había propuesto propagar ideas segregacionistas, sino informar al público sobre un tema de relevancia social, distinguiendo entre los comentarios, efectivamente racistas, de los miembros de los Greenjackets, y la intención del demandante de exponer, analizar y explicar la realidad de ese colectivo.

- Gündüz contra Turquía (demanda n.º 35071/97, sentencia de 4 de diciembre de 2003): Müslüm Gündüz era miembro de la secta islamista Tarikat Aczmendi y durante un debate televisivo en junio de 1995, describió a las instituciones seculares contemporáneas como «impías», cuestionó a los sistemas laicos y democráticos de ir en contravía de las leyes del islam, afirmó que la democracia es despótica, despiadada e hipócrita, por lo que proponía su destrucción y abogó por el establecimiento de un régimen basado en la sharia (ley religiosa islámica reguladora de todos los aspectos públicos y privados de la vida, y cuyo seguimiento se considera que conduce a la salvación).

Por los tribunales de su país, Gündüz fue condenado por incitar a la población al odio y a la hostilidad por razones religiosas. Demandó ante el TEDH la violación de su derecho a la libertad de expresión, y éste señaló que, si bien las expresiones del líder islámico fueron polémicas, se trataba de opiniones realizadas en un debate público, televisado y de interés general, al que había sido invitado en defensa de su posición sobre la incompatibilidad de los valores democráticos con el islam y en el que además existió derecho de réplica. En consecuencia, en tanto de esas manifestaciones no se deducía un llamado a la violencia, y sí una defensa de la sharia, las mismas quedaban amparadas por el artículo 10º del CEDH.

-Dink contra Turquía (demandas 2668/07, 6102/08, 30079/08, 7072/09 y 7124/09, sentencia de 14 de septiembre de 2010): Hrant Dink fue director del semanario Agos y colaborador del diario Zaman en Estambul. Tras la publicación de varios artículos en los que se refirió a la identidad de los ciudadanos turcos de origen armenio, en 2005 se le encontró culpable por «agravio a la identidad turca». El 19 de enero de 2007 fue asesinado

frente a las oficinas de Agos.

Sus familiares, además de reprochar el no habersele protegido de la campaña de odio que posteriormente se orquestó en su contra por parte de ultranacionalistas, demandaron el referido veredicto de responsabilidad.

El TEDH explicó que no era dable la declaratoria de culpabilidad de Dink, pues los artículos por los que había sido condenado no incitaban a otros a la violencia o a la rebelión, sino que se trató de la transmisión de su opinión sobre una cuestión de interés público en una sociedad democrática.

-Faruk Temel contra Turquía (demanda n.º 16853/05, sentencia de 1º de febrero de 2011): el demandante, presidente de un partido político, tras un mitin leyó una declaración a la prensa en la que criticó la intervención de Estados Unidos en Irak, el confinamiento de un líder terrorista y la desaparición de personas bajo custodia de la policía. Temel fue condenado por el apoyo público del uso de la violencia y métodos terroristas.

El TEDH declaró la violación del artículo 10º. Para ello consideró que el personaje, como actor político, había defendido la posición ideológica de un partido de oposición sobre un tema de actualidad y de interés general, y que de sus palabras no se deducía incitación a la violencia, a la insurrección, o a la resistencia armada.

-Otegi Mondragón contra España (demanda Nº 2034/07, sentencia de marzo 15 de 2011): Arnaldo Otegi Mondragón era el portavoz del grupo parlamentario Batasuna, de ideología nacionalista vasca, separatista, de izquierda, y en una rueda de prensa se pronunció con relación al cierre del periódico vasco Egunkaria (por presuntos vínculos con ETA), y a los malos tratos que, según su dicho, recibieron las personas detenidas por la policía.

En su declaración, se refirió al Rey de España como «el jefe supremo de las fuerzas armadas españolas, es decir, el comandante de los torturadores, que defiende la tortura e

impone su régimen monárquico a nuestro pueblo a través de la tortura y la violencia». Por dichas expresiones fue condenado en el año 2005 a la pena de prisión por el delito de insulto grave contra el Rey.

Otegi Mondragón alegó violación de su derecho a la libertad de expresión y el TEDH explicó que, si bien algunos de los comentarios fueron hostiles con respecto a la institución de la Corona Española, no hubo incitación a la violencia y no se había llegado al grado de discurso del odio.

Por otra parte, en múltiples casos el TEDH ha llegado a la convicción de que no se está en presencia del ejercicio del derecho a la libertad de expresión, sino en linderos de discursos de odio, escenario frente al cual las demandas han sido calificadas de diferentes formas: bien dictando una decisión de inadmisión, al tamiz del artículo 17 del CEDH, ora desestimándolas en sentencia, al invocar el canon 10.2 ibídem. Ejemplos del primer planteamiento son:

-Glimmerveen y Hagenbeek contra Holanda (demandas Nº 8348/78 y 8406/78, decisión de inadmisión de 11 de octubre de 1979): la antigua Comisión Europea de Derechos Humanos se ocupó de la condena impuesta a los demandantes, quienes se encargaron de la distribución de folletos en los que solicitaban a los «holandeses de color» abandonar el país, situación considerada como incitadora de discriminación racial, y además, procuraba impedirles presentarse a las elecciones municipales. La demanda fue declarada inadmisibile, en tanto lo buscado era la utilización del CEDH para influenciar actividades contrarias a éste, vale decir, difundir ideas tendentes a la discriminación por razón de la raza.

- Garaudy contra Francia (demanda Nº 65831/01, decisión de inadmisión de 24 de junio 2003): Roger Garaudy, escritor, político y filósofo galo, por violación a la Ley Gayssot (ley francesa destinada a reprimir toda aspiración racista, antisemita o xenófoba) fue condenado en su país por incitación al odio racial y por difamar a la comunidad judía a raíz de la

publicación de un libro titulado «Los mitos fundadores del Israel moderno», en el que incluyó un capítulo sobre el «mito del Holocausto», y minimizó los crímenes cometidos contra los judíos frente a otros genocidios, y dudaba sobre la realidad del Holocausto.

El TEDH, al reconocer que cuestionar la existencia de hechos históricos, claramente establecidos, no puede considerarse fruto de una seria investigación «en búsqueda de la verdad», constató que el verdadero propósito revisionista del autor era la rehabilitación del régimen nacional-socialista y la negación del Holocausto con objetivos de difamación racial e incitación al odio, al acusar a las propias víctimas de falsificar la historia, lo que le impidió gozar de la protección del artículo 10º del CEDH, en aplicación del canon 17 ibídem.

–Norwood contra el Reino Unido (demanda Nº 23131/03, decisión de inadmisión de julio 16 de 2003): El demandante era organizador regional del Partido Nacional Británico (BNP), partido político de extrema derecha), y entre 2001 y 2002 exhibió en la ventana de su residencia un gran cartel con una fotografía de las Torres Gemelas en llamas, con las palabras «Islam fuera de Gran Bretaña, protejamos al pueblo británico» y un símbolo de la media luna y la estrella, dentro de una señal de prohibición, acto por el que fue condenado por las autoridades locales.

El TEDH avaló dicha determinación al explicar que la exhibición del poster era una expresión excesivamente hostil hacia un determinado grupo religioso (el islam), al que además señalaba en su totalidad como terrorista. A su vez, afirmó que tal ataque era incompatible con los valores proclamados y garantizados por el CEDH, en consecuencia, constituía un acto incluido en el artículo 17 y no podía gozar de la protección del 10º precepto.

–Pavel Ivanov contra Rusia (demanda Nº 35222/04, decisión de inadmisión de 20 de febrero de 2007): Pavel Petrovich Ivanov era el dueño y editor del periódico Russkoye Veche y por un artículo de prensa escrita en el que señaló a los judíos como fuente de mal

para Rusia, acusó al grupo étnico de planear conspiraciones contra el pueblo ruso, y atribuyó una ideología fascista a sus líderes. Fue declarado culpable de incitación pública al odio étnico, religioso y racial. En la publicación, además, se negaba a los judíos el derecho a ser considerados una nación y pedía excluirlos de la vida en sociedad.

El TEDH declaró inadmisibile la demanda al considerar que Ivanov violó el artículo 17 del CEDH, el cual invalida el derecho a beneficiarse de la protección que ofrece el canon 10º eiusdem. Afirmó el tenor marcadamente antisemita en los puntos de vista expresados por el demandante y confirmó la evaluación realizada por los tribunales nacionales rusos, en el sentido que a través de sus publicaciones había tratado de incitar al odio contra el pueblo judío; ataque generalizado y vehemente hacia un grupo étnico que está en contra de los valores subyacentes del Convenio, en particular la tolerancia, la paz social y la no discriminación.

-Le Pen contra Francia (demanda Nº 18788/09, decisión de inadmisión de 20 de abril de 2010): Jean-Marie Le Pen, nacional francés, presidente del partido político de extrema derecha Frente Nacional de aquel país, en una entrevista publicada en el periódico Le Monde el 19 de abril de 2003 expresó: «El día que tengamos en Francia, no 5 millones, sino 25 millones de musulmanes, son ellos los que mandarán. Y los franceses arrasarán los muros, descenderán de las aceras y bajarán los ojos. Cuando no lo hagan, les dirán: “¿Qué tienes para mirarme así? ¿Estás buscando pelea? Y solo tienes que huir[...]».

Por estos hechos, el 2 de abril de 2004, el Tribunal Penal de París condenó a Le Pen a una multa de 10.000 euros por provocación a la discriminación, al odio y a la violencia contra un grupo de personas por su origen étnico, nacional, racial o religioso.

Al acudir ante el TEDH, éste declaró la inadmisibilidad de la demanda. Para ello, insistió en la importancia de la lucha contra la discriminación racial y reiteró el interés general en discutir problemas relacionados con la inmigración. Recordó la importancia de la libertad de

expresión en el «contexto del debate político» en una sociedad democrática, y que la misma se aplica no solo a la información o a las ideas que se reciben favorablemente, sino también a las que ofenden, conmocionan o perturban.

Sin embargo, cuando la persona en cuestión es un personaje político, como el caso de la especie, que representa a sus votantes, aborda sus preocupaciones y defiende sus intereses, el Tribunal ejerció una supervisión más estricta en cuanto a la interferencia de la libertad de expresión.

Así, se concluyó que los comentarios de Le Pen presentaron a la «comunidad musulmana» como un todo, bajo una luz perturbadora e inquietante, con la potencialidad de generar sentimientos de rechazo y hostilidad en su contra, pues su rápido crecimiento se presentaba como una amenaza latente para la dignidad y la seguridad del pueblo francés.

–M'Bala contra Francia (demanda Nº 25239/13, decisión de inadmisión de 20 de octubre de 2015): Dieudonné M'Bala es un nacional francés, humorista y ejerce su profesión bajo el nombre artístico de «Dieudonné». El día 26 de diciembre de 2008, representó en la sala «Zénith» de París un espectáculo cómico-teatral en el que al finalizar, invitó al escenario a Robert Faurisson⁷⁰ para recibir los aplausos del público. El demandante, a través de un actor vestido con un pijama de rayas sobre el que estaba cosida una estrella de David –con la mención «judío»–, le entregó a Faurisson el «premio a la intratabilidad y a la insolencia», galardón consistente en un candelabro de tres brazos, sosteniendo una manzana en cada uno de ellos.

Por estos hechos, en marzo de 2011 fue declarado culpable y condenado a una multa de 10.000 euros. El TEDH consideró que la puesta en escena ultrajantemente grotesca, no podía ser considerada como obra satírica, sino un acto político disfrazado de producción artística, que bajo el pretexto de la comedia, incitaba al antisemitismo y el odio contra el pueblo judío, y dejaba en entredicho el holocausto.

-Belkacem contra Bélgica (demanda Nº 34367/14, decisión de inadmisión de junio 27 de 2017): Fouad Belkacem, marroquí nacionalizado belga, portavoz de la disuelta organización «Sharia4Belgium», en 2015 fue condenado por incitación a la discriminación, al odio y a la violencia, a causa de unos videos difundidos a través de la internet (YouTube) relacionados con grupos no musulmanes y la sharia.

El TEDH indicó que en ellos el demandante animaba a que no musulmanes fueran combatidos y sometidos e instigaba a la violencia para establecer la sharia, por ende, los consideró un ataque vehemente, incompatible con la tolerancia, la paz social y la no discriminación, valores fundantes del CEDH.

Por último, mediante sentencia desestimatoria (de fondo) el TEDH ha examinado la existencia, o no, de violación a la libertad de expresión y si la injerencia sobre la misma observa los requisitos del artículo 10.2 del CEDH.

Para ello, ha hecho uso del denominado “Test de Estrasburgo” en el que, en cada caso concreto, verifica la acreditación de tres elementos, a saber: (i) previsión legal de la injerencia: exige que la medida adoptada tenga base legal en el derecho interno; (ii) fin legítimo de la injerencia: alguno de los señalados en el mencionado precepto, es decir, la seguridad nacional, la integridad territorial o la seguridad pública, la defensa del orden y la prevención del delito, la protección de la salud o de la moral, la protección de la reputación o de los derechos ajenos, impedir la divulgación de informaciones confidenciales o garantizar la autoridad y la imparcialidad del poder judicial y (iii) que la injerencia sea necesaria en una sociedad democrática para su consecución, ítem que provoca los mayores problemas hermenéuticos: el TEDH entiende que si bien la libertad de expresión posee una importancia superlativa, los discursos de odio son motivo suficiente para limitarla sin necesidad de exigir una incitación directa a la violencia o a la comisión de delitos y, en su lugar, valorar el posible daño psicológico como consecuencia del riesgo potencial de vulneración de la dignidad de la persona. Así, advierte legítima la sanción de cualquier

manifestación que anime, propague, promueva, instigue o justifique el odio fundado en la intolerancia.

Ejemplos de esta orientación son:

-Soulas y otros contra Francia (demanda Nº 15948/03, sentencia de 10 julio de 2008): En febrero de 2000, G. Soulas, la Société européenne de diffusion et d'édition (SEDE, según sus siglas en francés) y G. Faye, publicaron un libro titulado «La colonización de Europa: Observaciones verídicas sobre la inmigración y el Islam», obra en la que se aseguraba, entre otras cosas, que el propósito del islam en Europa era la toma progresiva del poder político y la instauración de una república islámica, así mismo, que «solamente si estallaba una guerra civil [de reconquista] étnica [podía] hallarse la solución», declaraciones por las que fueron condenados por incitar al odio y la violencia contra las comunidades musulmanas procedentes del noroeste (magrebíes) y centro de África, calificadas como principal enemigo.

El TEDH consideró que los demandantes se extralimitaron al sugerir una hipótesis en la que acusaron a la comunidad inmigrante de querer conquistar Europa a través de la delincuencia, por ende, los términos y el tono empleados reflejaban un punto de vista racista, cuyas expresiones ofensivas pretendían mover un sentimiento xenófobo, de rechazo y de antagonismo, entre el público.

-Leroy contra Francia (demanda n.º 36109/03, sentencia de 2 de octubre de 2008): En «Ekaitza», un semanario vasco-francés, Denis Leroy publicó el 13 de septiembre de 2001 una caricatura que representaba el ataque a las Torres Gemelas del World Trade Center en Manhattan, acompañada de la leyenda «Todos lo soñábamos... Hamas lo ha conseguido», simulando el eslogan de una reconocida marca comercial.

Las autoridades locales lo condenaron, pues

[a]l aludir directamente a los ataques masivos de Manhattan, al atribuirlos a una bien conocida organización terrorista y al idealizar este acto letal con el uso del verbo “soñar”, alabando inequívocamente un acto de muerte, el caricaturista justifica el terrorismo, se identifica a sí mismo con tal método de destrucción a través de la utilización de la primera persona del plural, que es presentado como la culminación de un sueño y anima al lector, de una manera indirecta, a evaluar positivamente la exitosa comisión del acto criminal.

Leroy acudió ante el TEDH alegando una violación de su libertad de expresión (art. 10º del CEDH). Al analizar el fondo del asunto, el TEDH explicó que los trágicos sucesos del 11 de septiembre de esa anualidad (origen de la controvertida caricatura), provocaron un caos global y se convirtieron en asunto de indudable interés público. Por ello, el dibujo no se limitaba a la crítica del imperialismo norteamericano, sino que apoyaba y glorificaba su destrucción por medio de la violencia y la mencionada leyenda daba respaldo moral a los presuntos autores de los atentados, despreciando la dignidad de las víctimas y justificando la violencia en su contra.

En esencia, la injerencia sobre la libertad de expresión era necesaria, al considerar la fecha de publicación y que no se adoptara ninguna precaución en la utilización del lenguaje. Aunque el TEDH reconoce que el semanario era de limitada circulación, tuvo en cuenta el impacto del mensaje en una región políticamente sensible: el País Vasco, capaz de generar violencia y de afectar el orden público.

-Balsytė-Lideikienė contra Lituania (demanda Nº 72596/01, sentencia de noviembre 4 de 2008): la demandante, ciudadana lituana propietaria de una editorial, en marzo de 2001 resultó condenada por publicar y distribuir el «Calendario Lituano de 2000», en el que se reseñaron diferentes fechas históricas y se hallaban frases como: «Lituania la tierra de los lituanos, donde cada huella lleva vestigios de la sangre de nuestra nación», calendario que sería repartido entre los emigrantes lituanos residentes en el extranjero, expresiones consideradas como promotoras de odio étnico contra la población polaca, rusa y judía que

vive en Lituania. Se ordenó retirar la publicación y prohibir su distribución.

El TEDH consideró que la injerencia quiso proteger la reputación y los derechos de los grupos étnicos referidos en el calendario y valoró el efecto que el calendario había tenido en su contexto, al advertir que tras la independencia de Lituania, la cuestión territorial y de las minorías étnicas eran temas sensibles. Tuvo en cuenta el lenguaje nacionalista y etnocentrista utilizado (calificado como agresivo), concluyendo que los pasajes contenían declaraciones que incitaban al odio contra polacos y judíos.

-Féret contra Bélgica (demanda Nº 15615/07, sentencia de 16 de julio de 2009): Daniel Féret era presidente del partido político de extrema derecha Front National-Nationaal Front (Frente Nacional) en Bélgica y diputado en la Cámara de Representantes de su país. Entre julio de 1999 y octubre de 2001, la campaña electoral del aludido movimiento distribuyó varios afiches, panfletos o folletos que contenían frases como «oponerse a la islamización de Bélgica», «detengamos la farsa política de integración», «reservar a los belgas y europeos la prioridad de la ayuda social», «dejar de sustentar las asociaciones socio-culturales de ayuda a la integración de los inmigrantes», «reservar el derecho de asilo [...] a las personas de origen europeo realmente perseguidas por razones políticas» y «envíen a los inmigrantes no europeos a casa»⁷¹.

Ello dio lugar a coincidentes quejas conforme a la Ley belga de julio 30 de 1981 -que reprime actos inspirados por el racismo o la xenofobia-, por incitar al odio, la discriminación y la violencia respecto a un grupo de personas, por razones de raza, color, ascendencia, origen y nacionalidad.

En sentencia de 18 de abril de 2006, el Tribunal de Apelación de Bruselas condenó a Féret a una pena de 250 horas de trabajo en el sector de la integración de personas de nacionalidad extranjera, además de prisión subsidiaria de diez meses, la prohibición de ser elegido durante diez años e indemnización a favor de cada parte civil reconocida. En

octubre del mismo año, el Tribunal de Casación desestimó el recurso impetrado, razón por la que acudió al TEDH aduciendo la vulneración de su derecho a la libertad de expresión.

En una emblemática decisión, el TEDH advirtió que

[l]a incitación al odio no requiere necesariamente el llamamiento a tal o cual acto de violencia ni a otro acto delictivo. Los ataques que se cometen contra las personas al injuriar, ridiculizar o difamar a ciertas partes de la población y sus grupos específicos o la incitación a la discriminación, como en el caso de autos, son suficientes para que las autoridades privilegien la lucha contra el discurso racista frente a una libertad de expresión irresponsable y que atenta contra la dignidad, incluso la seguridad, de tales partes o grupos de la población. Los discursos políticos que incitan al odio basado en prejuicios religiosos, étnicos o culturales representan un peligro para la paz social y la estabilidad política en los Estados democráticos.

Explicó que el contexto electoral en el que se difundió el mensaje había aumentado su resonancia, incitando claramente a la discriminación y al odio racial pues sus palabras inevitablemente suscitaban «entre el público y, concretamente, entre el público menos informado, unos sentimientos de desprecio, incluso de rechazo y, en algunos casos, de odio respecto a los extranjeros».

Aunque no niega

[q]ue los partidos políticos tienen derecho a defender públicamente sus opiniones, incluso si algunas de ellas ofenden, chocan o inquietan a una parte de la población. Pueden pues recomendar soluciones para los problemas relativos a la inmigración. Sin embargo, deben evitar hacerlo promoviendo la discriminación racial y recurriendo a expresiones o actitudes vejatorias o humillantes, ya que tal comportamiento puede suscitar en el público reacciones incompatibles con un clima social sereno y podría minar la confianza en las instituciones democráticas.

Para el TEDH, la condición de parlamentario del demandante no atenuaba su responsabilidad, por el contrario, le deparaba un especial «deber de cautela»; por ello, advirtió

[q]ue es de crucial importancia que los políticos, en sus discursos públicos, eviten difundir palabras susceptibles de fomentar la intolerancia (Sentencia Erbakan contra Turquía [PROV 2006, 204512], núm. 59405/2000, 6 julio 2006, ap. 64). Estima que los políticos deberían ser particularmente escrupulosos, en términos de defensa de la democracia y de sus principios, puesto que su objetivo último es la propia toma del poder.

Y añadió que si bien

[e]n un contexto electoral, los partidos políticos han de gozar de una amplia libertad de expresión al objeto de tratar de convencer a sus electores, en el caso de un discurso racista o xenófobo, tal contexto contribuye a avivar el odio y la intolerancia ya que, por la fuerza de las cosas, la posición de los candidatos a las elecciones tiende a fortalecerse y los eslóganes o fórmulas estereotipadas tienden a imponerse sobre los argumentos razonables. El impacto de un discurso racista y xenófobo es entonces mayor y más dañino.

* Vejdeland y otros contra Suecia (demanda Nº 1813/07, sentencia de 9 de febrero de 2012): la decisión contiene como sustrato fáctico que cuatro jóvenes, miembros de una organización llamada National Youth, ingresaron a un centro de educación secundaria sueca y distribuyeron entre los estudiantes folletos que contenían afirmaciones tales como que la homosexualidad era una «tendencia sexual desviada» con «efectos morales destructivos de la esencia misma de la sociedad», que «el VIH y el SIDA habían aparecido primeramente en los homosexuales y que su estilo de vida promiscuo era una de las mayores razones de que esta plaga moderna continuara existiendo», y que «los lobbies homosexuales

estaban intentando quitar importancia a la pedofilia», hechos por los cuales fueron condenados por la jurisdicción de su país.

Los demandantes adujeron la vulneración del artículo 10º del CEDH. El TEDH invocó su sentencia de Féret contra Bélgica para reiterar que la incitación al odio no exige necesariamente la invitación directa a realizar actos de violencia o criminales, sino que los ataques mediante eventos de humillación, ridiculización o difamación de grupos específicos de población, resultan suficientes para que las autoridades privilegien la lucha contra discursos racistas frente a la libertad de expresión, ejercida de esa manera irresponsablemente. Por tanto, extendió su jurisprudencia al discurso homóforo.

Pues bien, contextualizada la problemática de los discursos de odio en el escenario de la protección de garantías fundamentales y derechos humanos, enseguida la Sala acometerá el análisis dogmático del delito de hostigamiento. Ese será la base conceptual -general y abstracta-, a la luz de la cual se verificará si de la conducta atribuida al acusado se puede predicar la responsabilidad penal de éste.

4.1.3 Del delito de hostigamiento

4.1.3.1 Antecedentes

En la sentencia CC T-1090-2005, la Corte Constitucional abordó el tema de la discriminación por origen racial como «criterio sospechoso» e inadmisibles por el orden constitucional y la comunidad internacional, a raíz de la restricción de varios establecimientos de comercio (discotecas) que, en razón a su condición económica y social y principalmente a su raza, negaron el ingreso de una persona de origen afrodescendiente.

Allí se explicó que, conforme a múltiples instrumentos internacionales (relacionados supra), la Asamblea General de las Naciones Unidas proclamó la Declaración sobre la eliminación de todas las formas de discriminación racial⁷², la cual profesa en su preámbulo la

necesidad de «eliminar rápidamente, en todas las partes del mundo, la discriminación racial en todas sus formas y manifestaciones, y de asegurar la comprensión y el respeto de la dignidad de la persona humana», y de «adoptar con tal objeto medidas de carácter nacional e internacional, incluidas medidas en las esferas de la enseñanza, la educación y la información, para asegurar el reconocimiento y la observancia universales y efectivos de los principios que se enuncian» en ella.

De esta forma, por la comunidad internacional se exteriorizó el interés⁷³ en definir los diferentes comportamientos, escenarios o estrategias que constituyen segregación, lo cual conllevó a que se expidiera la Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial⁷⁴, instrumento que recalca los elementos de la Resolución Nº 1904, e impuso a los Estados partes, entre otras, la siguiente obligación:

Artículo 4. Los Estados partes condenan toda la propaganda y todas las organizaciones que se inspiren en ideas o teorías basadas en la superioridad de una raza o de un grupo de personas de un determinado color u origen étnico, o que pretendan justificar o promover el odio racial y la discriminación racial, cualquiera que sea su forma, y se comprometen a tomar medidas inmediatas y positivas destinadas a eliminar toda incitación a tal discriminación o actos de tal discriminación, y, con ese fin, teniendo debidamente en cuenta los principios incorporados en la Declaración Universal de Derechos Humanos, así como los derechos expresamente enunciados en el artículo 5 de la presente Convención, tomarán, entre otras, las siguientes medidas:

a) 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 [...]

Advertida por la Corte Constitucional en la sentencia en cita (CC T-1090-2005), la omisión legislativa para sancionar las prácticas o conductas de segregación racial conforme a la Convención, en su parte resolutive exhortó al Congreso de la República para que «a la mayor brevedad posible», tramitara un proyecto de ley orientado a tales menesteres.

Ello dio lugar a que el 20 de julio de 2010 fuera presentado el Proyecto de Ley 08 Senado (165 de 2010 Cámara), que tuvo por objeto, según su art. 1º, «garantizar la protección de los derechos fundamentales de la población negra, afrocolombiana, raizal y palenquera» [subrayado fuera de texto], vulnerados por la sociedad a través de manifestaciones de racismo y discriminación racial.

Sin embargo, desde la ponencia para primer debate⁷⁵ se suscitó la discusión de circunscribir una reforma al Código Penal, a fin de sancionar prácticas discriminatorias sólo en favor de ese específico sector de la población:

Los autores plantean como objeto del proyecto garantizar la protección de los derechos fundamentales de esta población cuando sean vulnerados mediante acciones socialmente reprochables como el racismo y la discriminación racial, definiendo dichas actuaciones como aquellas que se produzcan solo en contra de un individuo o grupo de personas pertenecientes a la población negra, afrocolombiana, raizal o palenquera por su origen, color de piel y/o rasgos fenotípicos; desde nuestra punto de vista, dicha definición se queda corta toda vez que cierra el espacio para otros sectores sociales y grupos poblacionales que se ven diariamente afectados igualmente mediante el desarrollo de dichas actuaciones; por ello consideramos de importancia profundizar en el desarrollo de dichos conceptos, con el ánimo de brindarle al proyecto un sentido más vinculante. [Negrilla original del texto]

Por ello:

Durante el proceso de aprobación parlamentaria (...) 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 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. (Corte Constitucional, sentencia CC C-671-2014).

Es así como, luego del trámite de rigor, nació a la vida jurídica la Ley 1482 de noviembre 30 de 2011⁷⁶, cuyo art. 1º, de una manera más amplia, señaló por objeto «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».

El art. 2º de la referida ley adicionó al Título I (Delitos contra la vida y la integridad

personal) del Libro Segundo (Parte Especial) del Código Penal, un Capítulo IX denominado «De los actos de discriminación» y dentro de él, incorporó el delito de «hostigamiento por motivos de raza, religión, ideología política, u origen nacional, étnico o cultural», descrito en el canon 134B77 en los siguientes términos:

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.

Así mismo, se crearon circunstancias de agravación y atenuación punitivas (arts. 134C78 y 134D79, respectivamente)⁸⁰.

La Ley 1752 del junio 3 de 2015,⁸¹ ante la omisión legislativa relativa por ausencia de inclusión entre los colectivos objeto de protección a las personas en situación de discapacidad, «minoría discreta u oculta» tradicionalmente discriminada (CC C-076-2006), modificó la Ley 1482 de 2011 a partir de su art. 1º, vale decir, desde su objeto. Así, se expresó que se procuraba «sancionar penalmente actos de discriminación por razones de raza, etnia, religión, nacionalidad, ideología política o filosófica, sexo u orientación sexual, discapacidad y demás razones de discriminación».

Por ende, también la arquitectura del aludido art. 134B sufrió alteración, para en adelante simplemente denominarse «hostigamiento»:

Ley 1752 de 2015, art. 3º. Modifíquese el artículo 4º de la Ley 1482 de 2011, el cual quedará así:

Artículo 4°. El Código Penal tendrá un artículo 134B del siguiente tenor:

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

Parágrafo. Entiéndase por discapacidad aquellas limitaciones o deficiencias que debe realizar cotidianamente una persona, debido a una condición de salud física, mental o sensorial, que al interactuar con diversas barreras puedan impedir su participación plena y efectiva en la sociedad, en igualdad de condiciones con las demás.

Por último, la Corte Constitucional, en ejercicio de control abstracto, mediante sentencia CC C-091-2017 se ocupó de examinar la constitucionalidad del tipo penal. Dicha decisión declaró exequible el art. 4º de la Ley 1482 de 2011, modificado por el 3º de la Ley 1752 de 2015, «salvo la expresión “constitutivos de hostigamiento,” que se declar[ó] inexecutable».

En esa oportunidad, dicha corporación advirtió vaguedad en la ilicitud sub examine, toda vez que el legislador incorporó la expresión que pretendía definir, esto es, indicó que, en términos generales, los «actos» referidos en la norma debían ser «constitutivos de hostigamiento», precisamente su nomen iuris; en otras palabras, imprimió circularidad a la definición. Así se explicó:

Las definiciones circulares son, en general, problemáticas desde el punto de vista lingüístico pues, siendo siempre ciertas en virtud del principio lógico de identidad (hostigamiento es hostigamiento es una expresión necesariamente cierta), no aportan sin embargo información alguna, susceptible de precisar al destinatario el sentido o referencia de la

expresión que se pretende definir.

[...]

Pero, lo que hace que en esta ocasión el uso de una definición circular torne en indeterminado el tipo radica en que tal definición recae sobre una expresión de alta indeterminación, como hostigamiento. Algo así como intentar definir el terrorismo como actos constitutivos de terrorismo.

En este punto, un problema de técnica legislativa deja de ser un asunto meramente lingüístico o terminológico, ya que el defecto se presenta en una norma penal (y en la llamada parte mala de esta); donde entran en juego la libertad, el debido proceso y la autonomía personal. Por ello, no bastaría para solucionar el problema ya identificado con afirmar que el Legislador incurrió en una imprecisión o una falta de técnica en la redacción de la norma cuestionada. Esto sería admisible en ámbitos distintos al derecho penal; pero, en su ámbito regulatorio, la precisión es un asunto de plena relevancia constitucional. Así lo exige el deber de claridad para los ciudadanos; y lo desaconsejable que resulta enfrentar a los jueces a un serio desafío hermenéutico, cuando su decisión se proyecta sobre diversos derechos constitucionales.

96. Lo expuesto aconsejaría entonces la declaratoria de inexecutable del tipo penal.

Con todo, antes de tomar la decisión que más intensamente afecta la decisión legislativa, y dado que se ha detectado el problema central de la norma, debe evaluarse si no basta con la eliminación del término que genera esa vaguedad. Según los accionantes ello no es posible, pues se trata del núcleo del tipo que se analiza.

97. La Corte no comparte esta apreciación, pues la expresión constitutivos de hostigamiento no solamente torna circular la definición, sino que es innecesaria, pues el conjunto de ingredientes del tipo, previamente mencionados, es suficiente para definir, con

precisión, qué es el hostigamiento, en tanto delito: este consiste en instigar o promover actos que tengan por objeto lesionar la integridad física o moral de una persona, y que sean motivados o tengan su origen en el conjunto de criterios sospechosos ya descritos.

En otros términos, eliminada la impresión causante de la confusión y consecuente indeterminación del tipo, este alcanza claridad y, por lo tanto, deja de ser una amenaza para el ejercicio de las libertades públicas y un obstáculo en la consecución del fin propuesto por el Legislador. Declarada la exequibilidad parcial mencionada, la norma respeta el principio de taxatividad e, incluso, deja de ser un tipo penal abierto.

4.1.3.2 Análisis dogmático

Con ocasión de la sentencia de constitucionalidad arriba comentada, la descripción típica del delito de hostigamiento, en la actualidad se lee así:

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

Parágrafo. Entiéndase por discapacidad aquellas limitaciones o deficiencias que debe realizar cotidianamente una persona, debido a una condición de salud física, mental o sensorial, que al interactuar con diversas barreras puedan impedir su participación plena y efectiva en la sociedad, en igualdad de condiciones con las demás.

La Corte Constitucional, en la sentencia CC C-671-2014, al analizar los preceptos 3º y 4º de la Ley 1482 de 2011, consagradorios de los punibles de actos de racismo o discriminación y

hostigamiento (arts. 134A y 134B del C.P.) elaboró el siguiente análisis dogmático:

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” [...]

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 punitiva⁸². 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 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 acápites 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 (...) de hostigamiento, [se perfecciona] cuando la inducción a los actos de persecución y acoso, se realiza en razón de estos factores [raza, nacionalidad, sexo u orientación sexual], 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.

[...]

* 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”. [...]

6.6. En cuarto lugar, en cuanto a los elementos constitutivos de la conducta típica, se deben hacer las siguientes precisiones⁸³:

[...]

* [El hostigamiento es] [...] 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 [s]e 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. [Subrayado fuera de texto]

Y, en la providencia CC C-091-2017, se precisó:

El tipo penal de hostigamiento se inscribe en la Ley Antidiscriminación, cuerpo normativo que persigue el fin imperioso de erradicar un fenómeno que atenta contra la igualdad, la dignidad humana, y se encuentra prohibido de forma definitiva o absoluta en las normas constitucionales y del derecho internacional de los derechos humanos.

74. La norma mencionada (art. [4º] de la Ley antidiscriminación) es un tipo de peligro abstracto, es decir, que no castiga la conducta que recae directamente sobre los sujetos pasivos, sino aquella que instiga a otros, o promueve que otros la cometan; el sujeto activo es indeterminado; los elementos que definen la conducta son, primero, los verbos rectores de promover o instigar, segundo, el contenido de los actos (constitutivos de hostigamiento), su propósito, lesionar en términos físicos o morales a personas o colectivos vulnerables y, por último, el móvil, definido a partir de las razones que motivan la realización de la conducta promovida y que coinciden, en general, con criterios sospechosos de discriminación.

En la sentencia C-671 de 2014 esta Sala afirmó que el sujeto pasivo no tiene que

pertenecer, necesariamente, a los grupos a los que se refieren los criterios sospechosos de discriminación. Estos criterios, indicó, operan con el propósito de identificar la motivación del agente (o sujeto activo), pero no como una definición de los sujetos pasivos.

Esta afirmación debe ser precisada, pues, primero, se opone al sentido literal de la norma que habla de instigar actos que lesionen a personas o grupos, en razón de su pertenencia a uno de los colectivos allí mencionados. En segundo lugar, porque desconoce uno de los elementos definitorios de los fenómenos discriminatorios, como es la asimetría de poder en las relaciones sociales. Y, tercero, porque por esa vía la norma podría utilizarse para que el sujeto discriminatorio utilice el derecho penal en contra de los grupos tradicionalmente discriminados cuando estos alzan la voz para solicitar o exigir la protección a sus derechos.

[...]

91. Las expresiones instigar o promover, al contrario de lo argumentado por los accionantes, no aumentan la indeterminación del tipo, ni adolecen en sí mismas, de un nivel inaceptable de vaguedad. Se trata de conceptos que, si bien tienen su zona de penumbra semántica, no comportan un significado oscuro en el ámbito jurídico, sino que, por el contrario, son ampliamente utilizados y entendidos convencionalmente por jueces y asociados. Incluso, son palabras que hacen parte del derecho penal general, pues se relacionan con las diversas formas de coparticipación, cuyo desarrollo jurisprudencial y doctrinal es notable. En términos muy simples, instigar implica mover a otros a realizar una conducta; mientras que promover significa impulsar el desarrollo de alguna actividad.

[...]

92. Ambos verbos rectores, instigar o promover, vienen acompañad[o]s, a manera de complemento, de otros conceptos o ingredientes normativos, que precisan aún más su alcance. Primero, se trata de causar que otros desplieguen “actos”, “conductas” o

“comportamientos”, expresiones que también están en la base de todo el orden normativo y, específicamente, del derecho penal, que sólo puede referirse a actos, conductas o comportamientos humanos (excepcionalmente, omisiones), para establecer su ámbito de aplicación o control.

[...]

93. Finalmente, los ingredientes normativos finales coadyuvan en la tarea de dar precisión al tipo. Primero, los actos castigados deben tener una finalidad específica, que radica en provocar un daño físico o moral; segundo, estos se proyectan sobre personas que pertenecen a grupos protegidos, según la precisión jurisprudencial efectuada al comienzo de esta exposición; y también requieren un móvil, que consiste en que la acción penalizada tenga precisamente como motivación la pertenencia al grupo, [...]. [Subrayado en esta oportunidad, negrilla original del texto]

En consonancia con la precedente jurisprudencia constitucional, que en conjunto alindera el punible de hostigamiento previsto en la norma de prohibición contenida en la descripción típica del art. 134 B del C.P., la Corte Suprema destacará cuáles son los elementos básicos de la estructura del mencionado tipo penal:

4.1.3.3 Bienes jurídicos tutelados

El derecho penal, al reconocer ciertos objetos jurídicos de protección, individuales o colectivos (v. gr., la vida, la libertad, el patrimonio económico, la salud, seguridad o administración públicas, entre otros) determina cuáles actividades de los ciudadanos merecen ser desaprobadas, reprimidas y castigadas con alguna sanción, a efecto de garantizar la inmutabilidad de cada interés superior.

Al respecto, la Sala ha señalado (CSJ SP1245-2015, 11 feb. 2015, rad. 42724):

Sobre la manera de definir los bienes jurídicos tutelados, la doctrina ha reconocido que, generalmente, el interés jurídico tutelado aparece instituido en los títulos y capítulos que agrupan los delitos, pero, en veces, es el intérprete quien debe identificarlo acudiendo a un procedimiento de conjugación de las expresiones literales de los rubros de los títulos y los capítulos, que forman la Parte especial, con el “sentido” de la acción descripta en un determinado tipo (...) Y no pocas veces la forma de la acción indicará que, pese a la localización del bien jurídico enunciado por éste solo indirectamente se corresponde con el protegido según el tipo: por ejemplo, [en Argentina] el delito de violación (...) está inserto entre los “delitos contra la honestidad”, pero de su contenido se deduce, sin esfuerzos, que lo que en realidad protege es la “libertad sexual”.

A veces ocurre que el tipo comprende más de un bien jurídico (p. ej. En el “secuestro” de una persona para pedir rescate (...) entran en juego los bienes jurídicos de la propiedad y de la libertad); en esos casos la tipicidad de la conducta que se examina (...) dependerá del bien jurídico preponderantemente afectado por la conducta del agente, lo cual será materia de interpretación en cada caso particular.⁸⁴

Lo anterior para significar que una conducta puede lesionar, al mismo tiempo, varios bienes jurídicos, uno de ellos apreciado por el legislador como principal (corresponde a la denominación que aparece en cada Título del C.P.) y los demás intereses que resultaren amenazados o afectados, que se tienen como secundarios por ser indirecta su amenaza.

Recuérdese que el tipo penal sub examine fue incorporado al Título I (Delitos contra la vida y la integridad personal) del Libro Segundo (Parte Especial) del Código Penal, a través del Capítulo IX denominado «de los actos de discriminación», adicionado por la Ley 1482 de 2011, cuerpo normativo que con meridiana claridad propende erradicar la segregación frente a grupos sociales históricamente discriminados, fenómeno prohibido en el catálogo constitucional y en el de instrumentos de derecho internacional de los derechos humanos⁸⁵.

Entonces, ningún asomo de duda emerge en punto del carácter pluriofensivo en el tipo penal de hostigamiento, en tanto: (i) de manera directa menoscaba la dignidad humana (como valor fundante del Estado Social de Derecho, por ende, transversal a todos los demás derechos y bienes jurídicos protegidos por el constituyente) y la igualdad, en sentido formal y material (a través de la proscripción de escenarios catalogados como sospechosos, y de los cuales sea dable presumir la discriminación por afectar a la parte débil en las relaciones asimétricas de poder)⁸⁶; y, (ii) la vida, comprendida en un sentido amplio como «vida en condiciones dignas», y la integridad personal, valores esenciales que también se afectarían de llegar a concretarse la fase de agotamiento del delito, toda vez que los actos promovidos o instigados están encaminados a causar «daño físico o moral».

Así, aunque el ilícito procura reprimir y desestimular la agresión con carácter discriminatorio hacia ciertos colectivos, el legislador, ante la eventualidad de consumación de eventos atentatorios contra la vida y la integridad personal, prefirió atar la acción típica prohibida al interés tutelado en el referido Título I.

De lo especificado es posible decantar que, pese a la ubicación del punible de hostigamiento en los delitos contra la vida y la integridad personal, este bien jurídico es de naturaleza intermedia (mediata), pues los intereses superiores que de forma directa (inmediata) se protegen, son la dignidad humana y la igualdad, esta última, en su faceta de no discriminación.

4.1.3.4 Sujeto activo

El artículo 134B del Código Penal acuña la expresión «el que», esto es, se trata de un tipo penal monosubjetivo, pues para su configuración basta un solo sujeto, lo que no descarta las diversas formas de autoría, coautoría y participación criminal, e indeterminado o común, habida cuenta que no se requiere de cualificación para la realización de la conducta, dicho de otra manera, cualquier persona puede incurrir en ella, siendo la

condición de servidor público tan sólo una circunstancia de agravación punitiva contenida en el art. 134 C num. 3º ídem.

4.1.3.5 Sujeto pasivo

Si se entiende al sujeto pasivo como el titular del interés protegido por el derecho que resulta perjudicado por la intervención del agente, en el caso del hostigamiento el bien jurídico posee una esfera individual o monosubjetiva cuando se refiere «a una persona», y otra colectiva o plurisubjetiva al señalar a «grupo de personas, comunidad⁸⁷ o pueblo⁸⁸».

En todo caso, el sujeto pasivo es cualificado, en la medida en que la o las personas y demás colectivos enunciados, pertenecen a grupos que tradicionalmente se encuentran permeados por criterios sospechosos de discriminación, y que la misma norma establece a través de un sistema de *numerus apertus*: si bien, en principio, se establecen ciertas categorías como raza, etnia, religión, nacionalidad, ideologías política o filosófica, orientación sexual o discapacidad, termina con un reenvío a las «demás razones de discriminación».

Se reitera, si lo perseguido por una Ley Antidiscriminación como la que modificó el Código Penal, es erradicar aquél fenómeno atentatorio de la igualdad y la dignidad humana, sólo pueden ser objeto de protección quienes, por efecto de negativos patrones estereotipados, de manera directa sufren en las relaciones sociales de poder.

Por ello, la preceptiva establece que los actos orientados a causar daño físico o moral a «una persona, grupo de personas, comunidad o pueblo», sean «por razón de su raza, etnia, religión, nacionalidad, ideología política o filosófica, sexo u orientación sexual o discapacidad y demás razones de discriminación» [subraya la Corte en esta oportunidad].

4.1.3.6 Elementos constitutivos de la conducta

El comportamiento típico descrito en el art. 134 B del C.P. gira en torno a dos núcleos rectores: promover o instigar; razón para entender que se trata de un tipo penal compuesto disyuntivo, pero además de acción, en cuanto prevé una conducta positiva que determina una variación en el mundo exterior, vale decir, un hacer penalmente relevante.

Aquellos verbos transitivos, en su acepción más elemental, respectivamente significan⁸⁹: «impulsar el desarrollo o la realización de algo», e «inducir a alguien a una acción, generalmente considerada como negativa».

Lo anterior implica que la ilicitud conlleve una característica especial, como lo es la necesaria presencia de otra u otras personas⁹⁰ (objeto material personal sobre el cual recae física y directamente la acción típica) que no requieren cualificación especial, destinatarias del comportamiento activo ejercido por el promotor o instigador, circunstanciado en la medida que se impulsa o induce la ejecución de «actos, conductas o comportamientos» encaminados a producir daños físicos o morales.

Siguiendo a la Corte Constitucional (CC C-091-2017) en su análisis dogmático del tipo en comento, «[m]ás allá de las profundas discusiones filosóficas en torno a la acción humana, [los anteriores] son conceptos plenamente operativos para el sistema jurídico y ampliamente conocidos por sus destinatarios, como exteriorizaciones de la voluntad humana». De ahí que la Alta Corporación, de forma sintética y al concebir los términos como sinónimos, los aglutinó bajo la expresión actos (entiéndase humanos).

Ahora, si bien la literalidad del delito establece vocablos en plural: actos, conductas o comportamientos -o simplemente actos, a fin de prohijar la tesis acabada de citar-, adviértase que (como ya la Sala ha tenido oportunidad de pronunciarse respecto de otras normas de prohibición con estructura similar, v. gr. CSJ SP, 16 may. 2012, rad. 34661) el hostigamiento no se realiza a través de una multiplicidad de acciones vulneradoras del interés jurídico tutelado.

La explicación para la técnica legislativa empleada en la configuración típica surge nítida de la índole de las conductas que esta tipología de atentados estructuran y de la limitación que supone señalar cada uno de los actos que pueden dar lugar a la especie delictiva en comento.

Así, la promoción o instigación puede adoptar diversas formas de comunicación. A manera ejemplificativa: discursos o frases orales, publicaciones en cualquiera de sus formas, desde la tradicional escrita, hasta la utilización medios electrónicos de difusión y almacenamiento, pinturas, dibujos, gestos, transmisiones radiotelefónicas, señales, símbolos, música, representaciones teatrales y material videográfico.

Como quiera que dichos actos trascienden a cualquier aspiración de enunciación, es entendible que en la descripción de esta clase de delincuencia, se aluda a diversidad de prácticas orientadas por el sujeto agente a causar daños en razón a categorías sospechosas en un contexto de discriminación, quedan comprendidas dentro de ese ámbito, sin que esto signifique que deba concurrir una pluralidad de actos para de este modo perfeccionar la tipificación de la conducta. Vale decir, un solo acto idóneo para los menesteres indicados, actualiza el tipo penal del art. 134 B del C.P.

Por otra parte, en razón de la forma de afectación del bien jurídico apreciado por el legislador como principal, se trata de un punible de peligro abstracto, como quiera que para su perfeccionamiento no se hace necesario la causación del daño perseguido con los actos promovidos o instigados, esto es, basta con la manifestación del acto constitutivo de hostigamiento, con independencia de que el sujeto pasivo sufra menoscabo. En palabras de la Corte Constitucional, se penaliza el «riesgo comunicativo» (CC C-671-2014) de aquellos actos con la potencialidad de producir perjuicio físico o moral, «clave, en términos del principio de necesidad del derecho penal, para evitar que, en su aplicación, se castiguen conductas de poca relevancia jurídica» (CC C-091-2017).

La misma Corporación, en la ya citada providencia CC T-500-2016, ahondó:

La Corte ha aceptado que la expresión y difusión de mensajes cuyos contenidos incitan al odio o a la violencia hacia personas o grupos sociales determinados no está protegido constitucionalmente. Ahora bien, el problema radica precisamente en saber cuándo el contenido de un mensaje incita al odio. Para la jurisprudencia de esta Corporación no es suficiente con que el emisor del mensaje propague una opinión negativa en relación con una persona o grupo determinado. Es necesario también que: a) el contenido del mensaje incite a la violencia o al odio, y que b) analizando las circunstancias particulares, sea previsible que el mensaje de hecho incite a la violencia o al odio. Al respecto dijo la Corte en la Sentencia T-1319 de 2001, anteriormente mencionada:

“De ello se desprende que ha de estar sancionada la conducta consistente en emitir una opinión dirigida exclusivamente a incitar a la violencia contra ciertas personas. No se restringe la opinión negativa contra algunas personas, sino el hecho de que se utilice la opinión como arma para generar una conducta violenta en contra de la víctima. Es decir, se trata de situaciones en las cuales se hace un uso de la libertad de opinión incompatible con la democracia, la cual procura la solución dialogal de los conflictos sociales.”

“Tratándose de una restricción a la libertad de opinión, se exige que se encuentre debida y suficientemente probado el uso indebido de la opinión (lo cual, de suyo, implica un control posterior). Así, la Corte entiende que no es suficiente que se compruebe el carácter incitador del mensaje –que deberá estar previsto en la ley–, sino que también es necesario establecer que, dadas las condiciones particulares, el ofendido o la audiencia reaccionarán o reaccionaron violentamente y, finalmente, que existe una relación clara de causalidad entre uno y otro fenómeno...” [Negrilla original del texto]

Y esta Sala (CSJ AP6784-2017, 11 oct. 2017, rad. 46.771 y CSJ AP6786-2017, 11 oct. 2017, rad. 44.884), también ha especificado:

[e]l delito de hostigamiento no se estructura por manifestar una opinión contra una persona o un grupo, comunidad o pueblo por razón de su raza, etnia, etc., sino por promover o incitar conductas con la finalidad de causar daño físico o moral a una persona o a uno cualquiera de los grupos a los cuales se refiere el artículo 134B del Código Penal.

Por eso la conducta descrita en el artículo 134B del Código Penal no se dirige en principio contra la víctima, sino a destinatarios del mensaje a quienes se incita mediante comportamientos que tienen la finalidad de impulsar un [acto] (que es lo que significa promover) o porque se incita o estimula (que es lo que significa instigar) a causar daño físico o moral (ultra finalidad o ingrediente subjetivo) a una persona o grupo de personas que requieren de especial protección por ciertas condiciones de sexo, marginalidad, discapacidad, etc.

4.1.3.7 Tipicidad subjetiva

Ahora, desde el plano del tipo subjetivo, la realización de la ilicitud sub examine ha sido concebida a través de una norma de conducta eminentemente dolosa. Pero más allá del dolo típico requerido para la configuración de la mayoría de los delitos previstos en el Código Penal (arts. 21 y 22 ídem), en el hostigamiento está presente un elemento subjetivo especial del tipo; esto es, se requiere de un dolo específico -ánimo o motivación en particular-, equivalente a un propósito concreto en el actuar del sujeto activo.

Así, dicha promoción o instigación (conducta típica) ha de ser cualificada por la intención del sujeto activo, ya que i) la persecución (promoción o incitación) ha de dirigirse a la finalidad de producir un daño; ii) éste debe proyectarse sobre una persona, grupo de personas, comunidad o pueblo, en razón de las categorías previstas en la norma y tradicionalmente discriminadas y (iii) se requiere un componente subjetivo o móvil, en la medida en que la acción, precisamente, tenga por causa la condición del grupo o su pertenencia a éste.

A ese respecto, la Sala ha de precisar que si bien el tipo penal no exige sistematicidad ni repetitividad en el comportamiento para predicar la tipicidad objetiva, no es menos cierto que, por su estructura y objeto de protección -que trasciende la esfera individual y se proyecta a la tutela de intereses colectivos, representados en la dignidad e igualdad de grupos vulnerables-, el hostigamiento implica que en el sujeto activo, pese a ser indeterminado, ha de identificarse cierto patrón ideológico que le motive a instigar o promover la causación de daños a personas pertenecientes a los grupos protegidos por la norma. Como se extrae de la jurisprudencia del TEDH citada con antelación (num. 4.1.2 supra), cuando se acude a discursos de odio como medio o herramienta para hostigar, en el hostigador ha de reconocerse un perfil.

Y ese perfil, en el caso colombiano, es el elemento que permite establecer, de un lado, si el sujeto activo, consciente y voluntariamente, pretendía, más allá de expresarse en términos desobligantes y discriminatorios, utilizar su discurso como medio de instigación para dañar a los sujetos pasivos de la conducta típica.

Acudiendo a los ejemplos del TEDH (num. 4.2.1 supra), es fácil ver cómo en los sujetos activos se predica su pertenencia a grupos o ideologías que motivaron sus discursos, entre otros,: i) integrantes de grupos xenófobos; ii) miembros de sectas religiosas; iii) presidentes de partidos políticos; iv) militantes de grupos parlamentarios de ideología nacionalista; v) letrados, escritores, artistas y editores de periódicos antisemitas; vi) cabezas de partidos políticos de extrema derecha y v) afiliados a organizaciones juveniles homofóbicas.

De ahí que, para la acreditación del dolo específico en el hostigamiento, no sea suficiente verificar en el agente una mera intención de ofender a integrantes de un grupo vulnerable, sino que deba identificarse un perfil ideológico que lo motive a atacar a determinado grupo, que sea congruente con la incitación o promoción en terceros de actos destinados a causarles daño físico o moral.

4.2 Premisas fácticas fijadas en la sentencia impugnada

Pues bien, habiéndose establecido los fundamentos de punición del hostigamiento, así como los lineamientos dogmáticos que determinan la configuración de dicho delito, a continuación se reseñarán los enunciados fácticos fijados en las instancias, a fin de constatar si, como lo alega el censor, se presentó un erróneo juicio de adecuación típica.

Pues bien, en la jornada electoral convocada el 30 de octubre de 2011, el candidato por el Partido Conservador Colombiano Fernando Antonio Delgado fue elegido concejal del Municipio de Marsella (Risaralda), para el período constitucional del 1º de enero de 2012 al 31 de diciembre de 2015.

Habiendo tomado posesión del cargo de elección popular y estando en ejercicio del mismo, el 14 de agosto de 2012, durante la sesión ordinaria N° 8 de la mencionada corporación, entre otros asuntos, se discutió la viabilidad de otorgar al Resguardo Suratena (etnia Embera Chamí) un lote de terreno (predio correspondiente a una cancha de fútbol), ubicado en el corregimiento Alto Cauca de aquella localidad. La comunidad en mención fue desplazada a causa de una ola invernal catastrófica, que llevó a sus miembros a alojarse de manera precaria en las inmediaciones del municipio por varios años.

Con ese trasfondo, la sesión del Concejo municipal transcurrió de la siguiente forma:

(i) El cabildante José Uriel Morales Buriticá, en razón a información periodística que daba a entender que se cedería el aludido predio para la construcción de viviendas a la población indígena, y al esgrimir que se perdería un escenario deportivo, solicitó información a la alcaldesa encargada, citada en esa oportunidad a la sesión.

Añadió que, «sin llevar botas y tapabocas», por el sector aledaño no se podía caminar, dada la cantidad de personas (alrededor de 120) que ahí «realiza[ba]n sus necesidades», al no contar con unidades sanitarias.

Por otro lado, explicó que si se permitía construir el plan de vivienda en ese sitio, debía existir adecuación del alcantarillado y revisarse la deforestación de las quebradas que surtían a dos bocatomas cercanas, toda vez que los aborígenes -de quienes aseguró que eran difíciles de manejar-, como cocinaban con leña, «socolaron y acabaron con los guaduales y con todo».

Por último, indicó, no es que quisieran sacarlos del lugar, sino reclamar una solución de ubicación con todas las adecuaciones.

(ii) La mandataria municipal, por su parte, al detalle reveló que en una reunión sostenida con la Gobernación de Risaralda se planteó la posibilidad de ejecutar un proyecto habitacional que ya contaba con un terreno para ello. Sin embargo, aclaró, la inversión a ejecutar en acueducto y alcantarillado era muy alta, razón para que fuera aplazado y se procurara buscar un paraje apto, esto es, con disponibilidad de los mencionados servicios básicos.

(iii) Seguidamente, intervino el concejal Francisco Javier Cano Gómez, quien en lenguaje coloquial manifestó que “el remedio no podía ser peor que la cura (sic)”. De otro lado, sostuvo, «a quienes habían sacado votos allá», les incumbía oponerse a que el Alto Cauca y sus deportistas perdieran ese espacio. El Alto Cauca, subrayó, «ya no [era] la mitad de lo que hace veinte años era» y si le quitaban la cancha, el corregimiento desaparecería.

Por tanto, según el señor Cano Gómez, si bien debía brindarse la posibilidad de reubicación, no era dable que se exigiera ese predio, pues, aseveró, «[u]no exige cuando tiene la plata en la mano y cuando uno es el que va a comprar, pero es que a ellos les van a dar, no pueden andar exigiendo que tiene que ser en la cancha... ¡como así, con paperas y cotudos también!».

(iv) Frente a tales afirmaciones, al referirse a la situación de los indígenas, la alcaldesa replicó que había «que ponerse la mano en el corazón», porque aquéllos estaban «en

condiciones deplorables».

(v) Al retomar la palabra, Cano Gómez agregó que las familias damnificadas se incrementaron, pues inicialmente eran nueve y a esa fecha el número se elevaba a cuarenta y dos. Luego, hizo alusión a situaciones pasadas para indicar que Marsella «se había llenado de indígenas» porque allí les daban de todo, motivo por el cual pidió a la administración municipal hacer un censo e impedir el ingreso de «un solo indígena más» a la mencionada cancha de fútbol.

(vi) Con ese trasfondo, Fernando Antonio Delgado, en ejercicio de su rol como concejal, anunció unirse a esa «inquietud» y así intervino:

[n]o fueron nueve, fueron siete los primeros damnificados en la escuela de Suratena y mire los que hay, y mire concejales que abajo en la parte de La Siria, todos los que están ahí ubicados ahí tumbaron los ranchitos que tenían para venirse para ahí porque sabían que les iban a dar casa nueva, y tenían casitas bien organizadas y las tumbaron. Entonces. Ahora eso no quiere decir que entonces ahora, vamos a decir que entonces no les vamos a ayudar porque yo le soy sincero vea, ¡grupos difíciles de manejar en un gobierno como el tema de los desplazados, las negritudes y los indígenas no hay, son los tres sectores más difíciles de manejar, son tres cánceres que tienen el gobierno nacional y mundial! Entonces en este caso, por ejemplo el tema de los indígenas, ¡ah! ¡que es que los indígenas!, mire, ¡esos indígenas no fue los que lucharon por nosotros, fueron unos indígenas distintos los que lucharon por esta patria, no fueron esos!

Ahora, en el sentido es que estoy de acuerdo con usted Uriel y yo creo que todo el Concejo en pleno vamos a tener que estar muy atentos y muy preocupados para defender, porque ellos van a decir que entonces el bien común, el bien común de esa cancha, perdón, es el corregimiento del Alto Cauca también. Vamos a estar muy atentos para defender el tema de que si es que no hay otra solución, así como resultaron los recursos para comprar un predio,

entonces que antes de utilizar esa cancha para que se queden ahí, que ya esté construida la cancha nueva para el corregimiento del Alto Cauca.

(vii) José Uriel Morales Buriticá retomó la palabra para solicitar la conformación de una comisión en el Concejo Municipal, que se encargara de entablar comunicación con la Gobernación de Risaralda y el Comité de Cafeteros, en razón a que la población también se iba a pronunciar y debía ayudársele «no a atacar a los indígenas», sino a solucionar la problemática que vivenciaban por la pérdida de espacios deportivos en el referido corregimiento.

Agregó que el resguardo, cada ocho días, «armaba» fiestas de uno y dos días, «día y noche», con alto volumen, que vivían en «una parranda total», que «no quieren sino que el Gobierno los tenga, que les den» y que habría que enseñarles a través de entidades como el SENA.

(viii) Luego, la alcaldesa expuso que a los indígenas «nadie los quiere al lado, y eso se lo dicen al gobernador: nadie los quiere al lado, en algún lado hay que ponerlos, pero nadie los quiere al lado, es bien complicada esta situación». A lo que un interviniente en la disertación, añadió en tono de burla, «entonces nos los llevamos pa' la Miranda», y entre risas de aquella y otros, terminó la charla.

(ix) Para finalizar este punto de la agenda, el Presidente del Concejo recordó que a los indígenas, como nativos, los protegía una legislación especial. Por ello, llamó a la discreción de los cabildantes en el uso del lenguaje al escuchar «palabrejas que son muy peligrosas», de las cuales tendrían que responder individualmente.

4.3 Juicio de adecuación típica

Pues bien, al contrastar los enunciados fácticos anteriormente reseñados (num. 4.2 supra), como primera observación, la Sala considera que, desde el plano objetivo, las expresiones

del concejal acusado en la mencionada sesión, ciertamente pueden catalogarse como un discurso de odio. Ello, por cuanto, de un lado, el señor DELGADO se refirió a grupos vulnerables de una manera bastante ofensiva, peyorativa y displicente, sin consideración y respeto a la dignidad propia de su condición humana, desatendiendo también la misericordia⁹¹, consideración y compasión⁹² mínimas que reclama el trato hacia personas en condición de vulnerabilidad por el desplazamiento; de otro, se dirigió contra grupos poblacionales que, por su condición de vulnerabilidad, pertenecen a las denominadas categorías sospechosas de discriminación, por motivos étnicos, raciales y socio-económicos.

Tal y como lo aludió el censor en su demanda, fueron dos los momentos en los que Fernando Antonio Delgado se pronunció en la sesión: en un principio, cuando se refirió a las comunidades desplazadas, afrodescendientes y, especialmente, indígenas como «cánceres que tienen el gobierno nacional y mundial»; en un segundo apartado, al solicitar que se defendiera el «bien común», representado en la recuperación de la cancha de fútbol, que pretendía cederse al Resguardo Suratena.

4.3.1 En relación con el primer comentario, desplazados, afrodescendientes e indígenas son grupos minoritarios que poseen una vulnerabilidad histórica en punto de marginación y segregación. Y así se les ha reconocido por instrumentos de derecho internacional y del bloque de constitucionalidad incorporados al orden interno, teniéndoseles como categorías sospechosas de discriminación. En el presente caso existió una mención explícita respecto de un colectivo que entrañaba dos de aquellos criterios: indígenas y desplazados.

Aunque una de las acepciones para la palabra cáncer es la «proliferación en el seno de un grupo social de situaciones o hechos destructivos» (lo cual confirma el sentido metafórico que al término se le ha dado), referirse a tales grupos como «cánceres» es, en verdad, una opinión degradante y humillante, asociada a prejuicios, estereotipos y etiquetas características de discriminación, en las que no sólo se les aparece como algo sumamente

negativo o dañino («moral o socialmente malo»⁹³) para un sector mayoritario de la sociedad, sino que, por esa vía, también se estigmatiza a las personas que padecen la enfermedad propiamente dicha.

Hasta este punto, la Corte difiere del Tribunal en punto de la atribución de los consabidos calificativos peyorativos. La invectiva del concejal Delgado no recayó sobre la «problemática que dichas comunidades han generado [a] nivel nacional e internacional»⁹⁴. Del contenido objetivo del texto salta a la vista que el acusado etiquetó a indígenas, desplazados y afrodescendientes de ser unos cánceres. Tal calificativo, desde luego, tiene aptitud para herir el amor propio o la dignidad de los integrantes de esas comunidades (criterio de humillación que permite determinar la real existencia de un discurso de odio), como los aborígenes vinculados a la etnia Embera Chamí.

Sin embargo, la Sala ha de clarificar que la conducta penalizada por el art. 134 B del C.P. no es, simplemente, la de maltratar, ofender o referirse odiosa e intolerantemente a personas pertenecientes a ciertos grupos sociales históricamente discriminados, enlistados en la norma como sujetos pasivos del comportamiento típico. No. Las expresiones odiosas, per se, no determinan la responsabilidad penal por hostigamiento, como tampoco se sanciona penalmente el comportamiento discriminatorio en sí mismo considerado.

No todo acto de discriminación es delito en Colombia, como tampoco es una conducta punible, por sí misma, el discurrir en términos de odio. La conducta típica del hostigamiento supone, por una parte, una dinámica comunicativa in-directa, en el que el receptor de los actos de promoción o instigación no son las personas pertenecientes a los grupos vulnerables (destinatarios de un riesgo eventual de daño físico o moral, más que de las palabras odiosas del agente); por otra, una intención concreta (dolo específico), verificable en el sujeto activo, de constituir sus palabras o actos de promoción o instigación a terceros, como instrumento de determinación para que éstos ataquen (perjudiquen física o moralmente) a una persona, grupo de personas, comunidad o pueblo, por razón de su

identidad de grupo (vulnerable y protegido). En suma, lo sancionable es el acto de incitación, desplegado con una intencionalidad concreta de causar daño a otros, por motivos de discriminación.

De suerte que las expresiones ofensivas, injuriosas e intolerantes emitidas por el acusado -etiquetamiento como “cánceres”-, en tanto manifestación de juicios u opiniones discriminatorias en sí mismas, escapan del objeto de reproche por el delito de hostigamiento, cuyos bienes jurídicos tutelados comprenden la vida e integridad personal, en cabeza de los individuos pertenecientes a grupos vulnerables, así como la faceta colectiva de la dignidad humana y la igualdad. La estructura del tipo se focaliza en la influencia del discurso en terceros -riesgo comunicativo-, quienes podrían hostigar a las víctimas causándoles daño físico o moral, incitados o promovidos por el influjo discriminatorio del sujeto activo.

Y a fin de verificar esa probable influencia que hayan podido tener las consabidas expresiones del acusado en la sesión del Concejo, así como para examinar si en aquél había una intención específica de persuadir a otros para que atacaran a los integrantes de la población indígena alojada en la cancha de fútbol del municipio, ha de analizarse también la segunda intervención reprochada en la acusación, cifrada, según la Fiscalía, en una “incitación a unirse en contra de dicha minoría étnica para defender el bien común”.

Para lograr tal propósito, enseguida se reconstruirá el contexto comunicativo del discurso emitido por FERNANDO ANTONIO DELGADO, así como la significación de sus palabras y la trayectoria seguida por éstas. Además, habrá de establecerse si, al expresarse de tan cuestionada manera, el procesado efectivamente perseguía un manifiesto e inequívoco propósito de persuadir a otros para atacar a los indígenas desplazados instalados en la cancha de fútbol de Marsella. Se trata, en verdad, de juzgar el cuestionado discurso a la luz algunos criterios pertinentes que determinan su textualidad, como la intencionalidad del emisor, la aceptabilidad en el receptor, la situacionalidad y la intertextualidad.

4.3.2 Pues bien, desde la óptica de la aceptabilidad o impacto del discurso en los destinatarios, la recepción de las palabras del concejal DELGADO no puede medirse con un solo baremo, sino que debe tener en consideración las características propias de los receptores del mensaje -por ser estos los llamados a materializar el llamado riesgo comunicativo-. En su rol de orador, el procesado se dirigió -si bien concomitantemente- a dos audiencias distintas y diferenciables, con un perfil de receptividad disímil: por una parte, al Concejo Municipal de Marsella y a los demás servidores públicos participantes en la sesión; por otra, a la población en general.

4.3.2.1 La audiencia constituida por los concejales y la alcaldesa puede entenderse como una de naturaleza calificada. El marco situacional de la intervención del acusado viene dado por el carácter institucional y público de la discusión, determinado por las funciones constitucionales y legales asignadas tanto a la corporación administrativa como a sus integrantes. Así mismo, es un factor relevante el objetivo de la reunión.

De acuerdo con el art. 313-7 de la Constitución, a los concejos municipales corresponde reglamentar el uso del suelo y, dentro de los límites que fije la ley, vigilar y controlar las actividades relacionadas con la construcción y enajenación de inmuebles destinados a vivienda.

Por su parte, según el art. 315-5 ídem, son atribuciones de los alcaldes municipales presentar al concejo proyectos de acuerdo sobre, entre otras temáticas, planes y programas de desarrollo social y obras públicas. También, les asiste el deber de colaborar con el concejo para el buen desempeño de sus funciones y presentarle informes generales sobre su administración (num. 8º ídem).

En ese contexto, en la sesión ordinaria del 4 de agosto de 2012 del Concejo Municipal de Marsella -cuyo desarrollo fue registrado en el Acta N° 58-, el Presidente abrió espacio para que Lucy Janeth Arcila, alcaldesa del municipio, acompañada por sus asesores técnicos,

enterara a los concejales sobre asuntos relacionados con proyectos de inversión social y de obras públicas -relacionados con vivienda, vías, cultura, alumbrado público, empleo, nuevas tecnologías, planeación, ordenamiento territorial, gasto público e inversión social-. Luego de discutir sobre el avance de distintos proyectos, el concejal José Uriel Morales introdujo la temática de los indígenas alojados en la cancha de fútbol del municipio, con fundamento en una nota de prensa indicativa de que se cedería el terreno de la cancha para la construcción de casas.

En el acta se consignó el inicio de la discusión al respecto, en los siguientes términos:

El H.C. José Uriel Morales dice que en el Diario del Otún salió que el Gobernador le va a pedir al Comité de Cafeteros que ceda el terreno de la cancha para la construcción de las casas[...]y están vacilando (sic) a los indígenas. En este momento no se puede caminar por los predios cercanos, porque estas personas no tienen unidades sanitarias y si se les va a ubicar en esa zona se debe definir lo de acueducto y alcantarillado, porque a 100 metros hay dos bocatomas que están deforestando. No se trata de querer sacarlos de allá, sino de buscar una solución para sacarlos de allá. Los gobernadores de turno no han hecho nada para ayudarlos. Entonces, ¿qué información tiene Planeación al respecto?

Tal intervención marca la situacionalidad del texto pronunciado por el acusado. Sus expresiones no fueron espontáneas, sino reacciones a intervenciones de sus colegas y la alcaldesa, quienes le antecedieron en el uso de la palabra en el marco de un debate, realizado en un escenario público-institucional para encontrar soluciones a la irregular instalación de los indígenas desplazados en un espacio público, así como a la problemática humanitaria que afectaba a aquéllos desde hace años, sin gestión suficiente por parte de las autoridades departamentales.

Desde la primera moción sobre el tema, la discusión se fijó con el propósito de encontrar una salida benéfica a la problemática vivida por los indígenas alojados en ese sitio, que

también afectaba a la población del municipio. El concejal José Uriel Morales clarificó, en esencia, que no se trataba de sacar a los indígenas de allí, como un fin autojustificado, sino de aliviar la situación precaria de habitación en que se encontraban.

La secuencia intertextual que de ahí en adelante empezó a tejerse sobre las aludidas temáticas muestra que los participantes del debate, en lo fundamental, explicitaron su opinión en torno a los dos puntos establecidos por el concejal Morales, manteniendo coherencia con los mismos.

Desde la óptica del ordenamiento territorial, la planeación, el presupuesto y la salubridad, la alcaldesa se refirió a las dificultades presupuestales y logísticas de la solución consistente en la reubicación. En ese sentido, en el acta se consignó:

La doctora Lucy Janeth Ardila dice que cuando empezó el gobierno de la doctora Piedad Colombia Duque, fueron a una reunión con el gobernador y trataron sobre un proyecto de vivienda; ya había un terreno listo, pero para atender a estas familias en acueducto y alcantarillado había que invertir 580 millones de pesos, más lo que cuesta la finca. Este proyecto no fue planificado, no era un sitio apto, hicieron una evaluación y lograron bajar el costo a 300 millones de pesos, pero igual es muy costoso. Para no cometer errores se determinó aplazarlo y tratar de buscar un sitio apto donde puedan tener disponibilidad de acueducto y alcantarillado. El proyecto pasó a ser ejecutado para la reubicación de las viviendas de afectados de la ola invernal. El gobernador pasó una propuesta de evaluar la cancha sobre el impacto que se pueda generar; el gobernador indígena le dio un plazo al gobernador para darles solución.

Puesta sobre la mesa la posibilidad que, por razones presupuestales y logísticas, no pudiera llevarse a cabo la reubicación, los concejales empezaron a manifestar su inquietud e inconformismo con la ubicación definitiva de los afectados en la cancha, pues ello implicaba una afectación de los intereses de la población marsellense, en términos de uso del espacio

público para la recreación y el deporte. En esa dirección, después de lo dicho por la alcaldesa, el concejal Francisco Cano Gómez expresó que “el remedio no podía ser peor que la cura (sic), los que sacaron votos allá no pueden dejar que la cancha y sus deportistas pierdan el espacio, el Alto Cauca ya no es la mitad de lo que era, ellos no pueden exigir que sea en la cancha”. A esta interlocución, la alcaldesa se enfocó en la situación humanitaria por la que atravesaban los afectados -indígenas desplazados- y exclamó que “había que ponerse la mano en el corazón, porque están en condiciones pésimas”.

El concejal Cano Gómez replicó por medidas de control para precaver la agravación de la problemática. Destacó que las familias damnificadas instaladas en la cancha se elevaron de nueve a cuarenta y dos. Luego, en términos también despectivos y censurables, aseveró que “el pueblo se llenó de indígenas”, por lo que, en su parecer, debía hacerse un censo y no admitirse el ingreso de un solo indígena más en los terrenos de la cancha.

A su turno, el acusado, luego de exteriorizar el desafortunado calificativo “siendo sinceros, grupos difíciles de manejar en un gobierno como los desplazados, negritudes e indígenas, que son tres cánceres que tiene el gobierno nacional y mundial (sic)” -primer comentario (num. 4.3.1 supra)-, enseguida manifestó su posición sobre las posibles soluciones a adoptar. Si bien una vez más se refirió en tono despectivo a los indígenas⁹⁵, en su segunda intervención -fijada en la acusación como fundamento fáctico de imputación- llamó la atención sobre la necesidad de impedir la pérdida de espacios deportivos y recreativos para la población.

A ese respecto, el acusado dijo: “todo el Concejo en pleno va a tener que estar muy atento a defender el bien común. Y si es que no hay recursos para comprar otro terreno, entonces que se construya otra cancha en el Alto Cauca”. Y para la Corte, de esas palabras es dable inferir, desde la posición de un observador objetivo, que tácitamente el concejal DELGADO no apoyaba la alternativa de que los damnificados se quedaran definitivamente en la cancha, pero que si no se podía materializar la reubicación, por razones presupuestales,

debía en todo caso crearse otro escenario apto para prácticas de recreación y deporte.

Además, ha de destacarse otro elemento importante para evaluar el discurso a la luz de los criterios de aceptabilidad e intencionalidad, a saber: que esa advertencia la dirigió específicamente a sus colegas.

En este punto, el contenido objetivo del discurso difiere con uno de los fundamentos fácticos de la acusación, pues el procesado no incitó a los concejales a “unirse en contra de esas minorías para defender el bien común”. El texto objetivo, como se vio, es distinto, y a diferencia del odioso etiquetamiento de “cánceres”, dirigido a los indígenas, negritudes y desplazados, el “segundo comentario” simplemente fue una toma de posición frente a una problemática, justificada en la preservación de intereses de la comunidad a la que representaba, sin que, como más adelante se evidenciará, el procesado hubiera evitado proponer una solución a la precaria situación de vivienda en que se encontraban los damnificados.

La intervención del acusado no terminó allí. A continuación, FERNANDO ANTONIO DELGADO puntualizó:

Ahora, en el sentido es que estoy de acuerdo con usted Uriel y yo creo que todo el Concejo en pleno vamos a tener que estar muy atentos y muy preocupados para defender, porque ellos van decir que entonces el bien común, el bien común de esa cancha, perdón, es el corregimiento del Alto Cauca también. Vamos a estar muy atentos para defender el tema de que si es que no hay otra solución, así como resultaron los recursos para comprar un predio, entonces que antes de utilizar esa cancha para que se queden ahí, que ya esté construida la cancha nueva para el corregimiento del Alto Cauca.

Al articular este último aparte con lo expresado inicialmente por el concejal procesado, se descarta la lectura dada por la acusación al llamado elevado por aquél. Bien se ve que, en lugar de invitar a “unirse en contra de esas minorías” -algo que no dijo- “para defender el

bien común”, el señor DELGADO se enfocó en la defensa de un interés legítimo, cual es la preservación de espacios deportivos y recreativos para el disfrute de la población. Y esa posición, ya se verá, no fue para el acusado incompatible con la búsqueda de alivio para la problemática de los indígenas.

En cuanto al primer aspecto, a la luz del criterio de intencionalidad, en las palabras del FERNANDO DELGADO no se evidencia el propósito de lograr una unión en contra de la minoría concernida y, de esa manera, defender el bien común. Así las cosas, mal podría sostenerse, a fin de acreditar el dolo específico requerido por el tipo penal de hostigamiento, que la defensa de un interés en cabeza de otras personas, distintas a los indígenas, mediante el llamado a sus colegas para evitar que el municipio se quedara sin cancha de fútbol, implica la intención de que a aquéllos se les causara un daño por parte de los concejales en el ejercicio de sus funciones administrativas y reglamentarias. No podría entenderse que el daño a causar sería el desalojo de la cancha y la ubicación de los damnificados en otro sitio, pues ello sería una orden legítima compatible con el ordenamiento territorial.

De cara al segundo factor -posición subjetiva del procesado en relación con los intereses de los indígenas damnificados-, al acudir al criterio de intertextualidad se clarifica que la intención del concejal DELGADO no era la de abogar por un desalojo, simple y llanamente, por lo que mucho menos podría aseverarse con solidez que utilizó un discurso de odio para incitar o promover una persecución en contra de aquéllos por parte de los concejales, a través de la adopción de medidas tendientes a recuperar la cancha para su uso natural, dejando desprotegidos a los indígenas desplazados allí asentados.

En sustento de tal apreciación ha de subrayarse, de un lado, que la intervención del concejal DELGADO fue una interpelación a lo expuesto por José Uriel Morales, quien al abrir el debate a ese respecto, según se reseñó con anterioridad, clarificó que no se trataba de querer sacar a los indígenas, sino de hallar una solución para ayudarlos. Entonces, si el

acusado dijo expresamente estar de acuerdo con Uriel, ha de entenderse que su intención no era la de perjudicar a la consabida población damnificada, sino la de lograr un remedio a la problemática situación; eso sí, sin olvidarse de los intereses de la comunidad, en punto de recreación y deporte.

Por otra parte, el discurso del procesado también debe integrarse con una intervención posterior del mismo, que deja ver aspectos de su intención. Luego del llamado a defender el bien común, los concejales expresaron varias inquietudes, como que “la comunidad también se va a pronunciar para que les ayuden, no a atacar a los indígenas, sino a recuperar los espacios perdidos en el Alto Cauca”; que “los predios del sector se desvalorizan”; que “la cancha está ahí pero no dejan que el resto de la comunidad la utilice”; que en Marsella se podía aplicar la política conocida como Plan de Vida: “una especie de plan de desarrollo donde se limita el territorio, la cultura y después de estar elaborado ese plan llegan los recursos”; que a los indígenas los protege una legislación especial y hay que tener cuidado con las palabras con que se les trata, así como que “los indígenas son parte del municipio y se puede llamar a su gobernador para que la UMATA les brinde asesoría” y que la población en general y el concejo quieren ayudar a la comunidad indígena. Después se perdió el hilo discursivo para discutir sobre la maquinaria y la volqueta del municipio, pero se retomó por parte de la alcaldesa el tema de mejoramientos de vivienda y reubicación, con apoyo del programa Red Unidos⁹⁶.

Sobre ese último particular, el concejal FERNANDO DELGADO manifestó que “siempre ha criticado en todos los gobiernos esto y en la mayoría de los casos llaman a los gobiernos y les toca ejecutar a las carreras. Lo que hay que buscar es en la base de datos, lo que se quiere es trabajar en enlace con Planeación con un macro proyecto para mejoramientos de vivienda”.

Pues bien, al contextualizar las intervenciones del acusado en el escenario del debate, considerando el objeto del mismo, siguiendo la dinámica de la discusión y reconstruyendo

las conexiones intra e intertextuales de su discurso, para la Sala, el llamado a la defensa del bien común no comportó acto alguno de incitación o promoción dirigido a los concejales, para que perjudicaran a los indígenas desplazados. Además, no se advierte ninguna intención dañina en ese “segundo comentario” censurado en la acusación. Tampoco es sólido afirmar que el llamado a defender el bien común -el cual, según el procesado, debía garantizarse a través de la conservación de la cancha para su disfrute por la comunidad o de la construcción de una nueva si los indígenas se quedaban allí definitivamente- entrañaba una probable aptitud para que la audiencia calificada (concejales y alcaldesa), se vieran determinados a adoptar medidas para causar perjuicios físicos o morales a los indígenas.

Salvo en regímenes totalitarios, no es común que servidores públicos con potestades administrativas y reglamentarias, pertenecientes a una corporación administrativa de elección popular, supervisados permanentemente por la opinión pública, propendan por la adopción de medidas que han de justificarse en términos constitucionales y legales, para materializar intenciones de perseguir a minorías, a fin de causarles daños físicos o morales. Además, las mismas reacciones a lo dicho por el acusado muestran que, pese al lamentable y odioso etiquetamiento, sus opiniones para nada implicaban un riesgo comunicativo con capacidad de incitar a sus colegas y a la alcaldesa a hostigar a la comunidad Suratena instalada en Marsella ni, mucho menos, a atacar en forma genérica a indígenas, desplazados y afrodescendientes. Esto último se evidencia en reacciones de los participantes del foro, como invitaciones a la prudencia en el uso de las palabras, la mención de planes de desarrollo que incluyan a los indígenas, la propuesta de invitar al gobernador indígena para discutir sobre la solución a la problemática y la manifestada intención tanto del concejo como de la comunidad en general de ayudar a aquéllos; todo ello, expresado después de la intervención del procesado.

Esto, para los efectos del juicio de adecuación típica, permite concluir, en síntesis, que en relación con el segundo fundamento fáctico de imputación, el acusado no desplegó acto de

incitación alguno para unirse en contra de la consabida minoría, “en defensa del bien común”.

Pero no sólo eso, en lo concerniente a la valoración del primer comentario objeto de reproche -“desplazados, negritudes e indígenas son cánceres que tiene el gobierno nacional y mundial (sic)”-, los criterios de análisis del texto hasta aquí aplicados dejan ver que, de cara al análisis de la recepción del discurso por la audiencia no calificada (la población marsellense), tales expresiones (en lo objetivo compatibles con elementos definitorios del discurso de odio) no comportan en el procesado una intención de haber querido usarlas como instrumento de persuasión o incitación para que la comunidad atacara física o moralmente a los miembros del resguardo alojados en la cancha.

4.3.2.2 En efecto, al develarse que la referencia del procesado a la defensa del bien común no implicó ninguna incitación a perseguir u hostigar a la minoría concernida, así como que esa alusión fue dirigida exclusivamente a los concejales,⁹⁷ queda en evidencia que la única referencia que comunicativamente pudo ser dirigida a la comunidad de Marsella, en virtud de la publicidad de las sesiones del Concejo Municipal, fue el enunciado “siendo sinceros, grupos difíciles de manejar en un gobierno como los desplazados, negritudes e indígenas, que son tres cánceres que tiene el gobierno nacional y mundial (sic)”.

Sobre la necesidad de levantar actas de las discusiones de los concejos municipales, el art. 26 de la Ley 136 de 1994, modificado por el art. 16 de la Ley 1551 de 2012, preceptúa:

De las sesiones de los concejos y sus comisiones permanentes, [e]l Secretario de la corporación levantará actas que contendrán una relación sucinta de los temas debatidos, de las personas que hayan intervenido, de los mensajes leídos, las proposiciones presentadas, las comisiones designadas, resultado de la votación y las decisiones adoptadas.

Abierta la Sesión, el Presidente someterá a discusión y aprobación, previa lectura si los miembros de la Corporación lo consideran necesario, el Acta de la sesión anterior. No

obstante el Acta debe ser puesta previamente en conocimiento de los miembros de la Corporación, bien por su publicación en la Gaceta del Concejo, o bien mediante el medio de que disponga el municipio para estos efectos.

Parágrafo. Cada concejo municipal dispondrá los mecanismos necesarios para que todas las actas de sesiones estén debidamente publicadas en medios electrónicos y/o físicos, accesibles a toda la población.

A su turno, el art. 27 ídem, modificado por el art. 17 de la Ley 1551 de 2012, establece que los concejos deberán publicar sus actos a través del medio que consideren oportuno, siempre y cuando ellos garanticen la efectividad de su difusión a la comunidad.

Las normas transcritas son indicativas del deber de divulgar las actas de las sesiones en las gacetas correspondientes -por naturaleza de pública consulta- y en otros espacios idóneos que para tal menester se establezcan, como por ejemplo, en el caso del Concejo Municipal de Marsella que cuenta con sede electrónica,⁹⁸ donde, inclusive, se pueden ver las memorias escritas y los videos de las mismas.

Y ello, de contera, se articula con el mundo de los hechos, pues en las sentencias de instancia hay suficiente evidencia informativa que medios de comunicación regional y nacional inmediatamente difundieron el desafortunado discurso del concejal Delgado. De esto también dan cuenta las posteriores sesiones⁹⁹ en las que se abordó el tema.

Con ese panorama, normativa y fácticamente es claro que el mensaje emitido por el acusado -que los indígenas, negritudes y desplazados son unos cánceres- indirectamente llegó a la población. Empero, al hacer el juicio de idoneidad o adecuación para que el enunciado se entienda como un riesgo comunicativo apto para que los indígenas del Resguardo Suratena fueran hostigados por los receptores de dicha locución -miembros de la comunidad marsellense-, la Sala ha de recalcar que a tal proposición lingüística no se le puede adjuntar el supuesto llamado a “unirse en contra de esa minoría para defender el bien

común”, como equivocadamente se consignó en la acusación.

De suerte que i) no habiendo existido una tal invitación a unirse en contra de la plurimencionada minoría; ii) quedando claro que el procesado abogó por la defensa de un interés jurídico colectivo legítimo, cifrado en garantizar que no se perdiera un espacio público deportivo para disfrute de la comunidad y iii) que la alusión a la defensa del bien común fue una proposición dirigida a los concejales para que impidieran que el municipio se quedara sin escenarios deportivos, el enunciado a juzgar en su aptitud para instigar o promover actos de hostigamiento únicamente es el de “siendo sinceros, grupos difíciles de manejar en un gobierno como los desplazados, negritudes e indígenas, que son tres cánceres que tiene el gobierno nacional y mundial” .

En esos términos, en sí mismo considerado, dicho enunciado para nada constituye una invitación expresa a atacar a nadie. Y al margen de lo ofensivas y censurables que puedan resultar tales palabras desde la perspectiva de los derechos humanos (cfr. num. 4.3.1 supra), el objeto de reproche penal, se itera, no corresponde a censurar el discurso de odio como tal, sino que el mismo haya sido un mecanismo para hostigar a grupos vulnerables o a sus integrantes. Con esas palabras, el procesado no incitó, promovió, indujo ni exhortó a nadie para infligir daño alguno en contra de los indígenas desplazados de la comunidad Suratena, por lo que mal podría equipararse su expresión oral a la conducta típica.

Tampoco, para la Sala, hay fundamentos fácticos sólidos y atinados para sostener que, implícitamente, el concejal DELGADO incitó o promovió en los pobladores el deseo de perseguir o atacar a dicha minoría.

Sostener que las palabras del concejal procesado pudieron influir en sus representados -electores y no electores- en propagar prácticas de discriminación y exclusión en contra de los indígenas, así como que aquél creó o acrecentó un riesgo de segregación apto para motivar o inducir a los habitantes a hostigar a los indígenas desplazados en la zona no sólo

es especulativo, sino que desbordaría los límites objetivos que impone el juicio de adecuación típica en acatamiento de los parámetros fijados en el art. 134 B del C.P., incurriendo en reproches de otro orden, que si bien son legítimos, no pueden justificar la punibilidad de la conducta.

En primer lugar, es insostenible imputarle al acusado responsabilidad por manifestaciones de otros concejales que, igualmente, podrían ser calificadas de ofensivas o desconsideradas con los indígenas de la comunidad Suratena, como tampoco podría atribuírsele a aquél intención alguna, por las opiniones de sus colegas. Una cosa es que los enunciados emitidos por el concejal DELGADO hayan de contextualizarse, pero otra muy distinta es que, violando el principio de responsabilidad penal individual, aquél sea juzgado por lo que dijeron otros.

En segundo término, no puede exacerbarse el reproche a fragmentos ofensivos del discurso pronunciado por el acusado, para descalificar a toda costa manifestaciones que están protegidas por la libertad de expresión. Sobre ese particular, mal podría censurársele a aquél haber “acusado” a los indígenas de la etnia Embera Chamí de haber derribado sus casas para asentarse en los alrededores de la cancha, porque sabían que les iban a dar casa nueva. Un tal enunciado no corresponde a una opinión en estricto sentido, sino a la transmisión de un hecho (faceta informativa de la libertad de expresión), que tan sólo puede descalificarse si hay evidencia de haber faltado al deber de veracidad. Mas en las sentencias de instancia no se acredita que esa proposición fáctica no correspondiera a la realidad, pues la actividad probatoria de la acusación no se ocupó de ello.

Y si bien puede resultar odioso decir que “esos indígenas no fueron los que lucharon por nosotros, sino unos indígenas distintos”, habiéndose clarificado que la intención y la propuesta del procesado nunca fue la de perjudicar a los damnificados instalados en la cancha con medidas lesivas de sus derechos, sino que los ubicaran en otro lugar o, si se quedaban allá, garantizar que se construyera otro escenario deportivo, mal podría decirse que tal enunciado es una defensa de la exclusión y la segregación.

En tercer orden, es exagerado sostener que fueron las opiniones expresadas por el acusado las que dieron génesis a conductas discriminatorias en contra de los indígenas por los habitantes del pueblo. Existe evidencia de que ya en la población había hostilidad hacia aquéllos, como lo dijo la alcaldesa Lucy Arcila al poner de presente que “nadie los quiere al lado”, pues así “se lo dicen al gobernador”. De ahí que, de cara al segundo reproche de la demanda -error de hecho por falso juicio de identidad-, sea intrascendente focalizar la apreciación probatoria en lo dicho por los indígenas que declararon en el juicio, en punto de los supuestos actos de desdén que algunos pobladores tenían en su contra, no sólo porque, si ello era así, no se originó por las palabras de FERNANDO ANTONIO DELGADO, sino debido a que, siendo el hostigamiento un delito de mera conducta, es indiferente examinar probatoriamente un resultado típico que la norma no exige para la configuración del delito.

Con todo, luego del análisis hasta aquí consignado, la Sala corrobora que en el acusado no se presentó la intención de que sus palabras -eso sí, ofensivas y reprochables, pero insuficientes para entenderse como un acto de instigación o promoción de hostigamiento- fueran catalizador para que la población atacara a los indígenas. De suerte que tampoco es dable afirmar tipicidad subjetiva especial en su actuar.

No sobra precisar que en las sentencias nada se consigna en punto del perfil ideológico del procesado ni la acusación indagó por ello. En el caso bajo examen únicamente se cuenta con el discurso de aquél, quien si bien por ser concejal tiene unos deberes, su mera infracción nada dice sobre el aspecto interno de su actuar. Se desconocen, entre otros aspectos, su afiliación política, cuál es su ideología, que formación específica tiene, cuáles son sus maneras de expresarse y qué actitud previa ha tenido hacia grupos “sospechosos”.

Entonces, el cuestionado enunciado, desprovisto de la intencionalidad requerida para entenderlo como un acto dirigido a inducir al hostigamiento, no pasa de ser un trato censurable pero insuficiente y carente de aptitud para incitar o promover en la ciudadanía el emprendimiento de acciones dirigidas a perjudicar física o moralmente a los indígenas.

Por último, la Sala considera que se equivoca el impugnante al alegar que la jurisprudencia constitucional (sent. C-671 de 2014) “calificó” la conducta endilgada al procesado en el tipo penal de hostigamiento. En efecto, además de que la alusión -en dicha sentencia- a los calificativos empleados por el concejal DELGADO son apenas una referencia contextual en un aparte con visos de obiter dicta, lo cierto es que la Corte Constitucional no ha de efectuar ningún juicio de adecuación típica, dado que no juzga la subsunción de ninguna premisa fáctica con la ley, sino que su función de control de constitucionalidad discurre en el plano general y abstracto de compatibilidad de la ley con la Constitución. Mucho menos, podría basar su interpretación de la ley en la lectura de hechos por parte de partes procesales -como lo es la Fiscalía-100, sin remitirse a la jurisprudencia especializada.

A lo sumo, podría decirse que en la precitada decisión de constitucionalidad se dieron elementos para poder clasificar expresiones como discurso de odio, el cual es tan sólo una de las vías para realizar los verbos rectores de instigar o promover, pero que carece de punibilidad aisladamente considerado. A ese respecto, la propia Corte Constitucional expresamente considera que el discurso de odio (hate speech), que apenas representa uno de los mecanismos para la comisión del delito de hostigamiento -sin que sea equivalente-, no está penalizado por los arts. 3º y 4º de la Ley 1482 de 2011.

No sobra precisar, igualmente, que si bien en el juicio de adecuación típica se identificó la emisión de expresiones que podrían resultar injuriosas y, por esa vía, afectar el bien jurídico de la integridad moral, en el presente caso está cerrada la posibilidad de analizar una posible variación de la calificación jurídica para examinar la responsabilidad penal por el delito de injuria. Ello por cuanto existe un inhibidor procesal para ello, derivado de la falta de agotamiento del requisito de procedibilidad de conciliación pre-judicial para perseguir penalmente al señor DELGADO por esa conducta punible (arts. 74-2 y 522 inc. 1º del C.P.P.). En ese aspecto, como titular de la potestad de acusación, la Fiscalía decidió investigar y acusar al procesado por los conocidos hechos, dentro de los contornos del delito de hostigamiento, debiendo asumir las consecuencias de dicha determinación. Además, aun

superando hipotéticamente tal impedimento, la Sala considera que el etiquetamiento como “cánceres”, dirigido a indígenas, negritudes y desplazados no cumple con las exigencias de determinación del sujeto pasivo previstas en el art. 220 del C.P.

De acuerdo con la jurisprudencia de la Corte (cfr., entre otras, CSJ AP1705-2017, rad. 49.200; SP 5 dic. 2016, rad. 45.215 y SP 10 jul. 2013, rad. 38.909), la imprecisión de opiniones, que impide deducir un destinatario directo y específico de los señalamientos, en tanto titular de un bien jurídico de carácter individual, descartan la potencialidad de perpetrar un verdadero daño en el patrimonio moral de quienes podrían sentirse aludidos por las palabras del sujeto activo, dada la indeterminación de su contenido. Ello, en la medida que las manifestaciones abstractas, genéricas e imprecisas hacen que las mismas no sean aptas para afectar la honra o el buen nombre de alguien en particular.

4.3.3 En conclusión, por las anteriores razones, el juicio de tipicidad es negativo, tanto en los aspectos objetivo como subjetivo, razón suficiente para descartar la responsabilidad penal del acusado como autor de hostigamiento. Por consiguiente, la alegada violación directa de la ley por falta de aplicación del art. 134 B del C.P. carece de fundamento, sin que tampoco haya lugar a casar la sentencia por violación indirecta de la ley sustancial, fundada en error de hecho por falso juicio de identidad, por cuanto la supuesta falta de apreciación de pruebas recae sobre un resultado típico no exigido por el tipo penal en cuestión.

Así, entonces, es clara la falta de prosperidad de los cargos formulados en la demanda de casación, por lo que la sentencia no habrá de casarse.

En mérito de lo expuesto, la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

RESUELVE

NO CASAR la sentencia impugnada.

Contra esta decisión no proceden recursos.

Cópiese, notifíquese y devuélvase al tribunal de origen.

Cúmplase.

EYDER PATIÑO CABRERA

Con salvamento de voto

JOSÉ FRANCISCO ACUÑA VIZCAYA

JOSÉ LUIS BARCELÓ CAMACHO

EUGENIO FERNÁNDEZ CARLIER

LUIS ANTONIO HERNÁNDEZ BARBOSA

PATRICIA SALAZAR CUÉLLAR

LUIS GUILLERMO SALAZAR OTERO

NUBIA YOLANDA NOVA GARCÍA

Secretaria

SALVAMENTO DE VOTO A LA SENTENCIA

SP112-2019, 30 en. 2019, rad. 48388

Bogotá, D. C., treinta (30) de enero de dos mil diecinueve (2019).

Con el acostumbrado respeto por la decisión mayoritaria de la Sala, al no compartirla, salvo

el voto pues a mi juicio la sentencia dictada por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Pereira ha debido casarse para, en su lugar, dejar incólume la proferida por el Juzgado Sexto Penal del Circuito con Funciones de Conocimiento de la misma ciudad, que halló responsable y condenó a Fernando Antonio Delgado por el punible de hostigamiento agravado.

Imperioso resulta mencionar que, por razones prácticas, me ocuparé únicamente sobre la materia de disenso, habida cuenta que tal y como se indicara en la providencia de la cual me aparto, en un todo se acogieron las premisas generales desarrolladas por el suscrito en el proyecto que en su momento fue sometido a discusión, y posteriormente derrotado [identificadas en el fallo de casación con §§ 4.1, 4.1.1, 4.1.2, 4.1.3 –incluidas sus ramificaciones (excepción hecha del 4.1.3.7 que se reprodujo de forma fragmentaria)–, 4.2, 4.3 y 4.3.1 (también parcialmente)].

1. La primera discrepancia surge en lo que respecta al análisis efectuado por la Sala en punto de la tipicidad subjetiva en el delito de hostigamiento, al decir que «ha de identificarse [en el autor] cierto patrón ideológico que le motive a instigar o promover la causación de daños a personas pertenecientes a los grupos protegidos por la norma».

Por dicha vía, la Corte concluye que:

[p]ara la acreditación del dolo específico en el hostigamiento, no [es] suficiente verificar en el agente una mera intención de ofender a integrantes de un grupo vulnerable, sino que deb[e] identificarse un perfil ideológico que lo motive a atacar a determinado grupo, que sea congruente con la incitación o promoción en terceros de actos destinados a causarles daño físico o moral.

Se justifica ello al acudir a la citada jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (§ 4.1.2), de la que se dice existe facilidad para identificar la pertenencia o militancia de los sujetos activos a ciertos gremios o ideologías que motivaron sus discursos,

entre otros: (i) grupos xenófobos, (ii) sectas religiosas, (iii) partidos políticos de extrema derecha, (iv) sectores parlamentarios de ideología nacionalista, (v) colectividades antisemitas y (vi) asociaciones homofóbicas.

Aunque lo anterior sea cierto, también lo es que ese patrón ideológico –que en últimas califica al agente y, por tanto, deviene incoherente aquella argumentación (§ 4.1.3.4) de que la ilicitud está referida a un sujeto activo indeterminado o común– no constituye un ingrediente del tipo previsto por el legislador, por el contrario, dentro de su legítima libertad de potestad de configuración en materia penal, prefirió no incluir requerimiento alguno.

De cara al aludido predicamento, la Corte forja un agregado al elemento subjetivo de la tipicidad e impone cargas adicionales en la instrucción y juzgamiento de la delincuencia en comento, pues ya no será suficiente probar un dolo específico o un móvil o propósito concreto, sino que obligado resulta auscultar en el agente, entre otros, aspectos tales como filiación política, ideología en la que se inscribe, formación específica, maneras de expresarse, o actitud previa hacia categorías sospechosas de discriminación, todos los cuales, se reprocha, fueron echados de menos en la actuación.

Por demás, no obstante la sentencia puntualiza que en el asunto de la especie «únicamente se cuenta con el discurso» del procesado, y agrega que «nada dice sobre el aspecto interno de su actuar», no es dable desconocer que en el acontecer cotidiano, además de otras prácticas sociales, es el discurso el que principalmente permite expresar la ideología en la que se inscribe cada persona, así entonces, ésta debe buscarse en la base del mismo.

Por fuerza de lo dicho, cuando se motiva, elucida o justifica determinada postura a través de métodos discursivos, innecesario se hace que un tercero, ante los interlocutores, exteriorice o presente al hablante bajo determinado rótulo o patrón, toda vez que son sus propias palabras las que permiten reconocer la subyacente estructura mental o modelo ideológico que guía su actuar y demarcan su proceder.

2. Ahora bien, en el juicio de adecuación típica, para desechar el encuadramiento de la conducta desplegada por Fernando Antonio Delgado con la descripción gramatical ínsita en el artículo 134B del Código Penal, la Sala procura «[reconstruir] el contexto comunicativo» y juzgar el discurso emitido por aquél, «a la luz [de] algunos criterios pertinentes que determinan su textualidad, como la intencionalidad del emisor□la aceptabilidad en el receptor□la situacionalidad y la intertextualidad»¹⁰¹.

Luego de ello, concluyó que:

i) no... [existió] una tal invitación a unirse en contra de la plurimencionada minoría; ii) [quedó] claro que el procesado abogó por la defensa de un interés jurídico colectivo legítimo cifrado en garantizar que no se perdiera un espacio público deportivo para disfrute de la comunidad y iii) que la alusión a la defensa del bien común fue una proposición dirigida a los concejales para que impidieran que el municipio se quedara sin escenarios deportivos [...]

Bajo idénticos criterios de textualidad incorporados por la Corte en la decisión mayoritaria, de forma respetuosa considero que sólo se tuvo en cuenta una cara de la moneda en el discurso pronunciado por el procesado, en cualquier caso, alejado del contexto, esto es, de la situación sociológica y política que para la época vivenciaba la población de Marsella (Risaralda), y del lugar, momento y bajo las circunstancias en que se difundió.

Nos permitimos, entonces, exponer lo que en nuestro criterio debió ser una solución adecuada al problema jurídico¹⁰² que afrontó la Colegiatura.

Para ello, tal y como lo explicitamos en el proyecto que al final fuera derrotado, es menester ubicar en contexto el asunto, por lo que es dable referir como hechos ciertos y debidamente acreditados en el paginario, producto, bien de estipulaciones probatorias, ora del tamiz propio del juicio, los siguientes:

a). En la jornada electoral convocada el día 30 de octubre de 2011, el candidato por el Partido Conservador Colombiano¹⁰³ Fernando Antonio Delgado fue elegido concejal del Municipio de Marsella, para el período constitucional del 1º de enero de 2012 al 31 de diciembre de 2015¹⁰⁴.

b). Posesionado en el cargo de elección popular y en ejercicio del mismo, el 14 de agosto de 2012, durante la sesión ordinaria n.º 8105 de la mencionada corporación edilicia, entre otros asuntos, se discutió la viabilidad de otorgar al Resguardo Suratena (etnia Embera Chamí) un lote de terreno (predio correspondiente a una cancha de fútbol) ubicado en el corregimiento Alto Cauca de aquella localidad; comunidad desplazada como consecuencia de catástrofe natural generada por ola invernal y alojada de manera precaria en sus inmediaciones por varios años¹⁰⁶. La misma transcurrió¹⁰⁷ de la siguiente forma:

(i) El cabildante José Uriel Morales Buriticá, en razón a información periodística que daba a entender que se cedería el aludido predio para la construcción de viviendas a la población indígena, y al esgrimir que se perdería un escenario deportivo, solicitó información a la alcaldesa encargada, citada en esa oportunidad a la sesión.

Añadió que, «sin llevar botas y tapabocas», por el sector aledaño no se podía caminar ante la cantidad de personas (alrededor de ciento veinte) que ahí «realiza[ba]n sus necesidades», al no contar con unidades sanitarias.

Por otro lado explicó que, si se permitía construir el plan de vivienda en el sitio, debía existir adecuación del alcantarillado, además, revisar la deforestación de las quebradas que surtían a dos bocatomas cercanas, toda vez que los aborígenes –de quienes aseguró eran difíciles de manejar–, como cocinaban con leña, «socolaron y acabaron con los guaduales y con todo».

Por último, indicó que no es que quisieran sacarlos del lugar, sino reclamar una solución de ubicación con todas las adecuaciones.

(ii) La mandataria municipal, por su parte, al detalle reveló que en una reunión sostenida con la Gobernación de Risaralda, se planteó la posibilidad de un proyecto habitacional que ya contaba con un terreno para ello, sin embargo, la inversión a ejecutar en acueducto y alcantarillado era muy alta, razón para que fuera aplazado y se procurara buscar un paraje apto, esto es, con disponibilidad de los mencionados servicios básicos.

(iii) Seguidamente intervino Francisco Javier Cano Gómez, edil que en lenguaje coloquial manifestó que el remedio no podía ser peor que la cura, que a quienes habían «sacado votos allá», les incumbía oponerse a que el Alto Cauca y sus deportistas perdieran ese espacio, sostuvo que «el Alto Cauca ya no [era] la mitad de lo que hace veinte años era» y si le quitaban la cancha, el corregimiento desaparecería.

Por tanto, según Cano Gómez si bien debía brindarse la posibilidad de reubicación, no era dable que se exigiera ese predio pues, subrayó, «[u]no exige cuando tiene la plata en la mano y cuando uno es el que va a comprar, pero es que a ellos les van a dar, no pueden andar exigiendo que tiene que ser en la cancha... ¡como así, con paperas y cotudos también!».

(iv) Frente a tales afirmaciones, al referirse a la situación de los indígenas, la alcaldesa replicó que había «que ponerse la mano en el corazón» porque estaban «en condiciones deplorables».

(v) Al retomar la palabra, Cano Gómez agregó que las familias damnificadas se incrementaron, pues inicialmente eran nueve y a esa fecha el número se elevaba a cuarenta y dos. Luego, hizo alusión a situaciones pasadas para indicar que el Municipio de Marsella «se había llenado de indígenas» pues allí les daban de todo, por lo cual, pidió a la administración municipal hacer un censo e impedir el ingreso de «un solo indígena más» a la citada cancha de fútbol.

(vi) Una vez lo anterior, Fernando Antonio Delgado, en ejercicio de su rol como concejal,

anunció unirse a esa «inquietud» y así intervino¹⁰⁸:

[n]o fueron nueve, fueron siete los primeros damnificados en la escuela de Suratena y mire los que hay, y mire concejales que abajo en la parte de La Siria, todos los que están ahí ubicados ahí tumbaron los ranchitos que tenían para venirse para ahí porque sabían que les iban a dar casa nueva, y tenían casitas bien organizadas y las tumbaron. Entonces. Ahora eso no quiere decir que entonces ahora, vamos a decir que entonces no les vamos a ayudar porque yo le soy sincero vea, ¡grupos difíciles de manejar en un gobierno como el tema de los desplazados, las negritudes y los indígenas no hay, son los tres sectores más difíciles de manejar, son tres cánceres que tienen el gobierno nacional y mundial! Entonces en este caso, por ejemplo el tema de los indígenas, ¡ah! ¡que es que los indígenas!, mire, ¡esos indígenas no fue los que lucharon por nosotros, fueron unos indígenas distintos los que lucharon por esta patria, no fueron esos!

Ahora, en el sentido es que estoy de acuerdo con usted Uriel y yo creo que todo el Concejo en pleno vamos a tener que estar muy atentos y muy preocupados para defender, porque ellos van a decir que entonces el bien común, el bien común de esa cancha, perdón, es el corregimiento del Alto Cauca también. Vamos a estar muy atentos para defender el tema de que si es que no hay otra solución, así como resultaron los recursos para comprar un predio, entonces que antes de utilizar esa cancha para que se queden ahí, que ya esté construida la cancha nueva para el corregimiento del Alto Cauca.

(vii) Intervino nuevamente José Uriel Morales Buriticá para solicitar la conformación de una comisión en el Concejo Municipal que se encargara de entablar comunicación con la Gobernación de Risaralda y el Comité de Cafeteros, en razón a que la población también se iba a pronunciar y debía ayudársele, «no a atacar a los indígenas» pero sí a solucionar la problemática que vivenciaban por la pérdida de espacios deportivos en el referido corregimiento.

Agregó que el resguardo cada ocho días «armaba» fiestas de uno y dos días, «día y noche», con alto volumen, que vivían en «una parranda total», que «no quieren sino que el Gobierno los tenga, que les den» y que habría que enseñarles a través de entidades como el SENA.

(viii) Luego, la alcaldesa expuso que a los indígenas «nadie los quiere al lado, y eso se lo dicen al gobernador: nadie los quiere al lado, en algún lado hay que ponerlos, pero nadie los quiere al lado, es bien complicada esta situación». A lo que un interviniente¹⁰⁹ en la disertación, añadió en tono de burla, «entonces nos los llevamos pa' la Miranda», y entre risas de aquella y otros, terminó la charla.

(ix) Para finalizar este punto de la agenda, el Presidente del Concejo¹¹⁰ recordó que a los indígenas, como nativos, los protegía una legislación especial, por ello, llamó a la discreción de los cabildantes en el uso del lenguaje al escuchar «palabrejas que son muy peligrosas» de las cuales tendrían que responder individualmente.

Los anteriores hechos jurídicamente relevantes, así narrados, no admitieron discusión entre los intervinientes, circunscribiéndose el busilis del asunto a determinar si los mismos típicamente se adecuaban, o no, a la norma de prohibición que el hostigamiento consagra en el canon 134B del Código Penal.

Tal y como lo aludió el censor en su demanda¹¹¹, dos son los momentos en los que Fernando Antonio Delgado se pronunció en la aciaga sesión: en un principio, cuando se refirió a las comunidades desplazadas, afrodescendientes y, especialmente, indígenas como «cánceres que tienen el gobierno nacional y mundial» y, un segundo apartado, al solicitar se hiciera causa para la defensa del «bien común» representada en la cancha de fútbol que pretendía cederse al Resguardo Suratena.

Al primer comentario, el suscrito no puede asignarle calificativo distinto al de un modélico discurso de odio (posición también acogida por la Sala Mayoritaria), como pasa a explicarse:

Desplazados, afrodescendientes e indígenas son grupos minoritarios que poseen una vulnerabilidad histórica en punto de marginación y segregación, y así se les ha reconocido en materia de instrumentos de derecho internacional y del bloque de constitucionalidad incorporado al orden interno, teniéndoseles como categorías sospechosas de discriminación, razón para merecer acciones afirmativas de protección por el Estado Colombiano, máxime cuando, como en el caso presente, existió una mención explícita respecto de un colectivo que entrañaba dos de aquellos criterios: indígenas y desplazados.

Aunque una de las acepciones¹¹² para la palabra cáncer es la «proliferación en el seno de un grupo social de situaciones o hechos destructivos» (lo cual confirma el sentido metafórico que al término se le ha dado), referirse a tales grupos como «cánceres» es una opinión degradante y humillante, asociada a prejuicios, estereotipos y etiquetas características de discriminación, en las que no sólo se les apareja como algo sumamente negativo o dañino (o, «moral o socialmente malo»¹¹³) para un sector mayoritario de la sociedad, sino que, por esa vía, también se estigmatiza a las personas que padecen la enfermedad propiamente dicha.

El Tribunal ad quem restó importancia a la invectiva de Delgado, al explicar que su propósito era «resaltar la gravedad de la problemática que dichas comunidades han generado [a] nivel nacional e internacional»¹¹⁴. Sin embargo, del contexto de su intervención aflora la intención deliberada de herir el amor propio o la dignidad de los integrantes de esas comunidades (criterio de humillación que permite determinar la real existencia de un discurso de odio) y, principalmente, de los aborígenes vinculados a la etnia Embera Chamí, a quienes en principio, sin fundamento alguno¹¹⁵, acusó de haber derribado sus viviendas para asentarse en los alrededores de la cancha de fútbol del Alto Cauca «porque sabían que les iban a dar casa nueva»¹¹⁶, y luego redujo al decir que «esos indígenas no fue los que lucharon por nosotros, fueron unos indígenas distintos los que

lucharon por esta patria, no fueron esos», lo que de suyo constituyó una subyacente alocución en defensa de la exclusión, dada la potencialidad que sobre terceros se cernía de interpretar esas voces como una verdadera invitación a la segregación, por la sola condición de pertenencia al grupo tribal.

No puede olvidarse que quienes le precedieron en el uso de la palabra, como atrás se reseñó, en esencia, también hundieron sus raíces en el campo de la discriminación, habida cuenta que, so pretexto de la defensa del bien común de la población de aquel corregimiento, asociaron a los indígenas a aspectos desagradables, por ejemplo, que por el sector no se podía transitar sin llevar botas y tapabocas, que estos habían deforestado las inmediaciones de dos bocatomas, que se acostumbraron a que les dieran de todo y por eso el Municipio de Marsella «se había llenado de indígenas», razón que justificaba impedir el ingreso de «un solo indígena más».

Ese catalizador discurso tuvo su culmen en la funesta arenga de Delgado, más el mismo no terminó con ella, toda vez que sirvió de punto de partida para que, a renglón seguido, se ridiculizaran sus costumbres (con la alusión a sus festividades), fueran etiquetados como individuos que viven a expensa de otros (se cifró así una actitud parasitaria), y se les cosificara, pues a pesar que «nadie los quería al lado», «había que ponerlos en algún lugar». Así, lo que debió ser una sesión que procuraba resolver la problemática de desplazamiento del Resguardo Suratena, temática en demasía seria, devino en una frívola conversación (no pueden ser más dicientes las risas con las que finalizó) en la que, además, se dio un trato desigual a aquella colectividad por motivos raciales.

Recuérdese que la Corte Constitucional en la sentencia CC C-671-2014 se encargó de retratar algunos casos tipo de discriminación –como formas verbalizadas de segregación y exclusión– que activan la función represiva del Estado a través de la Ley 1482 de 2011, así:

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 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. [...]

En el caso específico del hostigamiento, como éste se 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. [subrayado fuera de texto]

Al respecto, el suscrito clarifica que la referencia efectuada en el pluricitado fallo, en manera alguna sirve de fundamento a la calificación del comportamiento del acusado como punible de hostigamiento pues, en puridad de verdad, el Alto Tribunal no elaboró un juicio de adecuación típica, dado que no le compete juzgar el encuadramiento de la premisa fáctica con la norma, sino que su función de control de constitucionalidad discurrió en el plano general y abstracto de compatibilidad de la ley con la Carta Política.

Es por ello que la misma sentencia estrictamente refiere lo sucedido con Delgado como una de las «hipótesis discursivas de discriminación» que para aquel momento investigaba la Fiscalía General la Nación y, acaso sirvió de soporte ejemplificativo de ciertas expresiones como discurso de odio –apenas una herramienta para realizar los verbos rectores de instigar o promover–.

Ahora bien, como el delito de hostigamiento no se estructura por el hecho de simplemente manifestar una idea u opinión negativa, chocante, ofensiva, injuriosa o intolerante contra una persona o grupo, comunidad o pueblo, por razón de las categorías sospechosas de discriminación que la norma vincula, sino por «promover» o «instigar» actos con la finalidad de causarles daños físicos o morales, imperioso se hacía verificar si el segundo apartado de la intervención de Fernando Antonio Delgado, encuadra en la conducta descrita en el artículo 134B del Código Penal. Tal y como se expuso en la vencida ponencia, nuestra respuesta es afirmativa.

A fin de acreditar la relación triangular (sujeto agente–público–grupo destinatario de los actos de hostigamiento) que envuelve aquel precepto, ya se ha decantado que el procesado fungió en su rol de orador, cuya audiencia, en principio, la constituía el Concejo Municipal de Marsella, corporación administrativa a la que como edil pertenecía para aquella época.

Su expresión verbalizada incluyó la defensa del odio contra un colectivo constitucionalmente protegido, pero, aunado a ello, configuró una incitación (a lo sumo, por

el conocimiento del contexto, le era altamente probable e inminente que la audiencia se incitara) a la discriminación, a la segregación, a la hostilidad o a la violencia, específicamente de la etnia Embera Chamí, pues a pesar que también hizo referencia a las negritudes, su ofensivo embate lo dirigió hacia el desplazado Resguardo Indígena Suratena.

La situación social del encausado resultaba preponderante a la hora de evaluar el caso concreto, dada su condición de concejal (servidor público¹¹⁷), por ende, receptor de significativa atención y capaz de ejercer influjo¹¹⁸ sobre sus pares y la población de Marsella, a la cual se debía como su representante, aspecto que para la Sala no representó mayor relevancia.

Así entonces, en este apartado es viable deslindar dos ámbitos de recepción del espoleador discurso: uno en los cabildantes, y otro en la población representada por ellos.

En el plenario refulge evidencia de que en el municipio risaraldense, para la fecha de sesión en la corporación edilicia, ya existía un escenario de hostilidad hacia los indígenas, a quienes se les negaba su condición de desplazados para atribuirles una conducta parasitaria, cifrada en la simulación del desplazamiento, con autodestrucción de sus casas para instalarse en las inmediaciones del paraje deportivo y demandar auxilios del ente territorial, etiquetándolos como «sucios», «ruidosos» y «destructores», y así se extracta de las intervenciones de otros ediles como ya quedara visto.

En ese marco surgió una proposición que, más allá de ser inconstitucional por desconocer los derechos fundamentales a la libre locomoción y a la igualdad, se ofrece segregativa, elevada por Francisco Javier Cano Gómez, quien sugirió a la administración local hacer un censo y no admitir el ingreso de «un solo indígena más». La intervención del procesado fue una reacción directa a esa interpelación.

De ahí que, frente a los concejales y la alcaldesa, el mensaje discriminatorio de Fernando

Antonio Delgado tuvo un impacto claro en sus receptores: bajo el pretexto de defender el bien común, concretado en recuperar la cancha para su uso normal, aquél ciertamente utilizó el discurso de odio –por sí mismo no penalizado– como una herramienta para influir en la adopción de medidas administrativas dirigidas a impactar la situación de los indígenas –desplazados y no desplazados–, por su condición de tales. Al unirse a la «inquietud» de sus antecesores, el enjuiciado propugnó porque la solución a la problemática se viera influenciada por la exclusión.

Al margen del grupo que ocupaba las inmediaciones de la cancha, el objeto del debate concernía a circunstancias de orden público, salubridad, sostenibilidad y ordenamiento territorial, tópicos que para nada fueron abordados por el acusado¹¹⁹, quien promovió una base decisoria distinta. En lugar de considerar las circunstancias de debilidad manifiesta de los afectados –quienes encajaban en dos criterios sospechosos de discriminación: indígenas y desplazados– utilizó como arma de persuasión el racismo.

Al llamarlos cáncer, no sólo los asimiló a algo perjudicial e indeseable a extirpar del municipio, sino que al sostener que no fueron «esos indígenas... los que lucharon por nosotros», invocó la segregación como cimiento para decidir. De esa forma patrocinó por su exclusión, e implícitamente los degradó a una categoría «inferior», distinta a «nosotros», por ende, indignos de ser tratados con igualdad. Evidencia de ello se advierte al imputarles maleficencia, cuando les endilgó simular la condición de desplazados y destruir sus casas para situarse en la cancha y así demandar asistencia estatal.

Esto, articulado en un solo tejido y basándose en la objetividad de lo que se dijo, a los ojos de un desprevenido observador enseña que el acusado se valió de la discriminación contra un grupo poblacional –al que curiosamente dice pertenecer¹²⁰– para que la administración local acogiera medidas de solución arbitrarias. No puede entenderse que el daño a causar sería el desalojo de la cancha y su ubicación en otro sitio, pues ello es una orden legítima compatible con el ordenamiento territorial, sino que con esa arenga canalizó la

animadversión de la población hacia el Resguardo y, además, le adicionó los consabidos efectos del discurso de odio para influir en el ánimo de los cabildantes.

En ese entendido, es claro que auspició la discriminación para que ésta fuera el fundamento de las órdenes a adoptar, entre ellas, impedir el ingreso de «un solo indígena más», «remedio» inconstitucional y segregativo, sin lugar a dudas suficiente para dañar moralmente a las víctimas, pudiéndoles causar un perjuicio concretado en un empadronamiento -etiquetamiento a través del censo- y limitación de su derecho a la libre locomoción.

En síntesis, si la opción planteada fue evitar la admisión de indígenas, es inobjetable que el acusado utilizó el discurso de odio como herramienta para perjudicarlos, pues metafóricamente hablando hizo un llamado al Concejo en pleno para «defenderse» del cáncer, al que habría que cerrarle el paso, tanto más cuanto ese «mal» provenía de alguien distinto a «nosotros», quien destruye lo suyo para reclamar prestaciones «nuestras».

Por consiguiente, es claro que el riesgo comunicativo planteado por ese mensaje a los cabildantes y a la alcaldesa fue idóneo para que, a través de medidas administrativas, se lesionara a los aborígenes desplazados, no por razones legítimas que aconsejaran retirarlos de allí, sino por otros motivos, cuyo pedestal se entiende en el racismo, la discriminación y la segregación.

Ahora bien, esa exposición, analizada de cara a otro receptor, identificado en los pobladores del municipio, es igualmente apto para abrir la posibilidad de que los indígenas asentados fueran hostigados, vale decir, afectados física o moralmente por actos de discriminación.

En virtud del modelo de democracia participativa apuntalado en la Carta Política, que tiene como propósito garantizar a los ciudadanos su intervención en todos los procesos decisorios que afecten o comprometan sus intereses, si bien es cierto los concejos municipales no son órganos legislativos, sino entidades de naturaleza político-administrativa (artículo 312

eiusdem), se integran y conforman a través del voto, siendo depositarios del mandato que sus electores le han confiado en cada nivel territorial.

Por ello, al analizar las problemáticas inherentes a la población más próxima, son responsables ante esta por las decisiones que adopten en el cumplimiento de sus funciones, las mismas que le obligan a desarrollar el carácter universal y expansivo del principio de representación democrática bajo condiciones que aseguren un equilibrado pluralismo y el respeto por la participación, la libertad y la igualdad (Corte Constitucional CC C-008-2003).

Esa estrecha relación entre electores y elegidos, fruto de una democracia integral que incluye a la representativa y la participativa, hacen que a los miembros de tales corporaciones les sea exigible un especial deber de cautela y un estándar de responsabilidad más alto frente a sus actos y palabras, en razón al amplio espectro de que gozan en tratándose del ejercicio de la libertad de expresión.

Como el juicio de adecuación típica debe acreditar el camino que siguió el mensaje desde la emisión hasta su recepción en la ciudadanía misma, normativamente ha de fijarse que el procesado dijo lo que dijo públicamente, no sólo ante el Concejo sino ante la comunidad, al escudriñar en los artículos 8º y 60 de la Ley 1437 de 2011121:

Artículo 8º. Deber de información al público. Las autoridades deberán mantener a disposición de toda persona información completa y actualizada, en el sitio de atención y en la página electrónica, y suministrarla a través de los medios impresos y electrónicos de que disponga, y por medio telefónico o por correo, sobre los siguientes aspectos:

1. Las normas básicas que determinan su competencia.
2. Las funciones de sus distintas dependencias y los servicios que prestan.

3. Las regulaciones, procedimientos, trámites y términos a que están sujetas las actuaciones de los particulares frente al respectivo organismo o entidad.
4. Los actos administrativos de carácter general que expidan y los documentos de interés público relativos a cada uno de ellos.
5. Los documentos que deben ser suministrados por las personas según la actuación de que se trate.
6. Las dependencias responsables según la actuación, su localización, los horarios de trabajo y demás indicaciones que sean necesarias para que toda persona pueda cumplir sus obligaciones o ejercer sus derechos.
7. La dependencia, y el cargo o nombre del servidor a quien debe dirigirse en caso de una queja o reclamo.
8. Los proyectos específicos de regulación y la información en que se fundamenten, con el objeto de recibir opiniones, sugerencias o propuestas alternativas. Para el efecto, deberán señalar el plazo dentro del cual se podrán presentar observaciones, de las cuales se dejará registro público. En todo caso la autoridad adoptará autónomamente la decisión que a su juicio sirva mejor el interés general.

Parágrafo. Para obtener estas informaciones en ningún caso se requerirá la presencia del interesado. [subrayado fuera de texto]

Artículo 60. Sede electrónica. Toda autoridad deberá tener al menos una dirección electrónica.

La autoridad respectiva garantizará condiciones de calidad, seguridad, disponibilidad, accesibilidad, neutralidad e interoperabilidad de la información de acuerdo con los

estándares que defina el Gobierno Nacional.

Podrá establecerse una sede electrónica común o compartida por varias autoridades, siempre y cuando se identifique claramente quién es el responsable de garantizar las condiciones de calidad, seguridad, disponibilidad, accesibilidad, neutralidad e interoperabilidad. Así mismo, cada autoridad usuaria de la sede compartida será responsable de la integridad, autenticidad y actualización de la información y de los servicios ofrecidos por este medio.

Y, específicamente, en los preceptos 26 y 27 de la Ley 136 de 1994¹²²:

Artículo 26. Actas. [Modificado por el artículo 16 de la Ley 1551 de 2012]. De las sesiones de los Concejos y sus Comisiones permanentes, [e]l Secretario de la Corporación levantará actas que contendrán una relación sucinta de los temas debatidos, de las personas que hayan intervenido, de los mensajes leídos, las proposiciones presentadas, las comisiones designadas, resultado de la votación y las decisiones adoptadas.

Abierta la Sesión, el Presidente someterá a discusión y aprobación, previa lectura si los miembros de la Corporación lo consideran necesario, el Acta de la sesión anterior. No obstante el Acta debe ser puesta previamente en conocimiento de los miembros de la Corporación, bien por su publicación en la Gaceta del Concejo, o bien mediante el medio de que disponga e[l] municipio para estos efectos.

Parágrafo. Cada concejo municipal dispondrá los mecanismos necesarios para que todas las actas de sesiones estén debidamente publicadas en medios electrónicos y/o físicos, accesibles a toda la población.

Artículo 27. Publicidad de los Actos del Concejo. [Modificado por el artículo 17 de la Ley 1551 de 2012]. Los Concejos deberán publicar sus actos a través del medio que consideren oportuno, siempre y cuando ellos garanticen la efectividad de su difusión a la comunidad.

Las normas transcritas son indicativas del deber de divulgar las actas de las sesiones en las gacetas correspondientes –por naturaleza de pública consulta– y en otros espacios idóneos que para tal menester se establezcan, verbigracia, como así ocurre en el caso del Concejo Municipal de Marsella que cuenta con sede electrónica¹²³ en donde, inclusive, se pueden ver las memorias escritas y los videos de las mismas.

Y ello, de contera, se articula con el mundo de los hechos, pues en las sentencias de instancia hay suficiente evidencia informativa que medios de comunicación regional y nacional inmediatamente difundieron el lamentable discurso de Delgado. De esto también dan cuenta las posteriores sesiones¹²⁴ en las que se abordó el tema.

Con ese panorama, normativa y fácticamente es viable acreditar que el mensaje en efecto llegó a la población y, en consecuencia, hacer el juicio de idoneidad sobre él, cualificado en punto del riesgo de segregación, y adecuado para motivar o inducir a los habitantes a hostigar a los indígenas desplazados en la zona.

Desde el plano general y abstracto es dable considerar que, sabiéndose el contexto de repudio hacia los aborígenes descrito por la alcaldesa –que «nadie los quería al lado»–, las palabras del concejal acusado pudieron influir en los representados –electores y no electores– en propagar prácticas de discriminación y exclusión en su contra. Y esos actos, desde luego, son aptos para, por lo menos, generar afectaciones morales.

Argumento que no se ofrece especulativo, ni desborda los contornos de adecuación típica fijados en el artículo 134B del Código Penal, como se asegura en la providencia de casación, sino que, por el contrario, se aviene al análisis dogmático de la conducta punible que se inscribe en aquellas de peligro abstracto, y en la que basta la manifestación del acto constitutivo de hostigamiento, con independencia de que el sujeto pasivo sufra menoscabo, vale decir, se penaliza el «riesgo comunicativo» de aquellos actos con la idoneidad y potencialidad de producir perjuicio físico o moral.

Todo lo anterior para significar que en un recinto de la democracia, Fernando Antonio Delgado hizo un uso de la libertad de opinión incompatible con ella, en consecuencia no protegida por la garantía constitucional de la libertad de expresión. Su privilegiada posición hacía altamente probable, o era de esperarse razonablemente, que la malhadada participación en la sesión del 14 de agosto de 2012, tuviera crucial repercusión negativa, no sólo en los miembros del concejo, sino en la ciudadanía en general, máxime que, como se oyó decir en el audio correspondiente, todos los ediles habrían obtenido votos en el corregimiento del Alto Cauca, además, que sus pobladores se mostraban inquietos frente a la problemática social de varios años, suscitada por el asentamiento del Resguardo Suratena en las inmediaciones de la cancha de fútbol, al punto que algunos cabildantes fueron abordados en búsqueda de una solución efectiva.

Ahora, a pesar de que se diga en el fallo mayoritario que lo pretendido en la discusión era hacer causa común para la defensa del escenario deportivo y «encontrar una salida benéfica a la problemática vivida por los indígenas alojados en ese sitio», ello solo brinda una faz del discurso, cuando en realidad este, examinado en su completitud, entraña la propalación¹²⁵ de ideas u opiniones racistas, discriminatorias y hostiles hacia los pertenecientes a la etnia desplazada, por la sola condición aborígen.

El lenguaje, escala y repetición de la comunicación utilizados, así lo exhiben: primero les imputó haber demolido sus viviendas «porque sabían que les iban a dar casa nueva», seguidamente les trató como «cáncer», luego, al compararlos con sus ancestros reprochó que, a diferencia de ellos, estos no «luchan por la patria», para concluir que, en pleno, debía hacerse lucha común. A esa altura del discurso, su ilación, forma y estilo no permitían entender que aquella causa era la defensa del paraje, sino la instigación de actos de hostigamiento.

Ante la tensión que existía entre los pobladores del corregimiento Alto Cauca (cultura mayoritaria) y el Resguardo Indígena Suratena, aspecto que se deslizó en cada una de las

intervenciones de los concejales que en su momento participaron de aquel específico punto del debate, era razonablemente probable que las expresiones de Delgado, en virtud de su alcance y magnitud, tuvieran incidencia directa en la situación de discriminación preexistente para agravarla, y que ello se tradujera en la ocurrencia de episodios de hostilidad, los que además se hacían inminentes.

Recuérdese que el punible enrostrado al procesado es de mera conducta, esto es, se sanciona el simple comportamiento del sujeto agente, al margen del resultado o las consecuencias que eventualmente produzca, por tanto, para el suscrito no admite duda que el contenido de su mensaje, de hecho tenía la idoneidad y potencialidad de incitar al odio, entrañaba un riesgo de segregación y era suficiente para provocar en el receptor una reacción violenta, capaz de causar un daño físico o moral al colectivo indígena.

Amén de lo anterior, del paginario refulgen como demostrados los perjuicios causados a esa comunidad, derivada de la práctica de prueba testimonial no controvertida por la defensa, así:

Marco Fidel Guasarave Dregama, para la época de los hechos Gobernador del Resguardo Suratena, indicó que luego de las manifestaciones del acusado, se sintieron discriminados por los habitantes de Marsella quienes los tildaban de personas «malas y dañinas», amenazados con el destierro del lugar en el que se encontraban asentados y que nadie les vendía terreno alguno.

William Niaza Siacama, líder¹²⁶ del mismo cabildo, expuso que como consecuencia de lo dicho por el edil Delgado en la sesión del Concejo Municipal, se presentaron situaciones que afectaron la vida de ese conglomerado, verbigracia, algunos conductores del servicio de transporte rural no recogían a pasajeros indígenas y varios niños debieron ser retirados de las instituciones educativas, lo que les generó un significativo daño moral, del cual se desprendía el perjuicio social y psicológico para su etnia, en su concepto condenada a

desaparecer.

Rubén Darío Guasarave Dregama, Gobernador del Resguardo al momento de comparecer a juicio, explicó que después de lo apuntado por Fernando Antonio Delgado la afectación se hizo evidente, como quiera que los indígenas desplazados estaban gestionando la adquisición de un predio denominado «Loma Seca», ubicado en la vereda Buenavista, sin embargo, los propietarios de fincas colindantes recogieron firmas y acudieron a líderes políticos para evitar la venta de ese inmueble. Aunado a ello, en los colegios se presentaron actos de rechazo hacia los niños del grupo, que condujeron a su marginación. Consideró que, en términos generales, se les señaló frente a la cultura mayoritaria como «personas no gratas».

La causación del daño no hace parte de la descripción típica de hostigamiento. Reitérrese, se castiga es la conducta idónea de persuadir a otros a la realización de actos hostiles contra grupos históricamente discriminados, que no la exigencia de un resultado material. Con todo, no deja de ser diciente que en el asunto sub judice aquellos se produjeran, en tratándose de la categoría de perjuicio moral.

En suma, para el suscrito, la conducta desplegada por el acusado es típica de los supuestos de hecho previstos en los artículos 134B y 134C, numeral 3º del Código Penal, y al advertirse que el ad quem incurrió en el yerro denunciado por el demandante en el primer cargo propuesto en el libelo, se imponía casar la sentencia confutada con fundamento en aquella censura, para, en su lugar, confirmar la de primera instancia que condenó a Fernando Antonio Delgado como autor responsable del delito de hostigamiento agravado.

Son estos razonamientos los que me llevan a discrepar de la respetable decisión mayoritaria.

Fecha ut supra.

Eyder Patiño Cabrera

1 Con salvamento de voto del magistrado Jairo Ernesto Escobar Sanz.

2 Aprobada en la IX Conferencia Internacional Americana, Bogotá, 1948.

3 Diciembre 10 de 1948.

4 Roma, noviembre 4 de 1950.

5 Adoptado y abierto a la firma, ratificación y adhesión por la Asamblea General de las Naciones Unidas mediante Resolución Nº 2200 A (XXI) de 16 de diciembre de 1966. Entró en vigor el 23 de marzo de 1976.

6 San José, Costa Rica, 7 al 22 de noviembre de 1969.

7 CFR. CASO KIMEL, SUPRA NOTA 9, PÁRR. 53; CASO CLAUDE REYES Y OTROS, SUPRA NOTA 9, PÁRR. 76; CASO LÓPEZ ÁLVAREZ, SUPRA NOTA 9, PÁRR. 163; CASO HERRERA ULLOA, SUPRA NOTA 9, PÁRRS. 109-111; CASO IVCHER BRONSTEIN, SUPRA NOTA 9, PÁRR. 146; CASO RICARDO CANESE, SUPRA NOTA 9, PÁRRS. 77-80; CASO “LA ÚLTIMA TENTACIÓN DE CRISTO” (OLMEDO BUSTOS Y OTROS), SUPRA NOTA 9, PÁRRS. 64-67; OPINIÓN CONSULTIVA LA COLEGIACIÓN OBLIGATORIA DE PERIODISTAS (ARTS. 13 Y 29 CONVENCIÓN AMERICANA SOBRE DERECHOS HUMANOS), SUPRA NOTA 8, PÁRRS. 30-33. VÉASE TAMBIÉN, INFORME ANUAL 2004. CAPÍTULO V: INFORME SOBRE LA COMPATIBILIDAD ENTRE LAS LEYES DE DESACATO Y LA CONVENCIÓN AMERICANA SOBRE DERECHOS HUMANOS. OEA/SER. L/V/II.88, DOC. 9 REV., 17 DE FEBRERO DE 1995. APROBADO EN EL 88 PERÍODO ORDINARIO DE SESIONES. CIDH. INFORME NO. 130/99. CASO NO. 11.740. VÍCTOR MANUEL OROPEZA. MÉXICO. 19 DE NOVIEMBRE DE 1999. CIDH. INFORME NO. 50/99. CASO NO. 11.739. HÉCTOR FÉLIX MIRANDA. MÉXICO. 13 DE ABRIL DE 1999. CIDH. INFORME NO.

11/96, CASO NO. 11.230. FRANCISCO MARTORELL. CHILE. 3 DE MAYO DE 1996.

8 Relatoría Especial para la Libertad de Expresión – Comisión Interamericana de Derechos Humanos, Una agenda hemisférica para la defensa de la libertad de expresión. Documento disponible en:

http://www.oas.org/es/cidh/expresion/docs/cd/sistema_interamericano_de_derechos_humanos/index_AHDLE.html. Último acceso: 26 de junio de 2018.

9 4.2.2.1.3. Por último, existen casos en los que se involucra el interés público. En relación con ciertos tipos de actos comunicativos es constitucionalmente relevante considerar el interés público, bien sea porque éste se entremezcla con el interés del receptor o la audiencia de la emisión –caso en el cual opera como un refuerzo a la protección de la libertad en comento–, bien sea porque la expresión puede afectar elementos específicos de dicho interés público –caso en el cual opera como un eventual límite a su ejercicio–. En la primera hipótesis, es decir, cuando el interés público se entremezcla con el interés de los receptores de la expresión –que es el caso de las comunicaciones a través de medios masivos o de manifestaciones públicas– las expresiones no se dirigen a un individuo o un grupo en particular, pero es relevante, en cualquier caso, tener en cuenta el interés del público en recibir las opiniones, ideas, pensamientos e informaciones transmitidas. En la segunda hipótesis, es decir, cuando el interés público obra como un límite eventual al ejercicio de la libertad individual de expresión, dicho interés público se identifica necesariamente con las causales que, de conformidad con los tratados internacionales que obligan a Colombia, podrían eventualmente justificar limitar la libertad de expresión en casos concretos, a saber: la preservación de la seguridad, el orden público, la salud o la moral públicas y los derechos de los demás.

Estos componentes del interés público, sin embargo, están sujetos a una interpretación no expansiva sino altamente restrictiva. Ello implica que el interés público ha de materializarse en un interés puntualmente definido para evitar que

categorías de interés público demasiado amplias terminen por erosionar la libertad de expresión. De tal forma que para que el interés público pueda ser invocado como limitante de la libertad de expresión es necesario que éste sea precisado en cada caso, es decir, circunscrito a hipótesis específicas e identificables de perjuicios concretos a evitar, como se explicará en el capítulo sobre las limitaciones admisibles a la libertad de expresión stricto sensu. T-391 de 2007 (MP. Manuel José Cepeda Espinosa. SV. Rodrigo Escobar Gil).

10 Ob. cit.

11 Cfr. Caso de Claude Reyes y otros, supra nota 9, párr. 85; Caso Herrera Ulloa, supra nota 9, párrs. 112 y 113; Caso Ricardo Canese, supra nota 9, párrs. 82 y 83; Caso Ivcher Bronstein, supra nota 9, párr. 152; Caso “La Última Tentación de Cristo” (Olmedo Bustos y otros), supra nota 9, párr. 69; Caso Tristán Donoso, supra nota 9, párr. 113; Caso Ríos y otros, supra nota 9, párr. 105; Caso Perozo y otros, supra nota 9, párr. 116; Caso Usón Ramírez, supra nota 9, párr. 47; Opinión Consultiva La Colegiación Obligatoria de Periodistas (arts. 13 y 29 Convención Americana sobre Derechos Humanos), supra nota 8 párr. 70.

12 Cfr. Caso Herrera Ulloa, supra nota 9, párr. 116; Caso Ricardo Canese, supra nota 9, párr. 86; Caso Ríos y otros, supra nota 9, párr. 105; Caso Perozo y otros, supra nota 9, párr. 116. Véase también, CIDH. Informe No. 130/99. Caso No. 11.740. Caso de Víctor Manuel Oropeza. 19 de noviembre de 1999.

13 Cfr. Caso Claude Reyes y otros. supra nota 9, párr. 75. Véase también, CIDH. Informe No. 130/99. Caso No. 11.740. Víctor Manuel Oropeza. México. 19 de noviembre de 1999; CIDH. Informe No. 38/97. Caso No. 10.548. Hugo Bustíos Saavedra. Perú. 16 de octubre de 1997.

14 Proscrita por el artículo 20-2 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y

Políticos, el artículo 13-5 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y el artículo 4 de la Convención internacional sobre la eliminación de todas las formas de discriminación racial (Ley 22 de 1981) –“Artículo 4. Los Estados partes condenan toda la propaganda y todas las organizaciones que se inspiren en ideas o teorías basadas en la superioridad de una raza o de un grupo de personas de un determinado color u origen étnico, o que pretendan justificar o promover el odio racial y la discriminación racial, cualquiera que sea su forma, y se comprometen a tomar medidas inmediatas y positivas destinadas a eliminar toda incitación a tal discriminación o actos de tal discriminación, y, con ese fin, teniendo debidamente en cuenta los principios incorporados en la Declaración Universal de Derechos Humanos, así como los derechos expresamente enunciados en el artículo 5 de la presente Convención, tomarán, entre otras, las siguientes medidas: (a) 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; (b) Declararán ilegales y prohibirán las organizaciones, así como las actividades organizadas de propaganda y toda otra actividad de propaganda, que promuevan la discriminación racial e inciten a ella, y reconocerán que la participación en tales organizaciones o en tales actividades constituye un delito penado por la ley; (c) No permitirán que las autoridades ni las instituciones públicas nacionales o locales promuevan la discriminación racial o inciten a ella”. La Corte Constitucional ha aceptado que es legítimo, dentro de un orden democrático, limitar la libertad de expresión respecto de discursos que constituyen apología del delito y la violencia, que no están en pie de igualdad con los discursos pacíficos. Así, en la sentencia C-045 de 1996 (M.P. Vladimiro Naranjo Mesa) se expresó: “La democracia no puede amparar su propio germen de destrucción y ello porque dentro de la naturaleza del Estado Social de Derecho la democracia es algo más que un medio,

es un fin. // Permitir la difusión de los comunicados de los delincuentes y subversivos (...) equivale a tolerar la apología del delito, y colocaría en pie de igualdad a quienes promueven la paz con los más violentos, lo que constituiría una falta de proporcionalidad jurídica. En otras palabras, equivaldría de una u otra forma, a legitimar sus acciones". La Corte Europea de Derechos Humanos también ha ratificado que el discurso del odio no entra dentro del ámbito de protección de la libertad de expresión. Así, (i) en el caso de Ceylan vs. Turquía, explicó que las autoridades estatales tienen un margen de apreciación mayor para establecer la necesidad de una interferencia con la libertad de expresión, cuando las afirmaciones que se pretende limitar incitan a la violencia contra individuos, servidores públicos o un sector de la población; (ii) en el caso de Gündüz v. Turquía (Aplicación no. 35071/97, sentencia del 4 de diciembre de 2003) explicó que la tolerancia y el respeto por la dignidad igual de todos los seres humanos es un fundamento de la sociedad democrática y pluralista; por ello, en tanto cuestión de principio se puede considerar necesario en ciertas sociedades democráticas sancionar o incluso prevenir todas las formas de expresión que diseminan, promueven o justifican el odio basado en la intolerancia (incluida la intolerancia religiosa), siempre que cualquier formalidad, condición, restricción o pena impuesta sea proporcionada a la finalidad legítima perseguida; y afirmó que es indudable que las expresiones concretas del discurso del odio, que pueden insultar a individuos particulares o grupos, no están cubiertas por el art. 10 de la Convención Europea; y (iii) en el caso de Jersild v. Dinamarca (fallo del 22 de agosto de 1994, caso número 36/1993/431/510), la Corte enfatizó la importancia vital de combatir la discriminación racial en todas sus manifestaciones, y de interpretar las obligaciones de Dinamarca bajo el art. 10 de la Convención, en la medida de lo posible, en forma armónica con sus obligaciones bajo la Convención de las Naciones Unidas contra la discriminación racial, y explicó que los comentarios racistas e insultantes, sin lugar a duda, están desprotegidos por el artículo 10 de la Convención.

15 En Francia, el ordenamiento jurídico también prohíbe los ataques raciales: la ley del 1º de julio de 1972 que modificó la legislación de prensa prohíbe la incitación a la discriminación, odio o violencia con relación a cualquier persona o grupo por cuenta de raza, nacionalidad o religión, y también penaliza la difamación grupal por motivos raciales o religiosos. El ordenamiento jurídico de Alemania se aleja aún más de la protección de estos discursos en este campo, por razones constitucionales e históricas poderosas: la Sección 130 del Código Penal criminaliza los ataques a la dignidad de terceros, en cualquier forma que tienda a perturbar la paz, entre otras provocando odio contra grupos de la población, abusando o ridiculizándolos. La ley protege a las minorías raciales y étnicas, miembros de partidos políticos y asociaciones culturales. El elemento de ataque a la dignidad humana, constitutivo del tipo penal, previene que con esta disposición se silencie el debate político democrático normal. También le protege de ataques constitucionales, ya que el art. 1 de la Ley Fundamental dispone que la dignidad del hombre es inviolable y es deber de las autoridades protegerla y respetarla; todos los demás derechos se interpretan con sujeción a esta cláusula, por lo cual la expresión que promueva el odio a los judíos o a los negros no recibiría protección. Sin embargo, la excepción más notoria y sobresaliente en cuanto a la proscripción casi universal del discurso del odio la plantean los Estados Unidos. En este país se ha generado un amplio debate sobre el grado en que la primera enmienda de la Constitución prohíbe la restricción de expresiones que se perciben como dañinas u ofensivas para las minorías raciales o religiosas, o para otros grupos históricamente marginados, independientemente de la potencialidad de esas expresiones de incitar violencia inmediata. Hasta este momento, la Corte Suprema de Justicia ha diferenciado entre la limitación de las expresiones de este tipo, que no está permitida, y la regulación de la conducta de odio como tal, que sí puede ser constitucional. Así, ha decidido varios casos controversiales en el sentido de proteger a quienes hacen uso de estas expresiones: (1) *R.A.V. v. City of St. Paul* [505 US 377 (1992)]. El peticionario

en este caso había sido acusado en virtud de una ordenanza de la ciudad de St. Paul sobre crímenes de odio (bias-motivated crime ordinance), que tipificaba los actos consistentes en colocar en lugares públicos o privados símbolos, objetos, apelaciones, caracterizaciones o grafitis, que incluyeran –sin limitarse a ellas– cruces ardiendo o esvásticas Nazis, que presumiblemente pudieran causar rabia, alarma o resentimiento en otras personas por motiv[o]s de raza, color, religión o género. El peticionario había dejado una cruz en llamas en el patio de la casa de una familia de afroamericanos. La Corte Suprema consideró que la ordenanza bajo la cual se le había condenado era inconstitucional, por cuanto prohibía expresiones únicamente con base en su contenido, lo cual estaba en su criterio proscrito por la primera enmienda: “prohíbe expresiones que de otra forma estarían permitidas solamente con base en los temas a los que se refiere la expresión. La Primera Enmienda generalmente impide al gobierno proscribir la expresión, o incluso la conducta expresiva, porque desaprueba las ideas expresadas. Las regulaciones basadas en el contenido se presumen inválidas.” Luego, con base en una distinción entre el discurso del odio, que en su criterio no puede ser limitado per se porque las regulaciones estatales de la expresión deben ser neutrales frente al contenido, y la conducta de odio, que es diferente y sí puede ser legítimamente restringida, la Corte declaró que se había violado la libertad de expresión del peticionario al haberle aplicado la sanción correspondiente. (ii) *Brandenburg v. Ohio* [395 US 444 (1969)], caso en el cual la Corte Suprema protegió el discurso racista del peticionario, líder de un grupo seccional del Ku Klux Klan, quien había sido condenado bajo una ley del estado de Ohio sobre sindicalismo criminal por “haber promovido el crimen, el sabotaje y violencia como medio para lograr la reforma industrial o política”; se le impuso una multa y se le condenó a prisión. Esta condena se derivó del hecho de que el peticionario había llamado por teléfono a un reportero de televisión en Cincinnati, invitándolo a una manifestación del Ku Klux Klan en una granja; se filmaron y transmitieron posteriormente por televisión imágenes de personas encapuchadas,

incluyendo al peticionario, quemando una cruz y expresando palabras contra los negros y los judíos. También se exhibió a Brandenburg dando un discurso sobre el Ku Klux Klan en su uniforme. En criterio de la Corte Suprema, estas expresiones estaban protegidas por la primera enmienda; explicó que en su jurisprudencia se había consolidado el principio según el cual “las garantías constitucionales de la libre expresión y la prensa libre no permiten al Estado prohibir o proscribir el apoyo al uso de la fuerza o a la violación de la ley salvo cuando tal apoyo se dirige a incitar o a producir acciones ilícitas inminentes, y es probable que incite o que produzca dicha acción. Según expresamos en [el caso Noto], ‘la mera enseñanza abstracta [de] la corrección moral o incluso necesidad moral del recurso a la fuerza y la violencia, no es lo mismo que preparar a un grupo para la acción violenta y dotarlo para tal acción (...). Una ley que no trace esta distinción invade inadmisiblemente las libertades garantizadas por la primera y d[e]cimocuarta enmiendas. Barre dentro de su condena expresiones que nuestra Constitución ha inmunizado frente al control gubernamental”.. Bajo este test, la ley de Ohio por la cual se había condenado al peticionario era inconstitucional: “en este caso estamos ante un estatuto que, por sus propios términos y tal como se aplica, busca castigar el mero apoyo y prohibir, so pena de sanciones criminales, la reunión con otros meramente para apoyar el tipo de acción descrito. Tal estatuto cae bajo la condena de la primera y d[e]cimocuarta enmiendas.” [Independientemente de estos argumentos, es claro que Colombia está obligada por los tratados internacionales que ha suscrito sobre la materia, por lo cual el discurso del odio, en nuestro ordenamiento, está terminantemente prohibido. [subrayado fuera de texto, negrilla original]

16 Estos prejuicios frecuentemente van acompañados por conductas de desprecio u odio que en muchas ocasiones llegan a poner en riesgo la integridad física de quienes son discriminados.

17 Salazar Ugarte, Pedro y Gutiérrez Rivas, Rodrigo, El

derecho a la libertad de expresión frente al derecho a la no discriminación. Tensiones, relaciones e implicaciones. Primera Edición: 2008. Primera Reimpresión: 10 de octubre de 2010. Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Nacional Autónoma de México -UNAM, Consejo Nacional para Prevenir la Discriminación- CONAPRED, Serie Estudios Jurídicos, N° 135. México D.F., pp. 31, 32 y 40.

18 Conforme a la definición que la RAE incorpora en la vigésimo tercera edición del Diccionario de la Lengua Española. <http://dle.rae.es/?id=QuL6cti>. Último acceso: 26 de junio de 2018.

19 El desarrollo de esta línea jurisprudencial se reforzó especialmente a raíz de la conocida decisión New York Times v. Sullivan, Corte Suprema de los Estados Unidos, marzo 9, 1964 (376 U.S. 254).

20 Jackson, Vicki C. and Jamal Greene. 2012. Constitutional interpretation in comparative perspective: comparing judges or courts? En: Tom Ginsburg and Rosalind Dixon. Eds. Comparative Constitutional Law. Edward Elgar, Cheltenham, UK. P. 611.

21 Kaufman, Gustavo Ariel, Odium dicta. Libertad de expresión y protección de grupos discriminados en internet. Primera Edición: octubre de 2015. Secretaría de Gobernación de los Estados Unidos Mexicanos, Consejo Nacional para Prevenir la Discriminación - CONAPRED, México D.F., pp. 43 y 44. Documento disponible en: http://www.conapred.org.mx/documentos_cedoc/Odium%20Dicta-Ax.pdf. Último acceso: 28 de junio de 2018.

22 Para el caso particular de dictum transmitido por internet, véanse los comentarios al Protocolo 189 que se refieren a “materiales escritos (ejemplo textos, libros, revistas, frases, mensajes, etcétera), imágenes (ejemplo cuadros, fotos, dibujos, etcétera) o cualquier otra representación de pensamientos o teorías [...] en

un formato tal que pueda ser almacenado, procesado y transmitido a través de un sistema de computación” (<<http://www.inach.net/content/cctreatyaddexuk.html>>; véase texto completo en español en <http://www.plataformaong.org/conferencia/wpcontent/uploads/2014/10/Protocolo_adicional_convencion_cibercrimen.pdf>).

23 Tal como lo sostiene Henry Scicluna respecto de quienes odian a los gitanos: “El anti-gitanismo no es una forma de discriminación basada en diferencias de cultura y comportamiento, sino en una actitud de desprecio brutal. No procura criticar sino humillar e insultar. Los discursos anti-gitanos en público no indican disgusto sino odio y tienen la intención de lastimar. Los gitanos no son objeto de disgusto por ciertas características percibidas como negativas —ellos son odiados porque son gitanos. Ni siquiera se trata de asimilar a los gitanos por la fuerza —lo cual también sería inaceptable—; el objetivo es excluirllos” (citado por Uladzislau Belavusau, *Anti-Roma Hate Speech in the Czech Republic, Hungary, and Poland. European Roma Integration Efforts. A Snapshot.* Bruselas, Brussels University Press, 2013, pp. 141-181).

24 Véase el caso de la Corte Suprema de Canadá, *R. v. Keegstra* [1990] 3 S.C.R. 697, 795 (Can.). Disponible en <<https://scc-csc.lexum.com/scc-csc/scc-csc/en/item/695/index.do>>.

25 Por sus siglas en inglés: European Commission against Racism and Intolerance.

26 Versión traducida al español, Estrasburgo, 21 de marzo de 2016. Documento disponible en: https://www.coe.int/t/dghl/monitoring/ecri/activities/GPR/EN/Recommendation_N15/REC-15-2016-015-SPA.pdf. Último acceso: 29 de junio de 2018, pp. 15 a 17.

27 RPG No 7. No menciona explícitamente la discriminación por motivos de ascendencia, credo, sexo, género, identidad de género y orientación sexual pero los motivos enumerados no son exhaustivos y las disposiciones de las RPGs se pueden aplicar, mutatis mutandis, a la discriminación por motivos de características o condiciones personales.

28 Principio 12.1 de los Principios de Camdem sobre la Libertad de Expresión y la Igualdad.

29 El informe del Relator Especial sobre la promoción y protección del derecho a la libertad de opinión y de expresión, A/67/357, 7 de septiembre de 2012, apartado 44.

30 RPG No 7. Aunque la religión no aparece en la definición de discriminación racial en el artículo 1 del Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las formas de Discriminación Racial, el comité para la Eliminación de la Discriminación Racial, reconoce, a la luz del principio de interseccionalidad, el discurso de odio se extiende al discurso “dirigido contra las personas pertenecientes a determinados grupos étnicos que profesan o practican una religión distinta de la mayoría, por ejemplo las expresiones de islamofobia, antisemitismo y otras manifestaciones de odio similares contra grupos etnorreligiosos, así como las manifestaciones extremas de odio tales como la incitación al genocidio y al terrorismo”. Recomendación General No 35 sobre la Lucha contra el discurso de Odio Racista, CERD/C/GC/35, 26 de septiembre de 2013, apartado 6.

31 Atrás citada, p. 18.

32 Ib., p. 18.

33 Comisión Interamericana de Derechos Humanos, Violencia contra

Personas Lesbianas, Gays, Bisexuales, Trans e Intersex en América, noviembre 12 de 2015. Documento disponible en: <http://www.acnur.org/fileadmin/Documentos/Publicaciones/2015/10247.pdf?file=fileadmin/Documentos/Publicaciones/2015/10247>.
Último acceso: 29 de junio de 2018.

34 UNESCO. Combatiendo el Discurso de Odio en Línea [Countering Online Hate Speech], 2015, págs. 10-11. Disponible únicamente en inglés (traducción libre de la CIDH).

35 Kaufman, G.A., ob. cit., p. 151 a 153.

36 En un sentido similar a lo que la Corte idh y la doctrina llaman “real malicia”, es decir, expresar una opinión “con plena intención de causar un daño y conocimiento de que se estaban difundiendo informaciones falsas o con un evidente desprecio por la verdad de los hechos” (oea, Relatoría Especial para la Libertad de Expresión, Marco jurídico interamericano sobre el derecho a la libertad de expresión, op. cit., p. 38). Sin embargo, nosotros la denominamos “malignidad” porque no esperamos que se tenga conocimiento de la falsedad o desprecio por la verdad, sino que se “debería” haber tenido conocimiento de la falsedad de los hechos cuando se trata de contenidos humillantes para grupos discriminados y sin base alguna, ya que todos los sistemas educativos de los Estados de derecho están deliberadamente enfocados, desde la tierna infancia, a inculcar la igualdad de todos y el respeto por el otro.

37 Courtis, Christian, “Legislación y las políticas antidiscriminatorias en México: el inicio de un largo camino”, en Torre, Carlos de la (coord.), Derecho a la no discriminación, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2006, p. 237.

38 Salazar Ugarte, P. y Gutiérrez Rivas, R., ob. cit., p. 32 y 33.

- 39 Cuando ésta no es heterosexual.
- 40 En caso de no ser la predominante.
- 41 Cuando ésta no es la mayoritaria.
- 42 Cuando no se trata del masculino.
- 43 De no relacionarse con «migrantes privilegiados». Aquí se trae como ejemplo a Suiza, en caso que se criticara con vehemencia a inmigrantes «fiscales» o millonarios. Ello no constituiría discurso de odio por no ser un grupo históricamente discriminado.
- 44 Corte Constitucional. Sentencia C-481 de 1998. M.P. Alejandro Martínez Caballero. Ver además, entre otras, las sentencias T-098 de 1994. M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz y C-112 del 2000. M.P. Alejandro Martínez Caballero.
- 45 Sentencias T-1098 de 2004 M.P. Álvaro Tafur Galvis, T-1090 de 2005 M.P. Clara Inés Vargas Hernández, T-140 de 2009 M.P. Mauricio González Cuervo, T-909 de 2011 M.P. Juan Carlos Henao Pérez.
- 46 Sentencia T-1090 de 2005 M.P. Clara Inés Vargas Hernández.
- 47 Ibídem.
- 48 Sentencia T-909 de 2011 M.P. Juan Carlos Henao Pérez.
- 49 “La exigencia de igualdad en el resultado no es sino una manera de combatir una discriminación cuya existencia se presume [...] el control de igualdad conduce por sí mismo a un control incidental de la discriminación (Edouard Verny, [dir.], Cour de Cassation. Rapport Annuel 2008. Les discriminations dans la

jurisprudence de la Cour de Cassation. París, La Documentation Française, 2009, pp. 86-87). “Si toda discriminación constituye una ruptura de la igualdad, no toda desigualdad de tratamiento es necesariamente una discriminación” (Hernu, citado por Frédéric Sudre y Hélène Surrel, *Le droit à la non-discrimination au sens de la Convention européenne des droits de l’homme*. Bruselas, Emile Bruylant, 2008, p. 21).

50 Miguel Ángel Sobrino Ordóñez, “Aproximaciones a la fundamentación antropológica...”, op. cit., p. 30.

51 “El prejuicio es una actitud de aversión y de hostilidad hacia los miembros de un grupo, basada simplemente en su pertenencia a él y en la presunción de que cada miembro posee las características objetables atribuidas al grupo” (J. W. Wander Zanden, *Manual de psicología social*. Barcelona, Paidós, 1990, p. 506).

52 Como lo explica Richard Posner, cuando un grupo mayoritario discrimina contra un grupo minoritario, el primero sufre ciertas consecuencias limitadas de no tratar con los segundos, pero para estos últimos los efectos económicos de la discriminación son mucho más importantes (*Economic Analysis of Law*. Boston, Little Brown and Company, 1986, p. 615; *The Economics of Justice*. Cambridge, Harvard University Press, 1983, p. 351). Véase, asimismo, Gary Becker, *The Economic Approach to Human Behavior*. Chicago, Chicago University Press, 1978, p. 17.

53 Ver Jesús Rodríguez Zepeda. Discriminación y liberalismo. En: *Configuraciones*. Enero-marzo, 2002, núm. 7, p. 29: “La noción de auto-respeto o sentido de la valía propia implica el derecho de toda persona a que la sociedad le garantice las condiciones mínimas que le permitan percibirse a sí

mismo como una persona digna. Así, la única posibilidad de introducir la dignidad en las relaciones intersubjetivas depende de que constituyamos a las personas como sujetos dignos. El auto-respeto, en ese sentido, requiere un mínimo de condiciones sociales que lo haga posible”.

54 Kaufman, G.A., ob. cit., pp. 168 a 171.

55 Kaufman, G.A., ob. cit., pp. 173 a 174.

56 Por ejemplo “Article 19”, organización independiente que promueve y defiende el avance progresivo de los derechos a la libertad de expresión y acceso a la información de todas las personas, de acuerdo con estándares internacionales de derechos humanos. Fundada en Londres, Reino Unido, en 1987, toma su nombre del artículo 19 de la Declaración Universal de Derechos Humanos.

57 Discurso de odio: los márgenes de la libertad de expresión y la democracia, Article 19 México y Centroamérica, artículo que integra la obra El prejuicio y la palabra: los derechos a la libre expresión y a la no discriminación en contraste. Primera Edición: mayo de 2018. Secretaría de Gobernación de los Estados Unidos Mexicanos, Consejo Nacional para Prevenir la Discriminación – CONAPRED, México D.F., pp. 89 a 91. Documento disponible en: http://www.conapred.org.mx/documentos_cedoc/Prejuicio_Palabra_1.1_Ax.pdf. Último acceso: 13 de agosto de 2018.

58 Article 19 México y Centroamérica, ob. cit., pp. 91 a 94.

59 Sobre miembros de partidos, véase tedh (2009: párr. 77), Féret v. Bélgica, un caso emblemático del estatus especial del que gozan maestras/os y académicas/os en estos casos. Véase también el caso Malcolm Ross v. Canadá, que trataba de afirmaciones en contra de personas de fe judía y en el cual el

Comité de Derechos Humanos tomó en consideración el hecho de que el autor era un docente. El Comité remarcó que los deberes y responsabilidades especiales que conlleva el ejercicio del derecho a la libertad de expresión “son de particular relevancia dentro del sistema educativo, especialmente en cuanto la enseñanza de jóvenes alumnos”; la influencia ejercida por maestros y maestras de escuela puede justificar restricciones a fin de asegurar que los sistemas educativos no otorguen legitimidad a la expresión de opiniones que son discriminatorias (cdh, 2000: párr.11.6).

60 Véase, *Mugesera v. Canadá*, un caso relativo a la orden de deportación de Léon Mugesera, un político ruandés, debido a que incitó al odio, además de ser sospechoso de haber cometido crímenes contra la humanidad por su supuesta participación en el genocidio de Ruanda. La Corte Suprema de Canadá confirmó que un “deseo” del “mensaje de fomentar el odio” podrá usualmente inferirse de las afirmaciones hechas y que su contenido debe ser “más que ‘simple respaldo o fomento’” (Corte Suprema de Canadá, Ministerio de Ciudadanía e Inmigración, 2005.)

61 El *tedh* examinó una demanda iniciada por un nacional turco de origen romaní contra tres publicaciones financiadas por el gobierno (un libro y dos diccionarios) que incluían comentarios y expresiones que reflejaban un sentimiento anti-romaní. El demandante sostenía que las tres publicaciones contenían pasajes que “humillaban a los gitanos”, ya que los describían como personas involucradas en actividades criminales, tales como vivir del “carterismo, el robo y la venta de narcóticos”. El diccionario ofrecía distintos significados de la palabra gitano: entre otros, afirmaba que su significado era “miserable” y ofrecía más definiciones de expresiones relativas a los gitanos, tales como dinero gitano o rosa gitano. El Tribunal Europeo observó que en varias partes del libro en cuestión, “el autor enfatizaba de manera clara que su intención era iluminar el mundo desconocido de la comunidad romaní en Turquía, cuyos miembros habían sido

perseguidos y desterrados mediante observaciones ofensivas basadas, en su mayoría, en prejuicios". El Tribunal Europeo concluyó que "ante la ausencia de cualquier prueba que justifique la conclusión de que las afirmaciones del autor no eran sinceras", y ya que "había invertido esfuerzo en su trabajo", el autor no estaba "impulsado por intenciones racistas". Como fuera ya señalado, el Tribunal Europeo también resaltó el hecho de que la expresión en cuestión había sido realizada en el contexto de un trabajo académico (tedh, 2012).

62 Véase la sentencia del tedh (2007: párr. 33) en *Vereinigung Bildener Künstler v. Austria*. En este caso, el tedh sostuvo que una medida cautelar que le impedía a una galería de arte, sin ningún límite temporal o espacial, exhibir una pintura era una interferencia desproporcionada en relación con sus derechos a la libertad de expresión. La pintura que representaba una caricatura de varias personas fue considerada por el tribunal como una forma de sátira y de comentario social, que tenía el propósito de provocar debate.

63 Por ejemplo, en el caso *Erbakan c. Turquía*, el tedh (2006: párr. 68) falló que la sanción impuesta al demandante como resultado de un discurso público que hiciera durante la campaña electoral municipal violaba su derecho a la libertad de expresión. El Tribunal resaltó que la "libertad de expresión en el contexto del debate político" merecía "la más alta importancia" y que el "discurso político no debía ser restringido sin razones imperiosas".

64 Por ejemplo, en *Lehideux & Isorni c. Francia*, el tedh (1998b: párr. 55) explicó que los reclamos de "pluralismo, tolerancia y amplitud mental" en una sociedad democrática eran tales, que los debates en materias históricas deben ser permitidos, a pesar de las memorias de sufrimiento que pueda evocar y el rol controversial del régimen de Vichy en el holocausto nazi". También en *Aksu v. Turquía*, el tedh (2012) evaluó los pasajes impugnados de una

publicación considerada ofensiva para la comunidad romaní, no en soledad, sino en el contexto del libro en su totalidad, y tomó “en cuenta el método de investigación utilizado por el autor de la publicación”. En particular, el tribunal observó que el autor explicaba que había recogido información de miembros de la comunidad romaní, de las autoridades locales y la policía. También afirmaba que había vivido con la comunidad romaní para observar su estilo de vida de acuerdo con principios científicos de observación.

65 Por ejemplo, en *Incal v. Turquía*, el tedh (1998a: párr. 50) decidió que el caso no llegaba a ser incitación porque el panfleto impugnado exponía “eventos reales que eran de algún interés para la gente”, es decir, ciertas medidas administrativas y municipales tomadas por las autoridades, en particular en contra de vendedores callejeros en la ciudad de Izmir.

66 Article 19 sugiere que esto incluya la consideración de cuestiones tales como si la declaración o comunicación fue distribuida en un ambiente restringido o si fue ampliamente accesible al público en general; si se hizo en un lugar cerrado, accesible por boleto, o en un lugar público y expuesto; si la comunicación se dirigía a un público no específico (público en general) o si el discurso fue dirigido a un número de individuos en un lugar público, y si el discurso fue dirigido a los miembros del público en general.

67 Los criterios para evaluar la probabilidad o riesgo de que ocurran hechos de discriminación, hostilidad o violencia deberán señalarse caso por caso. Sin embargo, los tribunales pueden considerar criterios incluyendo los siguientes: a) El discurso, ¿fue entendido por su audiencia como un llamado a realizar actos de discriminación, violencia u hostilidad? b) El emisor, ¿fue capaz de influir a la audiencia? c) La audiencia, ¿tenía los medios para llevar a cabo la acción a la que fue exhortada y cometer los actos de discriminación, violencia u hostilidad? d) El grupo

víctima, ¿había sufrido o había sido objeto reciente de discriminación, violencia u hostilidad?

68 CEDH, Artículo 10º. Libertad de expresión: 1. Toda persona tiene derecho a la libertad de expresión. Este derecho comprende la libertad de opinión y la libertad de recibir o de comunicar informaciones o ideas sin que pueda haber injerencia de autoridades públicas y sin consideración de fronteras. El presente artículo no impide que los Estados sometan a las empresas de radiodifusión, de cinematografía o de televisión a un régimen de autorización previa. 2. El ejercicio de estas libertades, que entrañan deberes y responsabilidades, podrá ser sometido a ciertas formalidades, condiciones, restricciones o sanciones, previstas por la ley, que constituyan medidas necesarias, en una sociedad democrática, para la seguridad nacional, la integridad territorial o la seguridad pública, la defensa del orden y la prevención del delito, la protección de la salud o de la moral, la protección de la reputación o de los derechos ajenos, para impedir la divulgación de informaciones confidenciales o para garantizar la autoridad y la imparcialidad del poder judicial.

69 CEDH, Artículo 17. Prohibición del abuso de derecho: Ninguna de las disposiciones del presente Convenio podrá ser interpretada en el sentido de implicar para un Estado, grupo o individuo, un derecho cualquiera a dedicarse a una actividad o a realizar un acto tendente a la destrucción de los derechos o libertades reconocidos en el presente Convenio o a limitaciones más amplias de estos derechos o libertades que las previstas en el mismo.

70 Persona que en varias ocasiones ha sido condenado en Francia, principalmente por tesis negacionistas o revisionistas consistentes en negar la existencia de las cámaras de gas homicidas en los campos de concentración.

71 Agréguese que este tipo de discursos anti-inmigración se han

vuelto cada vez más recurrentes en el continente europeo. Ejemplo de ellos son los asuntos juzgados por las autoridades locales en el caso de Lutz Bachmann, líder de la organización ultraderechista e islamófoba PEGIDA (acrónimo de Patriotas Europeos contra la Islamización de Occidente), quien fue condenado en Dresden (Alemania) en mayo de 2016 por incitación al odio, la intolerancia y la xenofobia, al calificar en su cuenta de Facebook a los refugiados y los musulmanes de «criminales invasores», «ganado», «escoria» y «basura», y a la clase política de Berlín, que permite su llegada, de «traidores» o el del parlamentario holandés Geert Wilders, miembro del movimiento de extrema derecha Partido por la Libertad (PVV), quien en el mismo año fue declarado culpable de incitar a la discriminación, con ocasión de un discurso pronunciado en 2014 en La Haya, en el marco de unas elecciones municipales, en el que arengó a la audiencia a demandar la presencia de «menos marroquíes en Holanda», con la promesa de que «[él] se encargaría de ello».

72 Resolución Nº 1904 (XVIII) de 20 de noviembre de 1963.

73 Ese interés, recientemente se renovó con los denominados Principios de Camden sobre la libertad de expresión y la igualdad, Declaración preparada por la ya comentada entidad Article 19, en virtud a discusiones en las cuales participó un grupo de oficiales de alto nivel de la ONU y de otras organizaciones, así como expertos académicos y de la sociedad civil en derecho internacional de los derechos humanos sobre asuntos de libertad de expresión e igualdad, en reuniones que se llevaron a cabo en Londres el 11 de diciembre de 2008 y del 23 al 24 de febrero de 2009. En dicho documento se lee:

Principio 12: Incitación al odio

12.1. Todos los Estados deberán aprobar legislación que prohíba cualquier promoción del odio nacional, racial o religioso que constituya incitación a la discriminación, la hostilidad o la violencia (expresiones de odio). Los sistemas nacionales jurídicos deberán dejar en claro, ya sea explícitamente o mediante interpretación autoritativa, que:

- i. Los términos 'odio' y 'hostilidad' se refieren a emociones intensas e irracionales de oprobio, enemistad y aversión del grupo objetivo.
- ii. El término 'promoción' se entenderá como requiriendo la intención de promover públicamente el odio contra el grupo objetivo.
- iii. El término 'incitación' se refiere a declaraciones sobre grupos nacionales, raciales o religiosas que puedan crear un riesgo inminente de discriminación, hostilidad o violencia contra las personas que pertenecen a dichos grupos.
- iv. La promoción, por distintas comunidades, de un sentido positivo de identidad del grupo no constituye expresiones de odio.

(...)

12.5. Los Estados deberán revisar su marco jurídico para asegurar que toda regulación sobre las expresiones de odio esté de conformidad con lo arriba expresado.
[subrayado fuera de texto]

74 Adoptada y abierta a la firma y ratificación por la Asamblea General en su Resolución Nº 2106 A (XX), de 21 de diciembre de 1965. Entró en vigor el 4 de enero de 1969. Aprobada en Colombia mediante la Ley 22 de 1981 y ratificada el 2 de septiembre del mismo año.

75 Ponencia para primer debate al Proyecto de Ley 08 de 2010 Senado – Gaceta del Congreso 799 de octubre 22 de 2010.

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

77 Adicionado por el artículo 4º de la Ley 1482 de 2011.

78 Art. 134 C Las penas previstas en los artículos anteriores, se aumentarán de una tercera parte a la mitad cuando:

1. La conducta se ejecute en espacio público, establecimiento público o lugar abierto al público.

2. La conducta se ejecute a través de la utilización de medios de comunicación de difusión masiva.

3. La conducta se realice por servidor público.
4. La conducta se efectúe por causa o con ocasión de la prestación de un servicio público.
5. La conducta se dirija contra niño, niña, adolescente, persona de la tercera edad o adulto mayor.
6. La conducta esté orientada a negar o restringir derechos laborales.

79 Ib. Art. 134D. Las penas previstas en los artículos anteriores, se reducirán en una tercera parte cuando:

1. El sindicado o imputado se retracte públicamente de manera verbal y escrita de la conducta por la cual se le investiga.
2. Se dé cumplimiento a la prestación del servicio que se denegaba.

80 Arts. 5º y 6º ibídem.

81 Por medio de la cual se modifica la Ley 1482 de 2011, para sancionar penalmente la discriminación contra las personas con discapacidad.

82 Art. 5º de la Ley 1482 de 2011.

83 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. [Dicho estudio también puede verse en Posada Maya, Ricardo, Delitos contra la vida y la integridad

personal. Tomo II. De las lesiones personales, aborto, lesiones al feto, abandono de personas, omisión de socorro, manipulación genética y delitos de discriminación. Bogotá D.C., Grupo Editorial Ibáñez – Universidad de los Andes, 2015].

84 Creus, Carlos. Derecho penal. Parte general. 5ª edición. Editorial Astrea. Universidad del Rosario. Buenos Aires, Bogotá. 2012. P. 194-195.

85 Sin pretender abarcar todos ellos, señálense, por ejemplo: (i) Declaración Universal de los Derechos Humanos: artículos 2º numeral 1º, 7º y 23 numeral 2º; (ii) Declaración de las Naciones Unidas sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Racial; (iii) Declaración sobre la Eliminación de la Discriminación Contra la Mujer; (iv) Declaración sobre la Raza y los Prejuicios Raciales; (v) Declaración sobre los Principios Fundamentales relativos a la Contribución de los Medios de Comunicación de Masas al Fortalecimiento de la Paz y la Comprensión Internacional, a la Promoción de los Derechos Humanos y a la Lucha contra el Racismo, el Apartheid y la Incitación a la Guerra; (vi) Declaración sobre la Eliminación de Todas las Formas de Intolerancia y Discriminación Fundadas en la Religión o las Convicciones; (vii) Convenio (n.º 111) Relativo a la Discriminación en Materia de Empleo y Ocupación; (viii) Convención Internacional sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Racial; (ix) Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos: artículos 2º, 3º, 20 numeral 2º, 24 y 26; (x) Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales: artículo 2º; (xi) Convención Americana sobre Derechos Humanos: artículo 13 numeral 5º; (xii) Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Contra la Mujer; (xiii) Convenio (n.º 169) de la OIT sobre Pueblos Indígenas y Tribales en Países Independientes; (xiv) Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer (Convención de Belem Do Pará); (xv) Convención Interamericana para la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra las Personas con Discapacidad; (xvi) Convención Interamericana contra el Racismo, la Discriminación Racial y Formas

Conexas de Intolerancia.

86 Con Salazar Ugarte, P. y Gutiérrez Rivas, R., ob. cit., p. 35 y 36, ello se explica de la siguiente forma: «[l]o que parece estar en juego cuando se debate el tema de la discriminación, son dos cuestiones. Por un lado, la dignidad de aquellas personas que son estigmatizadas con un prejuicio no justificado que las minusvalora, produciendo un daño individual grave, vinculado con la autoestima. Pero, por otro lado –y esto está relacionado con la dimensión estructural del problema–, también está en juego la posibilidad de construir una sociedad verdaderamente democrática; una sociedad de iguales, donde se anulen las diferencias injustificadas (privilegios) que sólo les permite a los grupos en posición de dominio ejercer su libertad (positiva y negativa) y acceder a bienes o intereses que son considerados indispensables para la vida digna[...] Por estas razones, el derecho internacional y el derecho constitucional contemporáneos han vinculado de forma tan importante los problemas de la discriminación con el principio de igualdad. Ello no es poco si tomamos en cuenta, como lo ha señalado Dworkin, que la igualdad es un principio fundante de todos los derechos[...].».

87 Dentro de las acepciones que la RAE incorpora en la vigésimo tercera edición del Diccionario de la Lengua Española (<http://dle.rae.es/?id=A5NKSvV>), se explica que ella se corresponde al «conjunto de personas vinculadas por características o intereses comunes». Último acceso: 4 de septiembre de 2018.

88 Ib., <http://dle.rae.es/?id=UZpGOPN>. Término más amplio que denota al «conjunto de personas de un lugar, región o país».

89 Conforme a las definiciones que la RAE incorpora en la vigésimo tercera edición del Diccionario de la Lengua Española. <http://dle.rae.es>. Último acceso: 21 de agosto de 2018.

90 De ahí que se hable de verbos transitivos, toda vez que ellos se construyen con un complemento directo, vale decir, exigen la presencia de un objeto directo sobre el cual el sujeto ejecuta la acción.

91

Virtud que inclina el ánimo a compadecerse de los sufrimientos y miserias ajenos.

92

Sentimiento de identificación con los males de alguien.

93

Una aproximación al tema se encuentra en la obra La enfermedad y sus metáforas de Susan Sontag. En ella se lee: [l]as convenciones que exigen que el cáncer no sea una mera enfermedad sino un enemigo diabólico hacen de él no sólo una enfermedad mortal sino una enfermedad vergonzosa. El mismo sentimiento exagerado de horror lo despertaba la lepra en sus tiempos de auge. En la Edad Media el leproso era como un texto en el que se leía la corrupción; ejemplo, emblema de putrefacción. Nada hay más punitivo que darle un significado a una enfermedad, significado que resulta invariablemente moralista. Cualquier enfermedad importante cuyos orígenes sean oscuros y su tratamiento ineficaz tiende a hundirse en significados. En un principio se le asignan los horrores más hondos (la corrupción, la putrefacción, la polución, la anomia, la debilidad). La enfermedad misma se vuelve metáfora. Luego, en nombre de ella (es decir, usándola como metáfora) se atribuye ese horror a otras cosas, la enfermedad se adjetiva. Se dice que algo es enfermizo -para decir que es repugnante o feo- [...]. Documento disponible en: <http://bioenergeticalatam.com.ar/docus/laenfermedadysusmetaforas.pdf>. Último acceso: 28 de agosto de 2018.

94

Cfr. Página 24 del fallo de segundo grado, folio 179 del cuaderno N° 1.

95

“Esos indígenas no fueron los que lucharon por nosotros, fueron

otros indígenas distintos”.

96 La Red Unidos es la estrategia del Estado Colombiano para dar una respuesta integral a la multidimensionalidad de la pobreza extrema, en la que participan las entidades del sector público que cuentan con oferta social. Su misión es promover acciones coordinadas y focalización prioritaria de recursos y acciones sobre la población más vulnerable (familiar más pobres en el nivel 1 del SISBÉN y familiar en condición de desplazamiento). La Agencia Nacional para la Superación de la Pobreza Extrema (ANSPE) se encarga de la implementación de la Red Unidos. Cfr. <https://www.minsalud.gov.co/proteccionsocial/promocion-social/Paginas/redunidos.aspx>

97 “Todo el Concejo en pleno va a tener que estar muy atento a defender el bien común. Y si es que no hay recursos para comprar otro terreno, entonces que se construya otra cancha en el Alto Cauca [...] Yo creo que todo el Concejo en pleno vamos a tener que estar muy atentos y muy preocupados para defender...”.

98 Cfr. <http://www.concejomarsellarisaraalda.com>.

99 Cfr. Acta N° 66 de agosto 22 de 2012, sesión en la que intervino el Gobernador Indígena del Resguardo Suratena ante la plenaria del Concejo de Marsella. Folios 67 a 84 C.1.

100 Al sostener: “El entendimiento de 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: [...] la de un político sobre el cáncer que representa para el pueblo colombiano las problemáticas asociadas a los indígena o a los desplazados”.

101 Terminología, muy seguramente, tomada de Beaugrande, Robert-Alain de y Dressler, Wolfgang Ulrich, Introducción a la lingüística del texto, Editorial Ariel S.A., Barcelona, España, 1997. En dicha obra, la textualidad es descrita como aquel conjunto de propiedades que debe reunir un discurso para ser considerado texto y que se conocen bajo la denominación de criterios de textualidad o principios constitutivos de la comunicación por medio de textos. Entonces, el texto es definido como todo acto comunicativo con sentido pleno, de carácter oral o escrito, que cumple con los siguientes criterios: (i) cohesión: entendida como la propiedad por la cual las secuencias oracionales que componen la superficie textual están, interconectadas a través de relaciones léxico-gramaticales, dicho en otras palabras, concierne al modo en que los elementos del texto se relacionan entre sí; (ii) coherencia: se manifiesta en un nivel más profundo y se explica en la continuidad de sentido que caracteriza un texto, por lo que la información ofrecida por éste, no entra en contradicción con la información exterior; (iii) intencionalidad: se refiere a la actitud de quien produce un texto cohesionado y coherente, respecto a los objetivos que persigue o a la realización de un plan determinado; (iv) aceptabilidad: se ubica en la actitud del receptor. Así, una serie de secuencias oracionales que constituyan un texto cohesionado y coherente es aceptable para un determinado receptor si éste percibe que tiene alguna relevancia; (v) informatividad: concepto que se relaciona con el grado de novedad informativa o de imprevisibilidad que tiene un texto para sus destinatarios y que motiva el interés en su recepción; (vi) situacionalidad: factores que hacen que un texto sea relevante o importante con respecto a la situación comunicativa concreta en que aparece, vale decir, remite a la localización situacional en que tiene lugar el texto y que lo hace pertinente en el contexto en que se brinda; y (vii) intertextualidad: referida a los factores que hacen depender la utilización adecuada de un texto, del conocimiento que se tenga de otros anteriores relacionados con él. Como se ve, las dos primeras, son nociones centradas en el texto, las dos siguientes orientadas en la

actitud de los usuarios o interlocutores, v.gr. hablante-oyente o escritor-lector, y las tres últimas, emplazan el texto en la situación comunicativa.

102 Esto es, si las expresiones por las cuales el cabildante Fernando Antonio Delgado, en medio de una sesión ordinaria del Concejo Municipal de Marsella, calificó a las comunidades de desplazados, afrodescendientes e indígenas como «cánceres» de los gobiernos nacional y mundial, e incitó a hacer causa en su contra a fin de «defender el bien común», actualiza el tipo de hostigamiento establecido en el artículo 134B del código sustantivo de las penas.

103 Se remarca este aspecto, simplemente porque en el colofón del fallo se hace mención de desconocerse la filiación política del acusado.

104 Cfr. Acta del Escrutinio de los Votos para Concejo – Formulario E-26. Folios 59 y 61 a 64, cuaderno n.º 1.

105 Correspondiente al tercer período de sesiones de dicho mes. Cfr. Acta n.º 58. Folios 86 a 102, ib.

106 Al respecto se cuenta con álbum fotográfico, incorporado en el Informe Investigador de Campo n.º 373 / SIJIN-UBIC 38.10. Cfr. Folios 106 a 107, ib.

107 Record denominado sesión 8 agosto 14.wma, a partir de 02:03:04. Cfr. Folio 104, ib.

108 Record ib., 02:15:25 a 02:16:55.

109 Del audio correspondiente a la sesión plenaria, no se especifica de quién se trata.

110 Jorge Iván Henao Nieto.

111 Que en su mayoría recoge los planteamientos esgrimidos en el salvamento de voto a la decisión de la Sala ad quem.

112 Conforme a la definición que la RAE incorpora en la vigésimo tercera edición del Diccionario de la Lengua Española. <http://dle.rae.es/?id=742bRjf>. Último acceso: 30 de enero de 2019.

113 Una aproximación al tema se encuentra en la obra La enfermedad y sus metáforas de Susan Sontag. En ella se lee: [l]as convenciones que exigen que el cáncer no sea una mera enfermedad sino un enemigo diabólico hacen de él no sólo una enfermedad mortal sino una enfermedad vergonzosa. El mismo sentimiento exagerado de horror lo despertaba la lepra en sus tiempos de auge. En la Edad Media el leproso era como un texto en el que se leía la corrupción; ejemplo, emblema de putrefacción. Nada hay más punitivo que darle un significado a una enfermedad, significado que resulta invariablemente moralista. Cualquier enfermedad importante cuyos orígenes sean oscuros y su tratamiento ineficaz tiende a hundirse en significados. En un principio se le asignan los horrores más hondos (la corrupción, la putrefacción, la polución, la anomia, la debilidad). La enfermedad misma se vuelve metáfora. Luego, en nombre de ella (es decir, usándola como metáfora) se atribuye ese horror a otras cosas, la enfermedad se adjetiva. Se dice que algo es enfermizo -para decir que es repugnante o feo- [...]. Documento disponible en: <http://bioenergeticalatam.com.ar/docus/laenfermedadysusmetaforas.pdf>. Último acceso: 28 de agosto de 2018.

114 Cfr. Página 24 del fallo de segundo grado, folio 179 del cuaderno n.º 1.

115 Se subraya aquí pues, en el fallo de la mayoría no se comprende cómo se asegura que un tal enunciado correspondía a la transmisión de un hecho (faceta informativa de la libertad de expresión) debido a que en las sentencias de

instancia no se acreditaba que dicha proposición fáctica faltara al deber de veracidad. Sin embargo, el paginario tampoco revela que ello hubiera ocurrido, es decir, que los indígenas adrede derribaran sus viviendas.

116 Esto, en puridad de verdad, jamás podría catalogarse como la simple transmisión de un hecho, pero sí una malhadada opinión.

117 El canon 123 de la Carta Política prescribe que «son servidores públicos los miembros de las corporaciones públicas [...]». Por su parte, el artículo 20 del estatuto punitivo establece que para todos los efectos de la ley penal, son servidores públicos, entre otros, los miembros de las corporaciones públicas. De ahí que al procesado se le haya imputado como circunstancia de agravación, la prevista en el numeral 3º del precepto 134C ibidem.

118 De hecho, uno de los considerandos de la Recomendación General n.º 15 relativa a la Lucha contra el Discurso de odio y Memorándum Explicativo, explica: «Reconociendo la responsabilidad particularmente importante de los líderes políticos, religiosos y de las comunidades y otros a este respecto [referido al grave peligro que encarnan los discursos de odio] debido a su capacidad de influir en un amplio sector de la ciudadanía». Por lo mismo, la Recomendación General n.º 35, La lucha contra el discurso de odio racista (2013), emanada del Comité para la Eliminación de la Discriminación Racial – Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial de Naciones Unidas reconoce la «influencia de los políticos y otros formadores de opinión pública (...) [y los] ha alentado (...) a adoptar actitudes positivas encaminadas a promover la comprensión y la armonía entre las culturas». Documento disponible en: https://digitallibrary.un.org/record/781637/files/A_69_18-ES.pdf. Último acceso: 28 de junio de 2018.

119 A pesar de que en la sentencia se explique que posterior a la alocución del procesado, se suscitaron intervenciones tendientes a buscar una solución para la recuperación de espacios deportivos perdidos en el corregimiento del Alto Cauca, ello se produjo por parte de otros concejales, y la referencia efectuada después por Delgado, y traída a colación por la Corte, correspondió a macro proyectos para mejoramientos de vivienda, y no a dar una alternativa habitacional al grupo indígena asentado en el mencionado paraje o la construcción de otros escenarios deportivos.

120 Cfr. Acta n.º 66, sesión del Concejo de Marsella de fecha agosto 22 de 2012. Folio 77, cuaderno n.º 1.

121 «Por la cual se expide el Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo».

122 «Por la cual se dictan normas tendientes a modernizar la organización y el funcionamiento de los municipios».

123 Página web <http://www.concejomarsellarisaralda.com>.

124 Cfr. Acta n.º 66 de agosto 22 de 2012, sesión en la que intervino el Gobernador Indígena del Resguardo Suratena ante la plenaria del Concejo de Marsella. Folios 67 a 84, cuaderno n.º 1.

125 Conforme a la definición que la RAE incorpora en la vigésimo tercera edición del Diccionario de la Lengua Española, propalar es «divulgar algo oculto». <http://dle.rae.es/?id=UNFud9p>. Último acceso: 4 de septiembre de 2018.

126 Para el mes de agosto de 2012, Consejero Mayor de Justicia Regional de la etnia Embera Chamí.

