



Sentencia C-091/17

Referencia: Expediente D-11506

Demandantes: Miguel Santiago Guevara Araos, Julián Hernando Barragán Pedraza y Pedro Daniel Contreras Jordán.

Demanda de inconstitucionalidad contra el artículo 4 de la Ley 1482 de 2011 (modificado por el artículo 3° de la Ley 1752 de 2015), *“Por medio de la cual se modifica el Código Penal y se establecen otras disposiciones.”*

Magistrada sustanciadora:
MARÍA VICTORIA CALLE CORREA

Bogotá, D.C., quince (15) de febrero de dos mil diecisiete (2017).

La Sala Plena de la Corte Constitucional, en ejercicio de sus atribuciones constitucionales y en cumplimiento de los requisitos y trámites establecidos, en el Decreto 2067 de 1991, ha proferido la siguiente

SENTENCIA

I. ANTECEDENTES

1. Los ciudadanos Miguel Santiago Guevara Araos, Julián Hernando Barragán Pedraza y Pedro Daniel Contreras Jordán instauraron acción pública de

inconstitucionalidad contra el artículo 4 de la Ley 1482 de 2011 (modificado por el artículo 3° de la Ley 1752 de 2015), “*Por medio de la cual se modifica el Código Penal y se establecen otras disposiciones.*” El texto de la norma acusada es el siguiente:

“LEY 1482 DE 2011

(noviembre 30)

Diario Oficial No. 48.270 de 1 de diciembre de 2011

CONGRESO DE LA REPÚBLICA

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

EL CONGRESO DE COLOMBIA

DECRETA:

[...]

Artículo 4o. 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”¹.

¹ Nota: esta es la redacción actual del artículo, que ahora es el 134B del Código Penal, fue introducido como artículo 4 de la Ley 1482 de 2011 y modificado finalmente por el artículo 3° de la Ley 1752 de 2015. La redacción original de la Ley 1482 era la siguiente: “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

2. Los actores consideran que la disposición acusada vulnera la Constitución Política (artículos 20 y 29) el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (artículo 19) y la Convención Americana sobre Derechos Humanos (artículo 13). Inicialmente advierten que la Corte ha abordado el estudio de constitucionalidad contra el artículo acusado en dos oportunidades, en los que no ha estudiado la afectación de la libertad de expresión². Enseguida, sostienen que la norma demandada atenta contra el artículo 29 de la Constitución Política por violación al principio de legalidad y “*derecho penal como última ratio*”. Señalan al respecto:

“[...] Hemos dicho ya que la expresión “hostigamiento” a la que se refiere el artículo 4 de la ley 1482 de 2011 no es clara ni determinada, ahora, aplicando las disposiciones de la Convención, se entiende que esta ley, al introducir un nuevo artículo al Código Penal limitando la libertad de expresión, debe estar acorde con el principio de estricta legalidad. Según la jurisprudencia ya expuesta de la Corte Constitucional, este artículo de ninguna manera está acorde con el principio de estricta legalidad. Es un artículo ambiguo, en el cual los ciudadanos no tienen clara cuál es la prohibición, además como también afirma la sentencia, la Constitución prohíbe la vaguedad de las normas penales y este tipo de características en esas normas llevaron a cometer arbitrariedades como las del régimen nazi.

Cabe resaltar la jurisprudencia de la Honorable Corte Constitucional con respecto al principio de necesidad en derecho penal: mínima intervención y última ratio. La Corte ha enmarcado este derecho penal en el principio de la mínima intervención, adjudicándole a su ejercicio la facultad sancionatoria criminal únicamente cuando las demás alternativas de control hayan fallado. Esto se deriva de que el Estado no se ve obligado a sancionar todas las conductas antisociales, y por eso no se pueden tipificar las que no ofrecen un verdadero riesgo para los intereses de la comunidad o de los individuos.

El legislador con el artículo 4 de la Ley 1482 del 2011, al utilizar el derecho penal y el control punitivo del Estado, tomó la decisión de criminalizar un comportamiento humano, cuando, según lo dicho por la Honorable Corte, “*la última de las decisiones posibles en el*

o filosófica, sexo u orientación sexual, incurrirá en prisión de doce (12) a treinta y seis (26) meses y multa de diez (10) a quince (15) salarios mínimos legales mensuales vigentes, salvo que la conducta sea sancionable con una pena mayor”.

² Hacen referencia a las sentencias C-282 de 2013 (MP Luis Guillermo Guerrero Pérez; SV Mauricio González Cuervo, AV Luis Guillermo Guerrero Pérez, AV Gabriel Eduardo Mendoza Martelo, SV Nilson Pinilla Pinilla, Jorge Iván Palacio Palacio; AV, Alberto Rojas Ríos) y C-671 de 2014 (MP. Luis Guillermo Guerrero Pérez. AV. Luis Ernesto Vargas Silva, AV. Mauricio González Cuervo; SV Jorge Iván Palacio Palacio)

espectro de sanciones que el Estado está en capacidad jurídica de imponer, y entiende que la decisión de sancionar con una pena, que implica en su máxima drasticidad la pérdida de la libertad, es el recurso extremo al que puede acudir al Estado para reprimir un comportamiento que afecta los intereses sociales”.

Pero en el artículo 4° de la Ley 1482 del 2011 no se verifica una necesidad real de protección de los intereses de la comunidad, que permita acudir al derecho penal como última ratio.

Tipo penal abierto

El artículo 4 de la Ley 1482 de 2011 establece el tipo penal de hostigamiento. Se trata de un tipo penal abierto, es decir, “supone cierto grado de indeterminación de los elementos normativos que lo configuran”. Si bien la Corte ha dicho que “esto no acarrea indefectiblemente su inconstitucionalidad”, la indeterminación viola el principio de legalidad. Este defecto también daña seriamente el ejercicio de la libertad de expresión como se explicará en el siguiente apartado en referencia a las exigencias del derecho internacional para establecer límites legítimos a dicha libertad.

Antes de eso, queremos advertir que en la respuesta que dio la Corte a la demanda de constitucionalidad contra los artículos 220, 221, 222, 223, 224, 225, 226, 227 y 228 de la Ley 599 de 2000 por la cual se expide el Código Penal, explicó que el juez penal puede encontrar elementos suficientes de interpretación de la norma en la jurisprudencia de la misma Corte Constitucional y de la Corte Suprema de Justicia. Sin embargo, no se da la misma situación en el caso del tipo penal de hostigamiento, pues no existe jurisprudencia al respecto. Las referencias que pueden hallarse son de distinta naturaleza y no necesariamente se le trata como tipo penal. Por ejemplo, se habla de hostigamiento a estaciones de la policía por parte de grupos armados ilegales, se le equipara al acoso laboral, al acoso escolar, etc. Es decir, no existen elementos jurisprudenciales suficientes que orienten al juez o le impidan tomar decisiones discrecionales que afecten de manera indebida el ejercicio de la libertad de expresión.

De igual manera, la Corte en su sentencia C-127 de 1993³, explicó que existen tipos penales que se diferencian de otros, por lo cual las dificultades que plantea el carácter abierto son diversas. En concreto, explicó que el tipo penal de terrorismo es “un delito dinámico y se diferencia por tanto de los demás tipos”, pero esa dinamicidad no puede observarse en el tipo penal de hostigamiento. En realidad, lo que observamos en el hostigamiento, tal como está planteado en el artículo 4 de la Ley 1482 de 2011, es un tipo penal absolutamente abierto por lo cual se viola el principio de tipicidad y legalidad

³ MP. Alejandro Martínez Caballero. SV. Carlos Gaviria Díaz. AV. Jorge Arango Mejía y José Gregorio Hernández Galindo.

ya que, como advierte la misma Corte, una interpretación extensiva del tipo penal transgrede dicho principio.

El artículo, además, tiene el problema de hablar de “demás razones de discriminación” tras la modificación que introdujo la Ley 1752 de 2015, la cual amplió la indeterminación del tipo penal, pues existen ahora ilimitadas categorías en las cuales el hostigamiento puede estar presente. Además de las razones por las que alguien puede ser hostigado (religión, orientación sexual, raza, etc.) y que han sido precisadas por la ley, existen otro número impreciso de categorías desconocidas que deberán ser determinadas por el juez penal en casos concretos.”

Por razones similares, los actores sostienen que el artículo acusado atenta contra la libertad de expresión prevista en el artículo 20 Constitucional, en el artículo 13 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y 19 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos. En concreto sostienen:

“[...]

En lo que se refiere a la Ley 1482 de 2011, en su artículo 4, contraría la libertad de expresión consagrada en el artículo 20 superior y descrita en las sentencias anteriormente especificadas, por lo que se observa una circunstancia de censura previa. Los únicos discursos que pueden ser prohibidos por censura previa son aquellos que contengan datos de menores de edad (sin autorización de los padres), incitación pública a la guerra, genocidio y pornografía infantil, tal y como lo dice la Sentencia C-442 de 2011⁴ en donde se explica que:

“A pesar de la presunción de que toda forma de expresión esta cobijada por el derecho fundamental en estudio existen ciertos tipos específicos de expresión prohibidos. Entre estos se cuentan: (a) la propaganda en favor de la guerra; (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 motivo (modo de expresión que cobija las categorías conocidas comúnmente como discurso del odio, discurso discriminatorio, apología del delito y apología de la violencia); (c) la pornografía infantil; y (d) la incitación directa y pública a cometer genocidio.”

El goce de dicho derecho fundamental está claramente en peligro tras la creación del tipo penal indeterminado de hostigamiento. La acción de promover o instigar a través del

⁴ MP. Humberto Antonio Sierra Porto. SV Juan Carlos Henao Pérez. SV María Victoria Calle Correa.

ejercicio de la libertad de expresión, se somete a una censura previa porque se dedica únicamente a silenciar un discurso, en vez de penalizar el daño posterior provocado por el mismo. Es así como consideramos que el artículo 4 de la Ley 1482 de 2011, no tiene espacio dentro del ordenamiento jurídico por lo que debe ser removido”.

Estiman que a la luz de Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (artículo 19), la libertad de expresión solo puede ser limitada de manera clara y precisa por la ley, a fin de evitar restricciones ilegítimas que hagan nulo este derecho fundamental. Consideran que el término “hostigamiento” contenido en la disposición acusada *“no está formulado de manera precisa por lo que los ciudadanos no pueden regular su comportamiento de conformidad con la norma, pero sí pueden caer en la autocensura para evitar las duras sanciones de una ley difusa.”*

Afirman que el numeral quinto del artículo 13 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos contiene las limitaciones para la libertad de expresión⁵, sin que en dicha disposición esté comprendido el término “hostigamiento”. Con ayuda de la jurisprudencia interamericana que ha desarrollado un test tripartito para determinar si las restricciones al derecho a la libertad de expresión son aceptables, el cual exige que las limitaciones estén previstas de manera clara y precisa en una ley, que estén dirigidas al logro de objetivos imperiosos reconocidos por la Convención y que sean necesarias en una sociedad democrática, los actores aducen que la norma acusada *“no superaría el control de convencionalidad”* dada la vaguedad e indeterminación que conlleva el término aludido.

Indican que el tipo penal contenido en la norma demandada tampoco puede ser asimilado como una apología del odio nacional, racial o religioso que constituyan incitaciones a la violencia o cualquier otra acción ilegal, por cuanto por “apología de odio” no es posible entender cualquier tipo de incitación ofensiva o chocante, sino aquellas en las que se pueden prever con claridad acciones inminentes que causen daños a terceros, vale decir, a una *“incitación a la violencia que sea clara y se pueda observar su posibilidad de éxito”*. Apoyado en la jurisprudencia de esta Corporación, los actores sostienen que la disposición demandada no penaliza un *“riesgo concreto, claro y presente”*, sino que se extiende a categorías como la “ideología política”, lo cual además, puede significar límites inaceptables al debate democrático.

Agregan que en Colombia ya se han visto casos de denuncias penales con base

⁵ El numeral 5 del artículo 13 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (Pacto de San José), establece: [...] 5. Estará prohibida por la ley toda propaganda en favor de la guerra y toda apología del odio nacional, racial o religioso que constituyan incitaciones a la violencia o cualquier otra acción ilegal similar contra cualquier persona o grupo de personas, por ningún motivo, inclusive los de raza, color, religión, idioma u origen nacional.

en el artículo demandado, en las que los jueces y fiscales no aplican la norma, precisamente por el alto grado de indefinición.

3. Mediante auto de treinta (30) de junio de los corrientes, la magistrada sustanciadora inadmitió la demanda de la referencia, por encontrar que no satisfacía los requerimientos del artículo 2 del Decreto 2067 de 1991. En el mismo auto, concedió a los demandantes un término de tres (3) días contados para corregir la demanda.

4. Dentro del término de ejecutoria que transcurrió entre los días 6, 7 y 8 de julio de 2016, el ciudadano Miguel Santiago Guevara Araos presentó memorial con la intención de corregir las deficiencias del escrito inicial, advertidas en el auto que inadmitió la demanda. En esta oportunidad indicó lo siguiente:

“A) Cargo por violación del derecho a la libertad de expresión.

Sea lo primero advertir que en la acción de inconstitucionalidad se plantearon dos cargos de inconstitucionalidad:

1. Que el artículo 4 de la ley 1482 de 2011 viola el principio de estricta legalidad o taxatividad penal que se deriva del Artículo 29 de la Constitución Política de Colombia.

2. Que el artículo en mención también atenta contra la libertad de expresión protegida en el artículo 20 constitucional, en el artículo 19 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, y en el artículo 13 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos.

El cargo, en lo que a libertad de expresión se refiere, sostiene que no se puede limitar si se imponen restricciones a su ejercicio desde el derecho penal, se deben observar requerimientos estrictos de la tipificación, es decir, que se utilicen términos unívocos que acoten las conductas punibles lo cual exige una clara definición de las mismas. Lo anterior busca evitar que la libertad de expresión quede a disposición de interpretaciones arbitrarias de las autoridades públicas, en concreto, del juez penal. Como se observará más adelante, la misma Corte Constitucional ha advertido que ese rigor en la definición no se encuentra en el caso del tipo penal de hostigamiento.

B) El carácter indefinido del tipo penal:

Hemos afirmado –como parte de una argumentación más amplia– que ambos cargos están relacionados con el hecho de que el artículo 4 de la Ley 1482 de 2011 incurre en indefinición acerca de la conducta punible de “hostigamiento”, es decir, carece de la claridad exigida por el orden constitucional para que se garantice tanto el debido proceso como el ejercicio de la libertad de expresión.

El auto considera que no hemos ofrecido argumentos que señalen esa indefinición, por ese motivo exponemos a continuación las razones que demuestran la indefinición del tipo penal de hostigamiento:

-El artículo demandado establece sanciones para “el que promueva o instigue actos, conductas o comportamientos constitutivos de hostigamiento”, pero no dice en qué consiste hostigar. Si no se define la acción de hostigar no puede definirse, a su vez, en qué consiste la conducta de instigar actos constitutivos de hostigamiento.

-El único elemento de la jurisprudencia de la Corte Constitucional – no se ha[ll]a nada en la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia- que presenta una definición aproximada de lo que puede entenderse por hostigar, es la que se [encuentra] en la sentencia C-671 de 2014 citada en el auto. Se advierte que la promoción o instigación “debe tener como finalidad que el acoso o la persecución produzca un daño”, es decir, equipara la acción de hostigar a la de acosar o perseguir. Sobre ese pasaje de la sentencia tenemos las siguientes observaciones:

Esa explicación hace parte de la *obiter dicta* de la sentencia, pues en la misma se advierte que se dirigió exclusivamente a determinar la existencia de la omisión legislativa alegada por el actor –la exclusión de dentro de las categorías susceptibles de hostigamiento-, y no a resolver otros problemas que pudieran presentarse con la ley 1482 de 2011.

Esa definición por sinonimia que ofrece la sentencia C-671 de 2014 es insuficiente para que el juez penal tenga elementos claros que impidan una interpretación arbitraria del tipo penal, se trata solo de la mención de unos términos que se consideraron aproximados. Como se entiende en ese pasaje, lo que se buscaba era presentar dos sentidos en los que se encuentra calificada la promoción o instigación de actos de hostigamiento, no definir los actos de hostigamiento en cuanto tales, por lo cual no puede considerarse que han sido precisados jurisprudencialmente.

La misma sentencia advierte que el hostigamiento es un “delito de peligro abstracto” y que se penaliza un “riesgo comunicativo”, es decir, se castigan expresiones que posiblemente causen algún daño físico moral, lo que evidentemente se aleja de las exigencias del bloque de constitucionalidad sobre una estricta definición de los tipos penales que limitan la libertad de expresión.

El uso de las expresiones “persecución” y “acoso” como sinónimos de hostigamiento, demuestra que no existe un uso unívoco del término en el lenguaje común que no dé lugar a dudas. Incluso la Real Academia Española presenta hasta 6 acepciones (adicionales a las expresiones “persecución” o “acoso”, que no menciona) tan diversas como golpear con un látigo o burlarse insistentemente de alguien.

La estricta definición que exige la Convención Americana sobre Derechos Humanos no se resuelve en el aporte de la sentencia C-671 de 2014. La Corte Interamericana de Derechos Humanos, en sentencia del 20 de noviembre de 2009 (caso Usón Ramírez Vs

Venezuela), advirtió que en estos casos el uso de términos estrictos y unívocos supone “una clara definición de la conducta incriminada, la fijación de sus elementos y el deslinde de comportamientos no punibles o conductas ilícitas sancionables con medidas no penales”. La sentencia ofrece ciertos elementos de definición pero no da una definición clara de lo que significa hostigar, ni distingue el tipo penal de otras circunstancias de promoción de la “persecución” o el “acoso” sancionables con medidas no penales.”

Agrega que ni siquiera en los antecedentes del proyecto de ley existe una definición suficientemente clara del tipo penal de hostigamiento, por lo que solicita su expulsión del ordenamiento jurídico.

5. Con base en los nuevos argumentos, la demanda fue admitida el 26 de julio de 2016.

II. INTERVENCIONES

1. Ministerio de Justicia

El Ministerio de Justicia intervino en el presente trámite con el propósito de defender la constitucionalidad de la norma demandada. Indicó que, a partir de un recuento de la jurisprudencia constitucional en materia tipicidad y taxatividad penal, no se encuentra en el tipo de hostigamiento la indeterminación a la que se refiere el accionante, primero, porque se trata de un tipo penal abierto que no vulnera el principio de taxatividad, debido a que la conducta reprochable no puede describirse de forma totalmente exacta. En la sentencia C-343 de 2006, la Corte llegó a una conclusión similar en torno a una norma idéntica. Segundo, porque, en cualquier caso el legislador sí definió en la mayor medida posible las características esenciales del tipo penal. En tercer término se refirió a la supuesta violación a la libertad de expresión y concluyó que el tipo penal cuestionado constituye una decisión legislativa válida, pues (i) protege el derecho fundamental de toda persona a no ser discriminado, perseguido o molestado por cuenta de su raza, religión, creencias políticas y religiosas, su origen nacional, entre otros, y (ii) constituye el cumplimiento de obligaciones del estado en la lucha contra todas las formas de discriminación.

2. Fiscalía General de la Nación.

La Fiscalía General de la Nación intervino en el presente trámite, con el propósito de defender la constitucionalidad de la norma demandada, bajo el entendido de exigir que concurren un conjunto de circunstancias para la configuración del tipo, así: (i) evidenciar de manera inmediata e inequívoca, una aversión inmediata contra las personas por razón de su raza, etnia, religión, nacionalidad, o cualesquiera otras razones de discriminación; (ii) que la aversión sea indicativa del deseo de causarles un daño al grupo, o algún

miembro del mismo; (iii) que la expresión manifieste un estímulo o incitación concreta a los receptores de la expresión para el uso de la violencia en contra del grupo, o miembros del mismo; y (iv) que la expresión represente un riesgo ‘claro, concreto y presente’ de causar violencia contra un grupo o algún miembro del mismo, criterios que, afirma se extraen de la sentencia SU-626 de 2015⁶.

El fundamento central de la Fiscalía consiste en señalar que el derecho a no ser discriminado constituye un límite válido al derecho a la libertad de expresión, lo que justifica la expresión legislativa objeto de censura. Señala, en esa dirección, que tanto en el ámbito nacional como en el internacional existen discursos que no están protegidos por la libertad de expresión, debido a su contenido abiertamente discriminatorio, y que existen compromisos del Estado para erradicar discursos de odio, basados en móviles de esa naturaleza.

Añade a lo expuesto que el tipo penal de hostigamiento se enmarca en la categoría de la imposición de responsabilidades ulteriores a quien incurre en la conducta prohibida, de manera que no puede considerarse una medida de censura previa, prohibida por la Constitución y la Convención Americana sobre Derechos Humanos. Además, este tipo penal persigue una finalidad constitucional imperativa, contenida en la cláusula de igualdad y la prohibición de discriminación.

A pesar de su apoyo general a la exequibilidad de la norma, la Fiscalía estima que esta adolece de cierto nivel de indeterminación que podrían generar dudas de inconstitucionalidad. Sin embargo, estima que ya existe en la jurisprudencia nacional y de la Corte Interamericana de Derechos Humanos una respuesta a esas inquietudes. En esa dirección, indica que en la reciente providencia SU-626 de 2015⁷, referente a una exposición artística que ofendió a ciertos grupos religiosos, la Corte Constitucional explicó que para la configuración del tipo penal deben concurrir un conjunto de requisitos que — en criterio del interviniente— deben incorporarse a la interpretación conforme de la norma, por vía de una decisión de exequibilidad condicionada.

III. CONCEPTO DEL PROCURADOR GENERAL DE LA NACIÓN

El 15 de septiembre de 2016, el entonces Procurador General de la Nación, en el marco de sus funciones constitucionales y legales, presentó su concepto de rigor, solicitando declarar la inexecuibilidad de la norma.

⁶ MP Mauricio González Cuervo. AV María Victoria Calle Correa; AV Luis Guillermo Guerrero Pérez; AV Gloria Stella Ortiz Delgado; AV Jorge Iván Palacio Palacio; AV Jorge Ignacio Pretelt Chaljub; AV Luis Ernesto Vargas Silva.

⁷ MP Mauricio González Cuervo. AV María Victoria Calle Correa; AV Luis Guillermo Guerrero Pérez; AV Gloria Stella Ortiz Delgado; AV Jorge Iván Palacio Palacio; AV Jorge Ignacio Pretelt Chaljub; AV Luis Ernesto Vargas Silva.

En términos generales, la Vista Fiscal comparte el punto de vista planteado en la demanda. Indica que si bien la Corte ha declarado la exequibilidad de esa norma en dos decisiones anteriores, no ha estudiado el problema jurídico que ahora plantea la demanda, razón por la cual no hay cosa juzgada constitucional; posteriormente plantea que el delito de hostigamiento es “ambiguo” e indeterminado, que se opone al principio de mínima intervención del Estado en la libertad, y constituye una proscripción ilegítima de la deliberación pública y los discursos ‘molestos’.

Indica que la norma no tiene por objeto unívoco sancionar discursos de apología al delito o a la violencia, pues el tipo rector incluye aquellos a los que denomina molestos, o incluso los que giran “en torno a la conducta humana”, lo que supone una evidente intromisión en la libertad de expresión. En segundo lugar, como no castiga directamente a quien hostigue, sino también a quien difunde un pensamiento que incite al hostigamiento, está dirigido a sancionar la promoción de ideas y no su uso dañino; en tercer lugar, aunque el tipo penal pretende sancionar los discursos de odio, es decir, aquellos que atribuyen a un grupo de personas una condición “prejuiciosa que imposibilita o dificulta la convivencia pacífica entre seres iguales y dignos al interior de la sociedad”, al mismo tiempo sanciona discursos que implican un ejercicio legítimo de la libertad de expresión, por su amplitud y falta de precisión.

Indica que no le corresponde a la Corte superar esa indeterminación, en virtud de la reserva de ley para la definición de los delitos, razón por la cual no existe camino distinto a declarar la inexecutable de la norma.

IV. FUNDAMENTOS

Competencia

Esta Corte es competente para pronunciarse acerca de la constitucionalidad del artículo 4° de la Ley 1482 de 2011, modificado por el artículo 3° de la Ley 1752 de 2015, en virtud del numeral 4° del artículo 241 de la Constitución Política.

Cuestiones previas (aptitud y cosa juzgada constitucional).

Estudio de aptitud de la demanda

1. En concepto de la Sala Plena, la demanda objeto de estudio satisface los requisitos argumentativos mínimos exigidos por la jurisprudencia constitucional para la configuración de un cargo, en el marco de la acción pública de inconstitucionalidad.
2. La demanda satisface el requisito de **certeza**, pues afirma que la norma demandada castiga una conducta que consiste en la promoción o incitación al hostigamiento, cuando esta afecta a grupos especialmente protegidos, y que,

se considera, reflejan criterios sospechosos de discriminación, siempre que estas conductas estén orientadas a la producción de un daño físico o moral. Esta propuesta de interpretación parte de la literalidad de la disposición demandada y, en consecuencia, no es de naturaleza abiertamente subjetiva o caprichosa.

3. La demanda cumple también la condición de **claridad**, pues, más allá de la repetición de algunas ideas, presenta un conjunto de premisas solidarias con la conclusión que se defiende en el texto, y que giran en torno al alcance de la norma demandada frente a los derechos al debido proceso (principio de estricta legalidad) y la libertad de expresión. La claridad de la demanda se refleja también en la existencia de un debate participativo iniciado en torno a las preocupaciones de la demanda, y en el que las autoridades públicas que intervienen presentan argumentos que giran en torno a un mismo problema jurídico, lo que demuestra que el texto presentado por los accionantes es inteligible.

4. Los cuestionamientos son **específicos**. En criterio de los actores, al penalizar conductas que consisten en incitar o promover el hostigamiento, el legislador incurre en una limitación a la libertad de expresión y, concretamente, de aquellas expresiones en las que se cifraría esa *promoción o incitación*. Y lo hace sin respetar el principio de definir con claridad y precisión la conducta objeto de censura. Primero, por la amplitud y vaguedad de la expresión hostigamiento; y, segundo, porque, además, los verbos rectores *incitar* y *promover* agravan esa indeterminación.

5. Las acusaciones elevadas por los accionantes contra el tipo penal de hostigamiento son **pertinentes**. El parámetro de control propuesto se refiere a la libertad de expresión (artículo 20 CP) y el debido proceso. Dos derechos fundamentales y dos elementos característicos del estado social y democrático de derecho.

Es importante indicar que en la sentencia C-671 de 2014⁸ la Corte Constitucional rechazó la posibilidad de pronunciarse sobre un problema jurídico similar, cuando en el trámite de una demanda contra los artículos 3° y 4° de la Ley 1482 de 2011 (Ley Antidiscriminación), el Procurador General de la Nación solicitó a la Corte declarar la inexecuibilidad de ambos tipos penales, por tratarse de restricciones desproporcionadas a la libertad de expresión que, en concepto del entonces Procurador afectaban especialmente la difusión de ciertas ideas⁹.

⁸ MP. Luis Guillermo Guerrero Pérez. AV. Luis Ernesto Vargas Silva, AV. Mauricio González Cuervo; SV Jorge Iván Palacio Palacio

⁹ En esa ocasión, se expuso en la sentencia: “Y, por otro lado, la Procuraduría General de la Nación solicita a esta Corporación la declaratoria de inexecuibilidad de los preceptos demandados, a partir de cargos no planteados por el demandante ni por los demás intervinientes en el proceso judicial. En efecto, a juicio de la Vista Fiscal, el déficit normativo de las disposiciones que tipifican los delitos de actos de discriminación y de hostigamiento no radica en su alcance restringido por no sancionar las agresiones motivadas por la identidad de género, sino en que los términos en que se consagraron estos tipos penales anulan las libertades de

La razón central por la que la Corte no asumió ese problema radicaba en que no fue un cuestionamiento propuesto en la demanda y, por lo tanto, no estuvo sometido al escrutinio participativo en el que se desenvuelve el control de constitucionalidad de las leyes. En esta oportunidad, como se ha explicado, el cuestionamiento es presentado por los actores, con un esfuerzo argumentativo para enmarcar sus preocupaciones en la jurisprudencia constitucional y de la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

Si bien algunos de sus argumentos también se basan en afirmaciones aisladas sobre una eventual afectación a la libertad de expresar ideas religiosas en contra de la orientación sexual diversa, un argumento impertinente, esto sólo ocurre en la parte final de la demanda, después de que ya los cuestionamientos se han encauzado en términos constitucionales.

6. Finalmente, y en buena medida por las razones ya expuestas, la demanda cumple la condición de generar de **suficiencia**, que consiste en generar una duda inicial sobre la constitucionalidad de la norma cuestionada o, expresada en otros términos, de crear un problema jurídico de relevancia constitucional.

Inexistencia de cosa juzgada constitucional

7. Si bien ninguno de los intervinientes o participantes en el debate constitucional ha propuesto la existencia de cosa juzgada constitucional, es importante señalar, como lo indicaron los actores, que existen tres sentencias que podrían relacionarse con el debate planteado y que ninguna de ellas abordó el problema jurídico que estos proponen.

8. En la sentencia C-282 de 2013¹⁰, se presentó también ante la Corte una demanda contra la Ley Antidiscriminación, de forma general, por un conjunto de vicios formales y materiales. Entre los materiales, el actor proponía que esta imponía una restricción injustificada a la libertad de expresión, especialmente, frente a ciertos discursos religiosos¹¹. Sus argumentos, sin

conciencia, de expresión y de religión, hacen nugatorios los principios que deben orientar la política criminal del Estado, como los principios de legalidad, tipicidad, lesividad y de mínima intervención, y finalmente, terminan por desconocer la naturaleza del principio de igualdad y de la prohibición de discriminación. Como puede advertirse, el Ministerio Público plantea, en relación con los mismos preceptos impugnados por el demandante, una controversia sustancialmente distinta de la esbozada originalmente, por lo cual, esta Corte debe establecer si es factible el examen judicial propuesto por la Vista Fiscal". (C-257 de 2016 MP. Luis Guillermo Guerrero Pérez. SPV. María Victoria Calle Correa, Gloria Stella Ortiz Delgado, Jorge Iván Palacio Palacio y Luis Ernesto Vargas Silva).

¹⁰ MP Luis Guillermo Guerrero Pérez; SV Mauricio González Cuervo, AV Luis Guillermo Guerrero Pérez, AV Gabriel Eduardo Mendoza Martelo, SV Nilson Pinilla Pinilla, Jorge Iván Palacio Palacio; AV, Alberto Rojas Ríos.

¹¹ En cuanto a los vicios materiales, el peticionario afirma que, en nombre de la diversidad sexual, la ley demandada anula el principio de igualdad, así como las libertades de conciencia, cultos y de expresión, consagrados en los artículos 18, 19 y 20 del texto constitucional. La razón de ello es que la norma obstruye, por vía de la penalización, la manifestación y la expresión de la oposición y el rechazo de la mayor parte de confesiones religiosas hacia las tendencias sexuales alternativas como la homosexualidad, la zoofilia y la necrofilia. Para ilustrar su tesis, el actor refiere una serie de ejemplos puntuales que a su juicio, ilustran de

embargo, no se basaban en la oposición concreta entre las disposiciones legales y las normas superiores de la Constitución, sino en un conjunto de ejemplos de afirmaciones que, en su criterio, reflejarían la libertad de conciencia, cultos y expresión y que serían castigadas por referirse a diversas orientaciones sexuales. Estos argumentos fueron considerados impertinentes por la Corte que, por lo tanto, emitió un fallo inhibitorio, que no hace tránsito a cosa juzgada constitucional.

9. En la sentencia C-671 de 2014¹², algunos intervinientes y el Procurador General de la Nación solicitaron a la Corte Constitucional declarar la inexecutable del tipo penal de hostigamiento, por presunta violación a la libertad de expresión, es decir, por una de las razones propuestas por el accionante. Sin embargo, la Sala Plena rechazó explícitamente la posibilidad de adelantar el examen solicitado, de manera que se concentró en la eventual omisión legislativa relativa cuestionada, por la ausencia de inclusión de las personas con discapacidad entre los colectivos objeto de protección¹³.

10. En la sentencia C-257 de 2016¹⁴ la Corporación analizó la validez constitucional de penalizar expresiones discriminatorias, contenida en el tipo penal de actos de racismo y discriminación por presunta violación al principio de igualdad, y la prohibición de discriminación, específicamente, por razón de identidad de género. Los accionantes planteaban que, aunque el legislador decidió incorporar entre los criterios que definen las conductas castigadas en la Ley antidiscriminación, el sexo y la orientación sexual, no incluyó la identidad de género, lo que supondría un déficit de protección inconstitucional.

La Corporación estimó que, como la Ley 1482 de 2011 fue modificada por la Ley 1752 de 2015 y en esta última se incorporó un estándar de generalidad, es decir, una cláusula para ampliar la protección a todas las razones de

manera paradigmática la forma en que la ley penaliza las libertades fundamentales: Dos personas del mismo sexo acuden a un sacerdote minutos antes de celebrarse una misa para solicitarle que los una a través del matrimonio, el ministro rechaza la petición, y durante el acto religioso refiere a los feligreses el incidente, explicándoles por qué, a la luz de los preceptos religiosos, tal tendencia es censurable. Esta conducta constituiría un delito, y además estaría agravada por ejecutarse en un lugar abierto al público. || Cualquier persona predica o lee en voz alta el versículo 9 del capítulo 6 de la Primera Carta del apóstol Pablo a los Corintios, o el versículo 8 del capítulo 21 del Apocalipsis. Dado que estos textos rechazan el comportamiento homosexual, su mera lectura en voz alta constituiría un hecho punible a la luz de la ley impugnada. || Un obispo o un pastor excluye del ministerio a un sacerdote o copastor homosexual, en razón de la incompatibilidad entre la preceptiva religiosa y el ejercicio del ministerio por personas con orientaciones sexuales diversas. Tal decisión constituiría un delito. || Un sacerdote critica la adopción de dos menores por parte de un periodista homosexual, en un medio de comunicación masiva. La publicación de este tipo de comentarios nuevamente quebrantaría la ley penal, con los agravantes respectivos. || Una persona asegura ante los medios masivos de comunicación que *“para ser árbitro hay que ser homosexual”*.

¹² MP. Luis Guillermo Guerrero Pérez. AV. Luis Ernesto Vargas Silva, AV. Mauricio González Cuervo; SV Jorge Iván Palacio Palacio

¹³ En esa oportunidad, la Corte se negó a admitir la reconfiguración integral del problema jurídico declaró la inexecutable de los artículos 58.3, 134 A y 134 B del Código Penal.

¹⁴ MP. Luis Guillermo Guerrero Pérez. SPV. María Victoria Calle Correa, Gloria Stella Ortiz Delgado, Jorge Iván Palacio Palacio y Luis Ernesto Vargas Silva.

discriminación, el problema denunciado por el accionante habría sido solucionado en sede legislativa¹⁵.

Problema jurídico

11. Corresponde a la Corte Constitucional establecer si el tipo penal de *hostigamiento* viola la Constitución Política, pues a juicio de los accionantes (i) su notable indeterminación es incompatible con el principios de legalidad, en lo que tiene que ver con la taxatividad estricta de los enunciados que establecen tipos penales; y (ii) la restricción que impone a la libertad de expresión y penaliza cierto tipo de discursos, es desproporcionada, precisamente en virtud de la indeterminación de la prohibición.

12. Para resolver el problema jurídico planteado, la Corte Constitucional reiterará su jurisprudencia sobre (i) el principio de estricta legalidad y los tipos penales abiertos y (ii) la libertad de expresión y la prohibición de discriminación; en ese marco, (iii) resolverá el problema planteado.

El principio de estricta legalidad y los tipos penales abiertos. Reiteración de jurisprudencia.

13. La Corte se ha referido en número amplio de decisiones a las tensiones constitucionales derivadas de la redacción de los tipos penales, en relación con el principio de legalidad, la seguridad jurídica, el derecho a la libertad de los ciudadanos y el uso del derecho penal como última ratio.

Recientemente, la Sala Plena ha reiterado su jurisprudencia, por ejemplo, en las sentencias C-297 de 2016¹⁶ y C-539 de 2016¹⁷, ambas en torno al tipo penal de *feminicidio*, establecido en la Ley 1761 de 2015. La exposición que se presenta a continuación parte entonces de esas decisiones.

14. *La facultad de configuración del derecho penal.*

¹⁵ La sentencia C-257 de 2016 MP. Luis Guillermo Guerrero Pérez. SPV. María Victoria Calle Correa, Gloria Stella Ortiz Delgado, Jorge Iván Palacio Palacio y Luis Ernesto Vargas Silva, señaló: “La Corte estima que no hay lugar a la revisión judicial en relación con los artículos 134A y 134B del Código por el cargo referido a la falta de inclusión de la categoría de la identidad de género, en la medida en que, por un lado, con la reforma legal se superó, aunque tácitamente, el déficit que el accionante atribuía a los preceptos demandados, y en la medida en que, por otro lado, no corresponde a la Corte definir el alcance de los tipos penales antes de la entrada en vigencia de la Ley 1752 de 2015. Se negó a admitir la reconfiguración integral del problema jurídico.”

¹⁶ Gloria Stella Ortiz Delgado.

¹⁷ “Por su condición de mujer”, artículo 104 a, adicionado por el artículo 2 de la Ley 1761 de 2015 y literal a) “cuando el actor tenga la calidad de servidor público y desarrolle la conducta punible aprovechándose de esta calidad. El problema jurídico relacionado con los problemas de estricta legalidad era el siguiente: 6.3.1. De acuerdo con los actores, la expresión “*por su condición de ser mujer*”, como elemento del delito de feminicidio, es inconstitucional, fundamentalmente porque infringe el principio de estricta legalidad penal. Sostienen que la disposición es indeterminada, debido a la dificultad para identificar cuándo ha tenido lugar el móvil al que se refiere. Argumentan que es empíricamente imposible comprobar esa motivación en el agente, la cual pertenece a su esfera personal, y que en la descripción típica tampoco hay elementos que permitan determinarla, por lo que la “valoración” de la conducta queda librada al ámbito subjetivo del juzgador.

El Congreso de la República tiene la competencia de regular de manera detallada los diversos sectores del ordenamiento jurídico (o de configuración del derecho), a través de la expedición de leyes, incluidos códigos comprensivos de una materia determinada, y mediante la interpretación, reforma o derogación de tales normas (artículos 114 y 150, numerales 1º y 2º de la Constitución Política). Esta facultad es particularmente amplia, aunque se encuentra limitada por el respeto y vinculación a los derechos fundamentales, y a los principios de razonabilidad y proporcionalidad.

En ese contexto, el Congreso de la República cuenta también con la facultad de definir los tipos penales. Esta potestad, sin embargo, incide intensamente en los derechos de los asociados, razón por la cual el derecho penal debe utilizarse sólo para la protección de bienes jurídicos considerados especialmente relevantes, bien desde la propia Constitución, bien a partir de la deliberación democrática.

Aunque no existe una lista taxativa de los bienes jurídicos susceptibles de ser protegidos mediante el recurso al poder punitivo del Estado, sí existen mandatos que imponen la criminalización de ciertas conductas, particularmente ofensivas de la dignidad humana¹⁸, al tiempo que las normas penales deben abstenerse de castigar aquellas de baja lesividad social o poca incidencia en los derechos fundamentales¹⁹. Entre uno y otro extremo, opera la amplia facultad de configuración del derecho que ostenta el Legislador²⁰.

15. Márgenes constitucionales en el ejercicio de la potestad de configurar los delitos

En ejercicio de la competencia descrita, el Congreso define los delitos, las modalidades de la conducta punible, las causales de agravación y calificación del comportamiento, los eximentes de responsabilidad, las modalidades de participación, los ingredientes (objetivos y subjetivos) de cada tipo penal y, en general, la posibilidad de emplear diversas técnicas legislativas para prevenir y sancionar las conductas que ameriten el uso del *ius puniendi*.

Sin embargo, en el ejercicio de esta función, los mandatos constitucionales exigen la sujeción a dos criterios fundamentales: *“Por un lado, el castigo oficial solo puede ser utilizado para la defensa, protección y garantía de bienes jurídicos esencialmente ligados, de manera directa o indirecta, a los derechos fundamentales y, por el otro, su uso no puede, correlativamente, invadir la dignidad humana ni restringir irrazonablemente los derechos fundamentales”*²¹.

¹⁸ Como, por ejemplo, la tortura, el genocidio, las ejecuciones extrajudiciales, o las desapariciones forzadas. Ver, a este respecto, las sentencias C-225 de 1995, C-368 de 2000, C-177 de 2001 y C-226 de 2002; C-422 de 2011; C-121 de 2012.

¹⁹ Ver, a este respecto, las sentencias C-442 de 2011 y C-121 de 2012.

²⁰ Sentencias C-442 de 2011 y C-121 de 2012.

²¹ Sentencias C-038 de 1995.

En ese contexto surgen un conjunto mínimo de límites y vínculos a la función legislativa y que integran (aunque no agoten) el derecho fundamental al debido proceso constitucional. “Principalmente, al legislador le está expresamente proscrita la imposición de penas de muerte (art. 11 C. P.), destierro, prisión perpetua o confiscación (art. 34 C. P.), así como someter a cualquier persona a torturas, tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes (art. 12 C. P.). Del mismo modo, en virtud de los principios de igualdad (art. 13 C. P.) y de dignidad humana (art. 1 C. P.), la graduación de las penas²² y la criminalización de las conductas están sujetas a los criterios de idoneidad, razonabilidad y proporcionalidad, esto es, a la denominada prohibición de exceso en materia penal²³. Además, las normas penales están sujetas a la prohibición de doble incriminación y al principio de legalidad.

16. El principio de legalidad y sus dos vertientes.

El principio de legalidad es uno de los elementos más importantes del debido proceso y un elemento esencial de un estado constitucional, entendido como barrera o dique a la arbitrariedad y el abuso en el ejercicio del poder.

Este principio se divide, principalmente, en dos especies, ambas consustanciales al derecho penal moderno. Primero, *el principio de mera legalidad* hace referencia a la reserva legislativa para definir los tipos y las sanciones penales. Desde este punto de vista el principio supone que la libertad solo es limitable en virtud de decisiones adoptadas en el foro democrático del Congreso de la República y que los demás órganos que ejercen el poder público (en especial las autoridades administrativas y los jueces) tienen vedada la definición de las conductas prohibidas por la vía del derecho penal. El destinatario de este principio, entendido como límite del debido proceso es, principalmente, el juez, que sólo podrá iniciar y adelantar un juicio con base en normas promulgadas por el Congreso de la República, salvo las potestades limitadas del Gobierno en estados de excepción.

En segundo lugar, el principio de *estricta legalidad* se refiere a una forma de producción de las normas, consistente en la definición precisa, clara e inequívoca de las conductas castigadas. Esta segunda dimensión del principio de legalidad que, se anuncia desde ya, se refiere a la controversia planteada en este trámite, constituye el centro de un sistema garantista. Es un presupuesto para que los ciudadanos conozcan realmente las conductas permitidas y prohibidas y no sean entonces sujetos de un poder plenamente discrecional o de una amplitud incontrolable en manos de los jueces y es, por lo tanto, una garantía epistémica de la libertad y la dignidad humana, en tanto la capacidad de toda persona para auto determinarse.

²² Sentencias C-070 de 1996.

²³ Sentencias C-070 de 1996, C-939 de 2002 y C-121 de 2012.

La definición precisa que exige el principio de estricta legalidad (en adelante se preferirá esta expresión o la de taxatividad en la definición del tipo) es el centro de un sistema de derecho penal garantista, pues la definición clara de la conducta es también una condición para verificar desde el punto de vista fáctico su ocurrencia y, por lo tanto, para aportar pruebas a favor o en contra de su configuración; ejercer el derecho de defensa e intentar el control de las decisiones, bien a través de los recursos judiciales, bien mediante la crítica social a las providencias.

Esta norma se dirige principalmente al juez, pero su eficacia compromete la legitimidad de las actuaciones judiciales, evita la discrecionalidad judicial (en el ámbito penal, donde debe ser más restringida) y favorece la libertad y dignidad de las personas.

17. Otras garantías, asociadas al principio general de legalidad e íntimamente relacionadas con las anteriores, son (i) la prohibición de aplicar la analogía, en la “*parte mala*” de las normas penales; y su admisión en la “*parte buena*” de tales normas y (ii) la prohibición de aplicación retroactiva de las normas penales²⁴.

18. El principio de estricta legalidad y los tipos penales abiertos y en blanco.

El principio de estricta legalidad que, desde un punto de vista positivo, ordena al legislador actuar con el mayor nivel posible de precisión y claridad; desde una perspectiva negativa implica que son inadmisibles desde el punto de vista constitucional los supuestos de hecho y las penas redactadas en forma incierta o excesivamente indeterminada. Todos los componentes de un tipo penal (sujetos, verbos rectores, ingredientes subjetivos y objetivos, sanción, agravantes, etc) deben estar determinados o ser razonablemente determinables por el intérprete.

Sin embargo, esta obligación no puede cumplirse de forma absoluta, pues el lenguaje natural, en el que se expresa el legislador, presenta un nivel irreductible de apertura semántica. En términos generales, son muy conocidos los problemas de ambigüedad o polisemia de las palabras y de vaguedad de los conceptos. El nivel de determinación de un tipo penal será variable en función de las posibilidades lingüísticas de definición de una conducta específica y, en algunos casos, existirá una necesidad imperiosa de establecer castigos frente a fenómenos dinámicos y complejos, que requieren la atención a contextos más amplios para su comprensión y, por lo tanto, no pueden ser ‘capturados’ de forma definitiva por una expresión determinada.

Como lo indicó la Corte en la sentencia C-539 de 2016²⁵, la ambigüedad y la vaguedad (y por lo tanto la textura abierta y la relativa indeterminación de las

²⁴ Sentencias C-205 de 2003, C-297 de 2016, C-181 de 2016 y C-599 de 1999.

²⁵ MP. Luis Ernesto Vargas Silva.

expresiones) son características “consustanciales y prácticamente ineliminables del lenguaje natural”. Como el Legislador dicta sus normas a través de enunciados que también pertenecen al lenguaje natural, todo tipo penal sufrirá un mínimo de indeterminación, pero no por ello resultan incompatibles con el principio de taxatividad penal. Al momento de verificar el cumplimiento del principio de legalidad estricta, debe indagarse si es posible, con fundamento en una interpretación razonable y a partir de referentes objetivos y verificables, trazar la “frontera que divida con suficiente claridad el comportamiento lícito del ilícito”.

Frente a estos problemas, es decir, la obligación de definición taxativa y los límites de precisión del lenguaje natural, surgen en la doctrina dos conceptos que hacen referencia a tipos que, por presentar un nivel mayor al ordinario de indeterminación, generan diversas discusiones constitucionales. Los tipos en blanco y los tipos abiertos, a los que se refiere la Sala a continuación.

19. Los tipos penales “en blanco” son aquellos en los que al definir el supuesto de hecho (es decir, la conducta que se quiere prohibir) el Legislador menciona un referente normativo específico, por lo que se habla de una *remisión o reenvío* normativo. Este se denomina *propio*, si se dirige a una norma de la misma jerarquía o *impropio*, si lo hace a una de inferior jerarquía. Los tipos penales en blanco son válidos, siempre que, una vez efectuada la remisión, se cumplan los requisitos de certeza, claridad y precisión exigidos por el principio de estricta legalidad, de manera que la norma objeto de remisión debe también respetar el principio de definición taxativa²⁶, pues sólo así el juez penal y los ciudadanos pueden conocer inequívocamente cuál es la conducta penalizada²⁷. Además, la norma objeto de remisión debe existir al momento de la integración definitiva del tipo²⁸, ser determinada, de público conocimiento, y respetar los derechos fundamentales²⁹.

El principio de mera legalidad, por último, establece la reserva a favor del Congreso y, por lo tanto, su amplio margen de configuración en materia penal; el principio de estricta legalidad y la obligación de utilizar el poder punitivo como último recurso para alcanzar los fines que persiguen las leyes, por su parte, hacen menos amplio ese margen. Son, por tanto, elementos esenciales del análisis de constitucionalidad de las leyes penales.

20. A su turno, los tipos penales abiertos son aquellos que utilizan expresiones con un contenido semántico amplio, de relativa vaguedad, y lo hacen pues así

²⁶ En la Sentencia C-605 de 2006, la Corte analizó y encontró acorde con la Constitución el artículo 382 del Código Penal, que sanciona el porte y transporte ilegal de *sustancias que participan en la producción de cocaína y otros estupefacientes*, productos estos para cuya determinación se requiere el análisis de la norma de naturaleza reglamentaria, expedida por una autoridad administrativa, que define y clasifica tales sustancias (Consejo Nacional de Estupefacientes). *Cfr.* Sentencias C-1490 de 2000, C-599 de 2000, C-559 de 1999 y C-121 de 2012.

²⁷ Ver, Sentencias C-559 de 1999 y C-121 de 2012.

²⁸ Sentencias C-605 de 2006.

²⁹ Sentencia C-605 de 2006, Ver, así mismo, las Sentencias C-739 de 2000 y C-917 de 2001.

lo exige la naturaleza de la conducta penalizada. Estos tipos son aún más problemáticos, pues no cuentan con el mismo referente normativo del que se dota a los tipos en blancos. Para que sean válidos desde el punto de vista constitucional, la indeterminación debe ser moderada y estar justificada. Además, deben existir referencias en el ámbito jurídico que permitan precisar su contenido y alcance.

Un ejemplo relevante, para el problema que ocupa a la Sala, se encuentra en la sentencia **C-442 de 2011**³⁰, en la que la Corte Constitucional declaró exequibles los tipos de injuria y calumnia. La Corporación estimó que, si bien estos enunciados incorporan expresiones de considerable vaguedad, como “*imputación deshonrosa*” e “*imputar una conducta típica*”, esta indeterminación resulta superable con base en las reglas interpretativas construidas al respecto por la Corte Constitucional y de la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia³¹. (Posteriormente se volverá a hacer referencia a esta importante sentencia).

21. En ese contexto, puntualizó la Corte Constitucional en la sentencia C-539 de 2016³²: el legislador debe emplear el castigo penal (o la amenaza de castigo) para reprimir conductas especialmente lesivas de bienes *iusfundamentales* y de la dignidad humana; puede hacerlo, en un amplio margen de apreciación para proscribir lo que, en el marco de la deliberación política, considere nocivas para la sociedad; y debe abstenerse de hacerlo frente a conductas de lesividad menor; sin embargo, “(i) al Congreso le está vedada expresamente por el Constituyente la imposición de algunos tipos de penas (artículos 11, 34, 12 C. P.) (i.i), en virtud de los principios de igualdad y dignidad humana, la creación de delitos y sanciones con infracción de la prohibición de exceso (i.ii), y la consagración de tipos penales que desconozcan los principios del *non bis in ídem* y de legalidad en alguna de sus manifestaciones (i.iii) || En el establecimiento de tipos penales y de sus correspondientes sanciones, el legislador está vinculado al respeto del principio de tipicidad, de modo que la redacción de cada figura debe ser clara, precisa e inequívoca, pues ello garantiza la libertad y el debido proceso (ii). En virtud de estos mandatos, están proscritos los supuestos de hecho punibles, en todos sus elementos, así como las consecuencias jurídicas indeterminadas e imposibles de determinar con razonable certeza (iii) || [...] los tipos penales en blanco solo son admitidos si la remisión que hacen a otras normas permite determinar la conducta penalizada y si la norma objeto de remisión existe al momento de la necesaria integración del tipo, es determinada, de público conocimiento y respeta los derechos fundamentales (iv). Así mismo, la validez constitucional de los tipos abiertos está sujeta a que el margen de

³⁰ MP Humberto Antonio Sierra Porto. SV Juan Carlos Henao Pérez. SV María Victoria Calle Correa.

³¹ Ver así mismo, sentencia T-127 de 1993, reiterada en las sentencias C-422 de 2011 y C-121 de 2012. Sobre la necesidad y justificación de estos tipos ver, las Sentencias C-599 de 1999, C-442 de 2011 y C-121 de 2012. Sobre su definición, ver la Sentencia C-501 de 2014, C-127 de 1993 (MP. Alejandro Martínez Caballero. SV. Carlos Gaviria Díaz. AV. Jorge Arango Mejía y José Gregorio Hernández Galindo). y C-742 de 2012.

³² MP. Luis Ernesto Vargas Silva. AV. Alejandro Linares Cantillo y Alberto Rojas Ríos.

indeterminación sea moderado y a la disponibilidad de referentes para precisar su contenido y alcance (v). Y, en general, la vaguedad y ambigüedad de las normas penales resulta admisible, conforme a la garantía bajo análisis, solo si elementos objetivos habilitan de alguna manera distinguir lo prohibido de aquello que no lo está (v)”.

22. Algunas sentencias relevantes en lo que tiene que ver con el uso de tipos penales en blanco y tipos penales abiertos se encuentran en (i) terrorismo, por su carácter dinámico (C-127 de 1993³³), (ii) los delitos de injuria y calumnia, cuya indeterminación relativa es superada por la jurisprudencia de las altas cortes (C-442 de 2011³⁴); o (iii) los problemas jurídicos asociados al tipo penal de feminicidio (C-297 de 2016³⁵ y C-539/2016³⁶).

La libertad de expresión y la prohibición de discriminación.

³³ MP. Alejandro Martínez Caballero. SV. Carlos Gaviria Díaz. AV. Jorge Arango Mejía y José Gregorio Hernández Galindo.

³⁴ MP Humberto Antonio Sierra Porto. SV Juan Carlos Henao Pérez. SV María Victoria Calle Correa.

³⁵ La Sala analizó la constitucionalidad del literal e) del artículo 104A del Código Penal, el cual contempla el tipo penal de feminicidio. El tipo penal está configurado de suerte que pareciera que incurre en él quien mata a una mujer por su condición de tal o por motivos de identidad de género, o quien incurra en las circunstancias descritas en los literales, entre los cuales se encuentra el e), demandado en esta oportunidad. El literal dice, según esto, que el feminicidio se configura también por la muerte de una mujer, cuando está precedida de antecedentes o indicios de cualquier tipo de violencia o amenaza de género, o en el ámbito doméstico, familiar, laboral o escolar por parte del sujeto activo contra la víctima, independientemente de que el hecho se haya denunciado. En criterio del accionante, la norma violaba el principio de estricta legalidad penal, por cuanto existía cierta ambigüedad e imprecisión en la descripción del tipo: no era claro, afirmaba, si cualquier muerte precedida por esta clase de violencia o amenazas constituiría un delito. La Corte declaró la exequibilidad del precepto, por los cargos analizados, “*en el entendido de que la violencia a la que se refiere el literal es violencia de género como una circunstancia contextual para determinar el elemento subjetivo del tipo: la intención de matar por el hecho de ser mujer o por motivos de identidad de género*”. La Corte sostuvo que, en efecto, la norma presenta una ambigüedad relativa, pues da la impresión de que es posible cometer feminicidio cuando se mata a una mujer, y ese acto está precedido de antecedentes o indicios de cualquier tipo de violencia o amenaza de género, o en el ámbito doméstico, familiar, laboral o escolar por parte del sujeto activo contra la víctima, independientemente de que el hecho se haya denunciado. Es decir, que el delito se podría configurar incluso si la muerte de la mujer no obedeció a la intención de matar por el hecho de ser mujer o por identidad de género, sino por otros motivos, pero con esos antecedentes. No obstante, la ponencia muestra que a partir de una lectura sistemática, a la luz de los antecedentes parlamentarios de la ley, y con fundamento en argumentos teóricos y de derecho comparado, que el tipo solo se configura cuando se da muerte dolosa a una mujer, por el hecho de serlo o por identidad de género, con lo cual se busca es criminalizar los actos en que la mujer pierde la vida de forma violenta, como resultado de una concepción de la mujer como un objeto, un instrumento o un ser degradado”.

³⁶ Sentencia C-539 de 2016 (MP Luis Ernesto Vargas Silva). La Sala analizó la constitucionalidad del artículo 104 A de la Ley 599 de 2000, que tipifica el delito de feminicidio y controló las expresiones “por su condición de mujer” y del artículo 104 B *Ibidem*, “cuando el autor tenga la calidad de servidor público y desarrolle la conducta punible aprovechándose de esta calidad. En criterio de los accionantes, (i) el artículo 104 A en el aparte demandado lesiona el principio de estricta legalidad penal. Afirman su indeterminación y dificultad para establecer el móvil al que se refiere, mientras que el artículo 104 desconocería el *non bis in idem*, debido a (i) el alcance de la expresión “*por su condición de mujer*” del artículo 104 A. Afirma, principalmente, que es un elemento subjetivo del tipo penal, relacionado con la motivación del agente al cometer el ilícito. El bien jurídico lesionado es la vida, pero además la dignidad, la libertad y la igualdad. Y, que el feminicidio se presenta no solo en las 6 circunstancias que describe la norma sino en todos aquellos en que la muerte se da en razón de la “condición de mujer” o por “*motivos de su identidad de género*”³⁶. La Corte declaró exequible el aparte del artículo 104 A, por supuesta violación al principio de tipicidad, dado que lo que planteaba el actor era la imposibilidad de comprobar la motivación del agente, lo que en realidad no constituye un problema de tipicidad, sino uno de naturaleza probatoria. Agregó que, no obstante lo indicado, el feminicidio implica un contexto de circunstancias definidas por la discriminación

23. La libertad de expresión es un derecho fundamental establecido en el artículo 20 de la Constitución Política y el artículo 13 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos.

24. Este derecho se caracteriza, en el derecho constitucional interno y de otros países, por la amplitud de su ámbito de protección y por la preferencia *prima facie* en las colisiones que puedan surgir frente a la eficacia de otros derechos. Además de su evidente relación con la dignidad humana y la posibilidad de autorrealización que envuelve la posibilidad de difundir e intercambiar las ideas propias, la Corte ha atribuido esta fuerza especial de la libertad de expresión a otros factores, como su relación con la construcción de sociedades democráticas, la formación de ciudadanos críticos, la oposición a la arbitrariedad y el uso abusivo del poder y el poder de denuncia.

25. A continuación, la Sala reitera las consideraciones generales expresadas en la sentencia hito T-391 de 2007³⁷ sobre la libertad de expresión. Posteriormente se referirá a sus limitaciones y a los casos en que ha analizado conflictos o colisiones con otros derechos; y el recurso del Estado al derecho penal para enfrentar determinados tipos de discurso. Acerca del contenido del derecho a la libertad de expresión, la Sala Segunda destacó en aquella oportunidad la existencia de once contenidos normativos básicos, derivados de las disposiciones citadas:

“4.1.1. 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 diferenciables**: (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

³⁷ MP. Manuel José Cepeda Espinosa. SV. Rodrigo Escobar Gil.

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". (T-391 de 2007³⁸)

26. Posteriormente, la Corte Constitucional explicó que de ese conjunto de mandatos surge la presunción general a favor de la libertad de expresión que, a su vez, se compone de dos presunciones especiales a favor de la libertad de expresión, una prohibición o definitiva (presunción inderrotable) y tres cargas correlativas para las autoridades que pretendan cuestionar un discurso o una expresión desde el punto de vista legal o constitucional, y la regla de preferencia *prima facie* (o inicial) de este derecho, en casos de colisiones normativas. (Ibídem).

27. La primera presunción establece que, en principio, *toda expresión* se considera protegida por el artículo 20 Superior, salvo que, en cada caso se demuestre, de forma convincente que existe una justificación, en los términos de la ponderación con otros principios constitucionales; la segunda es la presunción de primacía, según la cual, en supuestos de colisión normativa, la posición de la libertad de expresión es privilegiada y goza de una prevalencia inicial; y la tercera es la sospecha de inconstitucionalidad de sus restricciones o limitaciones.

28. Las dos presunciones solo puede ser desvirtuadas en el marco de cada caso concreto cuando, mientras que la sospecha de inconstitucionalidad conlleva un análisis de constitucionalidad estricto de la medida en cuestión, el cual será aún más exigente en atención a la expresión que se pretenda limitar o restringir (tipo de discurso) y al carácter de la regulación (autoridad y forma en que se adopta la medida).

³⁸ MP. Manuel José Cepeda Espinosa. SV. Rodrigo Escobar Gil.

La regla definitiva de prohibición es la prohibición de censura. De acuerdo con la sentencia reiterada, las normas citadas enuncian “en forma contundente una presunción que no admite ser desvirtuada: la censura previa está prohibida de tal forma que cualquier regulación estatal o decisión de un funcionario del Estado que constituya censura implica, *ipso iure*, una violación del derecho a la libertad de expresión” (ibídem).

29. Las cargas correlativas a estas reglas que, en su conjunto conforman *la presunción general a favor de la libertad de expresión*, son las siguientes: (i) la carga definitoria, que consiste en el deber de la autoridad de hacer explícita la finalidad de cualquier medida que limite o restrinja este derecho. De indicar su fundamento legal preciso, claro y taxativo explicar la forma en que la limitación incide sobre el bien que se pretende proteger en el acto que la adopta, para evitar el subjetivismo en su aplicación; (ii) la carga argumentativa, que consiste en la obligación de *plasmar, en el acto jurídico de limitación* los argumentos que demuestren que las presunciones citadas han sido derrotadas y se cumplen los requisitos mínimos para su restricción o limitación; (iii) una carga probatoria, según la cual estas decisiones deben adoptarse sobre una base empírica sólida, avalada por razones técnicas o científicas; y por evidencias que permitan un nivel mínimo de certeza sobre la veracidad de los hechos que dan lugar a la decisión.

30. Este conjunto de medidas especiales se justifica no sólo en el papel especial que ocupa este derecho en el conjunto de garantías y libertades constitucionales, sino también porque los riesgos generados por la protección de la expresión y las cargas correspondientes se consideran un *riesgo tolerable*, en comparación a lo que significaría la renuncia a estos postulados para el sistema constitucional y democrático de derecho (C-087 de 1998³⁹, T-391 de 2007⁴⁰).

31. Por ello, explicó la Corte en aquella oportunidad, estas reglas sólo deberían matizarse en casos que involucren los derechos de niños y niñas, en atención a su vulnerabilidad y las secuelas que tendría en su desarrollo psicológico y bienestar un daño originado en el uso de determinadas expresiones o ciertos discursos. Con todo, aun en tal escenario, el riesgo e impacto deberían ser evaluados con base en una base de evidencia sólida, para evitar que la sola presencia de una audiencia que no ha alcanzado los 18 años se utilice para la imposición de restricciones irrazonables, que priven “a los ciudadanos del acceso a información u opiniones valiosas para ejercer como sujetos políticos de una sociedad democrática”.

32. Además, en la sentencia que se reitera, la Corte señaló que la libertad de expresión es en realidad un género, del que se desprenden otras libertades específicas, como la libertad de cátedra, la libertad de prensa, la libertad de

³⁹ MP. Carlos Gaviria Díaz.

⁴⁰ MP. Manuel José Cepeda Espinosa. SV. Rodrigo Escobar Gil.

prensa y la libertad de expresarse y comunicarse con otros, o libertad de expresión en sentido estricto.

La libertad de expresión *stricto cense*, dijo la Corte, es el 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. Cuenta con una dimensión individual, en la que se destacan la facultad de comunicarse con otro a través de cualquier medio apropiado para la difusión del pensamiento y a escoger la forma y el tono para hacerlo. Desde una dimensión colectiva, abarca el derecho de todas las personas “*a recibir tales pensamientos, ideas, opiniones e informaciones*” de parte de quien las emite. Las dimensiones individual y colectiva, obviamente, son interdependientes y requieren de una protección simultánea. En lo concerniente a sus elementos o características normativas más relevantes, la Corporación destacó:

“(1) su titularidad es universal sin discriminación, compleja, y puede involucrar intereses públicos y colectivos⁴¹, 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)

⁴¹ 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).

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”.

33. Ahora bien, la libertad de expresión, pese a su fuerza especial, la amplitud de sus contenidos y la deferencia con que es tratada desde la constitución y el derecho internacional de los derechos humanos, no es absoluta. Primero, porque puede ser derrotada en un ejercicio de ponderación que satisfaga las condiciones previamente descritas (i.e. que lleve a la superación de las presunciones mencionadas); segundo, porque existe una excepción a la prohibición de censura, destinada a la protección de menores en espectáculos públicos y una cláusula de definición de responsabilidades ulteriores; tercero, porque actualmente se ha alcanzado un consenso suficientemente amplio en el derecho internacional acerca de la necesidad y la obligación estatal de prohibir ciertos discursos, principalmente, con miras a erradicar la discriminación y cierto tipo de delitos particularmente ofensivos para la dignidad humana y de la humanidad:

“En criterio de la Corte, a la luz de las disposiciones constitucionales y de tratados internacionales sobre derechos humanos aplicables, estos tipos de expresión [...] son cuatro: (a) la propaganda en favor de la guerra; (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 motivo (modo de expresión que cobija las categorías conocidas comúnmente como *discurso del odio*, *discurso discriminatorio*, *apología del delito* y *apología de la violencia*); (c) la pornografía infantil; y (d) la incitación directa y pública a cometer genocidio. Estas cuatro categorías se han de interpretar con celoso apego a sus definiciones precisas en los instrumentos jurídicos 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”.
(Sentencia T-391 de 2007⁴²).

34. En la misma dirección, precisó la Corte Constitucional que el ejercicio de la libertad de expresión conlleva deberes y responsabilidades; que estos varían en función del tipo de discurso, el ámbito en que se desenvuelve y los medios utilizados para hacerlo; y que estos deben estar definidos con precisión en ley, “sin perjuicio de la aplicación directa de los derechos fundamentales de terceros, como el buen nombre y la intimidad”.

Ahora bien, la sentencia T-391 de 2007⁴³ constituye la sistematización más comprensiva y relevante sobre el derecho a la libertad de expresión. Sin embargo, es preciso recordar que en aquella oportunidad la Sala Segunda de Revisión de la Corte debía analizar un caso acerca de la posibilidad de restringir o no el contenido de un programa radial, que presentaba contenidos soeces, en un horario de fácil acceso para la audiencia infantil y juvenil. En esos términos, se trataba de un caso concreto, que enfrentaba un problema jurídico específico.

Por ello, a pesar de la amplia exposición sobre el contenido del derecho, en este trámite no se exploraron con profundidad dos asuntos que sí resultan imprescindibles para la solución del problema jurídico que ocupa a la Sala: la tensión entre libertad de expresión e igualdad (principio de no discriminación), de una parte, y el uso del derecho penal en las restricciones, de otra.

La prohibición de discriminación, generalidades⁴⁴

⁴² MP. Manuel José Cepeda Espinosa. SV. Rodrigo Escobar Gil.

⁴³ MP. Manuel José Cepeda Espinosa. SV. Rodrigo Escobar Gil.

⁴⁴ En esa decisión, la Corte ordenó, al representante legal del Colegio Gimnasio Castillo Campestre que, en un plazo máximo de quince (15) días contados a partir de la notificación de la presente sentencia, realice en las instalaciones de la institución, con la presencia activa de la comunidad educativa, el Ministerio de Educación Nacional, los representantes de los grupos y colectivos a los que perteneció Sergio, sus familiares y amigos, un ACTO PÚBLICO DE DESAGRAVIO en donde se reconozcan las virtudes de Sergio y su legado y se reconozca el respeto que se le debía brindar a su proyecto de vida. En el mismo, se deberán realizar los siguientes actos: i) conceder el grado póstumo al menor; ii) instalar y develar una placa en memoria del joven con la siguiente inscripción: “*una educación ética es el único mecanismo para obtener la perfección, destino último de los ciudadanos. La misma solo es posible si enseñamos en la diferencia, la pluralidad y el imperativo absoluto de respetar a los demás*”. En memoria de Sergio David Urrego Reyes. 1997-2014”; iii) una declaración pública por parte de las autoridades del Colegio Gimnasio Castillo Campestre donde se reconozca que la orientación sexual que asumió Sergio debía ser plenamente respetada en el ámbito educativo y que los foros educativos son espacios de tolerancia y respeto encaminados a construir un ciudadano respetuoso de las diversas posturas y comprometido con la igualdad en la diferencia; y iv) una declaración del Gobierno Nacional, en cabeza del Ministerio de Educación Nacional, donde se comprometa de manera pública a desarrollar acciones, en el marco de los módulos del Programa para la Educación Sexual y Construcción de Ciudadanía, para promover el respeto por la diversidad sexual en los colegios; y, al Ministerio de Educación Nacional, que en un plazo máximo de seis (6) meses contados a partir de la notificación de la presente sentencia, implementara acciones tendientes a la creación definitiva del Sistema Nacional de Convivencia Escolar de acuerdo a lo señalado por la Ley 1620 de 2013 y el Decreto 1965 de 2015.

Cuarto.- ORDENAR al Ministerio de Educación Nacional que, en un plazo máximo de un (1) año contado a partir de la notificación de la presente sentencia, implemente acciones tendientes a la creación definitiva del Sistema Nacional de Convivencia Escolar de acuerdo a lo señalado por la Ley 1620 de 2013 y el Decreto

35. La jurisprudencia constitucional sobre el principio de igualdad es especialmente amplia y ha transitado por diversos escenarios que dan cuenta de la multiplicidad de dimensiones que caracterizan este principio. Esta situación se explica por el lugar cardinal que ocupa este principio dentro del orden jurídico colombiano. De un lado, se trata de un principio fundante del orden político que se proyecta en el carácter general y abstracto de las leyes, elemento esencial del Estado de Derecho; y en los deberes del Estado para la satisfacción de los derechos constitucionales mediante la garantía de un mínimo de condiciones materiales para su ejercicio por parte de todas las personas, desde la perspectiva social del Estado. De otro lado, posee una relación inextricable con la dignidad humana, fuente y fin de los derechos fundamentales, representada en la concepción de la dignidad como atributo de todos los seres humanos, de donde deriva su derecho al goce de todos los derechos humanos por igual (Artículos 2º y 5º de la Constitución Política).

36. En atención a lo expuesto, el Constituyente consagró como norma positiva el derecho fundamental a la igualdad en el artículo 13 de la Carta, dotándolo de un contenido normativo complejo, en el que las características ya reseñadas del principio, se concretan así: en el inciso 1º se establece el principio de *igualdad formal o igualdad ante la ley*; este principio, en términos muy simples implica que las normas jurídicas de origen legal (o aquellas que se le asemejen como los decretos y los actos administrativos de carácter general), sean aplicadas de forma estandarizada cada vez que se configure su supuesto de hecho. Consustancial a este principio es la *prohibición de discriminación* que prohíbe establecer un trato desigual frente a algunos sujetos en razón de ciertos rasgos de su identidad, tales como la raza, el sexo, la religión y la filiación política o ideológica.

37. El mismo precepto constitucional establece en sus incisos 2º y 3º una dimensión *promocional de la igualdad*, destinada a superar las desigualdades que, de hecho, enfrentan ciertos grupos tradicionalmente discriminados o marginados, o las personas que, por diversos motivos, se encuentran en situación de vulnerabilidad o debilidad manifiesta. Esta dimensión de la igualdad permite -y en determinados contextos obliga- al Estado a adoptar medidas positivas en favor de esos colectivos o personas, que pueden consistir en una *compensación transitoria* para lograr la igualdad de oportunidades, en la entrega de beneficios concretos, o en cambios políticamente determinados en la distribución de recursos dentro de la sociedad. Si bien cada una de esas

1965 de 2015. Particularmente, se ordena que en el plazo señalado, se adopten las siguientes medidas: i) una revisión extensiva e integral de todos los Manuales de Convivencia en el país para determinar que los mismos sean respetuosos de la orientación sexual y la identidad de género de los estudiantes y para que incorporen nuevas formas y alternativas para incentivar y fortalecer la convivencia escolar y el ejercicio de los derechos humanos, sexuales y reproductivos de los estudiantes, que permitan aprender del error, respetar la diversidad y dirimir los conflictos de manera pacífica, así como que contribuyan a dar posibles soluciones a situaciones y conductas internas que atenten contra el ejercicio de sus derechos; y ii) ordenar y verificar que en todos los establecimientos de educación preescolar, básica y media estén constituidos los comités escolares de convivencia.

medidas tiene sus especificidades, en su conjunto se agrupan dentro del concepto de *igualdad material*, para denotar su diferencia con la igualdad formal y resaltar su estrecha relación con el Estado Social de Derecho.

Precisamente por tratarse de un pilar del orden jurídico, compuesto por un amplio contenido normativo, la evaluación sobre el respeto por el principio – derecho a la igualdad constituye uno de los retos esenciales del juez constitucional, lo que explica el surgimiento de una metodología especial de análisis, contenida en el test integrado de razonabilidad, por medio de la cual esta Corporación (y otros operadores jurídicos) pueden determinar si una diferenciación determinada es válida o si por el contrario carece de justificación y se torna en una medida discriminatoria.

38. El caso objeto de estudio se refiere a una dimensión especial de la igualdad, que se caracteriza por la existencia de una prohibición definitiva y alcanza el rango de principio *ius cogens* en el derecho internacional, es decir, de una norma que no admite pacto en contrario entre las partes contratantes (en principio, los Estados). Básicamente, una discriminación se presenta cuando las autoridades adoptan tratos diferenciados entre personas o grupos en situaciones similares, sin que exista para ello una razón legítima.

Además, la prohibición de discriminación ha sido desarrollada tanto en el artículo 13 de la Carta Política, como en otras cláusulas del Texto Superior y en diversos instrumentos del DIDH que señalan grupos, colectivos, o situaciones en las que la discriminación sigue un patrón de exclusión histórico crónico, razón por la cual la carga de la prueba sobre la legitimidad de la medida (razonabilidad) se traslada a la autoridad.

39. En consecuencia, cada uno de los pasos del examen de razonabilidad y proporcionalidad de la medida se hace más estricto, pues las medidas de diferenciación basadas en tales criterios se presumen inconstitucionales. En la sentencia **C-371 de 2000**⁴⁵, señaló la Corte:

“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, vgr. mujeres, negros, homosexuales, indígenas, entre otros.”

⁴⁵ MP. Carlos Gaviria Díaz, AV. Vladimiro Naranjo Mesa, SPV. Álvaro Tafur Galvis, Alejandro Martínez Caballero y Carlos Gaviria Díaz y SV. Eduardo Cifuentes Muñoz.

40. En la sentencia **C-481 de 1998**⁴⁶, esta Corporación sostuvo que los criterios sospechosos son “*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.*”

41. En la sentencia **T-1090 de 2005**⁴⁷, al estudiar si la conducta de los dueños de unas discotecas de Cartagena, orientada a prohibir la entrada de afrodescendientes a sus instalaciones constituía una actitud discriminatoria, la Corporación señaló que, a pesar de la importancia del principio de no discriminación, el concepto no había sido definido con claridad por la jurisprudencia constitucional. Con el fin de llenar ese vacío, la Corte reiteró lo dicho en la sentencia T-098 de 1994⁴⁸:

“[Por discriminación se entiende] *un acto arbitrario dirigido a perjudicar a una persona o grupo de personas con base principalmente en estereotipos o prejuicios sociales, por lo general ajenos a la voluntad del individuo, como son el sexo, la raza, el origen nacional o familiar, o por razones irrelevantes para hacerse acreedor de un perjuicio o beneficio como la lengua, la religión o la opinión política o filosófica (...) El acto discriminatorio es la conducta, actitud o trato que pretende ... anular, dominar o ignorar a una persona o grupo de personas, con frecuencia apelando a preconcepciones o prejuicios sociales o personales, y que trae como resultado la violación de sus derechos fundamentales. || Constituye un acto discriminatorio, el trato desigual e injustificado que, por lo común, se presenta en el lenguaje de las normas o en las prácticas institucionales o sociales, de forma generalizada (...) siendo contrario a los valores constitucionales de la dignidad humana y la igualdad, por imponer una carga, no exigible jurídica ni moralmente, a la persona*”⁴⁹.

⁴⁶ MP. Alejandro Martínez Caballero. SV. Alfredo Beltrán Sierra, José Gregorio Hernández Galindo y Hernando Herrera Vergara. AV. Vladimiro Naranjo Mesa.

⁴⁷ MP. Clara Inés Vargas Hernández.

⁴⁸ MP. Eduardo Cifuentes Muñoz.

⁴⁹ Las discotecas. En los casos T-1090 de 2005 (QKA-YITO y La Carbonara⁴⁹) y T-131 de 2006 (reiteración) la Corte Constitucional se pronunció sobre los casos de discriminación racial conocidos como *las discotecas*, en las que los encargados de vigilar y autorizar el ingreso de dos conocidas discotecas negaron el ingreso a mujeres afrodescendientes. La importancia de estos casos radica no sólo en el hecho mismo de negar el acceso a partir de un trato diferenciado y basado en un criterio sospechoso (y por lo tanto discriminatorio), sino también en que la Corte Constitucional advirtió al Congreso de la República, en la primera oportunidad, dictar normas para enfrentar la discriminación; hecho que fue invocado precisamente en la exposición de motivos del proyecto que finalmente se convirtió en la Ley antidiscriminación. En la sentencia T-366 de 2013, la Corporación se pronunció acerca del desconocimiento del principio de discriminación, en un caso en que se negó la entrada a las instalaciones del Icfes a una persona, en razón del color de su piel.

Dejando atrás el marco general de la prohibición de discriminación, entra la Corte a referirse a casos situados en los dos escenarios clave, para efectos de resolver el caso concreto.

Dos escenarios relevantes. El uso del derecho penal en la restricción de la libertad de expresión y algunas tensiones entre formas específicas de la libertad de expresión y el principio de no discriminación.

El uso del derecho penal para la restricción de ciertas expresiones. Sentencias C-442 de 2011⁵⁰ y C-671 de 2014⁵¹.

42. En la sentencia **C-442 de 2011**⁵² la Corte estudió la posibilidad de utilizar el derecho penal para limitar la libertad de expresión, a partir del cuestionamiento ciudadano contra los tipos de injuria y calumnia. Si bien los tipos penales de injuria y calumnia difieren notablemente del tipo de hostigamiento, dado que los primeros tienen como objeto la protección de los bienes jurídicos a la honra y el buen nombre y el segundo persigue la protección de la igualdad y la prohibición de discriminación, existe también un parecido de familia relevante, en la medida en que se trata de normas que acuden al máximo poder punitivo del Estado (el derecho penal) para restringir conductas que pueden materializarse en expresiones.

43. El accionante, en aquella oportunidad invocaba como parámetro de control el artículo 20 de la Constitución Política, el artículo 13 de la CADH, cuyos contenidos ya han sido expuestos, la jurisprudencia de la Corte Constitucional sistematizada en la sentencia T-391 de 2007⁵³ y, especialmente, el precedente establecido por la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH) en el caso *Kimel vs Argentina*, relacionado con la condena penal impuesta a un escritor, investigador y periodista Argentino por una serie de críticas dirigidas a las autoridades y, especialmente, a un juez, en la investigación de un crimen ocurrido durante la Dictadura.

44. Aunque el Estado de Argentina reconoció su responsabilidad internacional en la violación de los derechos de Kimel, la Corte Interamericana decidió profundizar en el estudio del caso, y consideró que los delitos de injuria y calumnia carecían de una definición lo suficientemente precisa para ser acordes al principio de estricta legalidad; y que la imposición de una pena por tales conductas afectaba el principio de proporcionalidad y, por lo tanto, suponía una violación a la interdicción de exceso en el uso del derecho penal, correlativa al principio de derecho penal mínimo⁵⁴.

⁵⁰ MP Humberto Antonio Sierra Porto. SV Juan Carlos Henao Pérez. SV María Victoria Calle Correa.

⁵¹ MP. Luis Guillermo Guerrero Pérez. AV. Luis Ernesto Vargas Silva, AV. Mauricio González Cuervo; SV Jorge Iván Palacio Palacio

⁵² MP Humberto Antonio Sierra Porto. SV Juan Carlos Henao Pérez. SV María Victoria Calle Correa.

⁵³ MP. Manuel José Cepeda Espinosa. SV. Rodrigo Escobar Gil.

⁵⁴ La argumentación central de la Corte se dirigió a evaluar si la restricción impuesta a la libertad de expresión en las normas penales aplicadas al señor Kimel respetaban el test elaborado por esa misma corporación y basado en las condiciones de *legalidad estricta, necesidad e idoneidad de la medida*; para posteriormente,

45. Sin embargo, la Corte IDH hizo la salvedad de que no toda medida penal establecida en este escenario es contraria a la Convención, sino que su imposición debe analizarse con especial cautela, ponderando la gravedad de la conducta, el dolo, el daño y otros datos que demuestren la necesidad de utilizar estas medidas, siempre en un marco de excepcionalidad. En lo que tiene que ver con la proporcionalidad de la medida, el Tribunal regional indicó:

“[L]a restricción tendría que lograr una importante satisfacción del derecho a la reputación sin hacer nugatorio el derecho a la libre crítica contra la actuación de los funcionarios públicos. Para efectuar esta ponderación se debe analizar i) el grado de afectación de uno de los bienes en juego, determinando si la intensidad de dicha afectación fue grave, intermedia o moderada; ii) la importancia de la satisfacción del bien contrario, y iii) si la satisfacción de éste justifica la restricción del otro. En algunos casos la balanza se inclinará hacia la libertad de expresión y en otros a la salvaguarda del derecho a la honra (...) Respecto al derecho a la honra, las expresiones concernientes a la idoneidad de una persona para el desempeño de un cargo público o a los actos realizados por funcionarios públicos en el desempeño de sus labores gozan de

evaluar su *proporcionalidad en sentido estricto*. En cuanto al primer punto, la Corte IDH consideró que los hechos del caso demostraban una afectación al principio de legalidad, y precisó: “es la ley la que debe establecer las restricciones a la libertad de información⁵⁴. En este sentido, cualquier limitación o restricción debe estar prevista en la ley, tanto en sentido formal como material. Ahora bien, si la restricción o limitación proviene del derecho penal, es preciso observar los estrictos requerimientos característicos de la tipificación penal para satisfacer en este ámbito el principio de legalidad. Así, deben formularse en forma expresa, precisa, taxativa y previa. El marco legal debe brindar seguridad jurídica al ciudadano. Al respecto, este Tribunal ha señalado que: La Corte entiende que en la elaboración de los tipos penales es preciso utilizar términos estrictos y unívocos, que acoten claramente las conductas punibles, dando pleno sentido al principio de legalidad penal. Este implica una clara definición de la conducta incriminada, que fije sus elementos y permita deslindarla de comportamientos no punibles o conductas ilícitas sancionables con medidas no penales. La ambigüedad en la formulación de los tipos penales genera dudas y abre el campo al arbitrio de la autoridad, particularmente indeseable cuando se trata de establecer la responsabilidad penal de los individuos y sancionarla con penas que afectan severamente bienes fundamentales, como la vida o la libertad. Normas como las aplicadas en el caso que nos ocupa, que no delimitan estrictamente las conductas delictuosas, son violatorias del principio de legalidad establecido en el artículo 9 de la Convención Americana”. En relación con la *idoneidad* de restricción, señaló: “los jueces, al igual que cualquier otra persona, están amparados por la protección que les brinda el artículo 11 convencional que consagra el derecho a la honra. Por otra parte, el artículo 13.2.a) de la Convención establece que la “reputación de los demás” puede ser motivo para fijar responsabilidades ulteriores en el ejercicio de la libertad de expresión. En consecuencia, la protección de la honra y reputación de toda persona es un fin legítimo acorde con la Convención. Asimismo, el instrumento penal es idóneo porque sirve el fin de salvaguardar, a través de la conminación de pena, el bien jurídico que se quiere proteger, es decir, podría estar en capacidad de contribuir a la realización de dicho objetivo. Sin embargo, la Corte advierte que esto no significa que, en la especie que se analiza, la vía penal sea necesaria y proporcional” Sobre la vía penal como medio para restringir el derecho a la libertad de expresión y garantizar la efectividad del derecho a la Honra la Corte precisó, dentro del estudio de la *necesidad* que: “el Derecho Penal es el medio más restrictivo y severo para establecer responsabilidades respecto de una conducta ilícita. La tipificación amplia de delitos de calumnia e injurias puede resultar contraria al principio de intervención mínima y de última ratio del derecho penal. En una sociedad democrática el poder punitivo sólo se ejerce en la medida estrictamente necesaria para proteger los bienes jurídicos fundamentales de los ataques más graves que los dañen o pongan en peligro. Lo contrario conduciría al ejercicio abusivo del poder punitivo del Estado (...) La tipificación penal de una conducta debe ser clara y precisa, como lo ha determinado la jurisprudencia de este Tribunal en el examen del artículo 9 de la Convención Americana.”

mayor protección, de manera tal que se propicie el debate democrático⁵⁵. La Corte ha señalado que en una sociedad democrática los funcionarios públicos están más expuestos al escrutinio y la crítica del público⁵⁶. Este diferente umbral de protección se explica porque se han expuesto voluntariamente a un escrutinio más exigente. Sus actividades salen del dominio de la esfera privada para insertarse en la esfera del debate público⁵⁷. Este umbral no se asienta en la calidad del sujeto, sino en el interés público de las actividades que realiza⁵⁸, como sucede cuando un juez investiga una masacre en el contexto de una dictadura militar, como ocurrió en el presente caso⁵⁹.

46. En aquella oportunidad, la Sala Plena declaró la exequibilidad de la norma. Primero, porque consideró que los bienes objeto de protección (la integridad moral y los derechos fundamentales al buen nombre y la honra) poseen la naturaleza de derechos fundamentales, de manera que los tipos cuestionados debían considerarse medidas destinadas a su protección (Cito, al efecto, la sentencia C-417 de 2009). Tras un recorrido histórico en el que expuso las diversas formas en las que estos tipos han sido incorporados en los sucesivos códigos penales colombianos, la Corte se refirió a la posibilidad de aplicar el precedente establecido en el caso *Kimel vs. Argentina*.

47. Este Tribunal sostuvo, al respecto, que esa decisión tuvo lugar en un contexto fáctico y dentro de un marco normativo distinto al colombiano. Por ese motivo, señaló, no podía trasplantarse acríticamente al control de constitucionalidad interno, o a un eventual control de constitucionalidad. Así, a diferencia de lo señalado por el Tribunal internacional, esta Corte consideró que, aunque se trata de tipos penales abiertos por el uso de conceptos altamente determinados, los delitos de injuria y calumnia poseen amplios y exhaustivos referentes normativos para precisar su contenido, los cuales pueden hallarse en la jurisprudencia de la Corte Constitucional y la Corte Suprema de Justicia, de manera que declaró la exequibilidad de tales normas.

48. Después de hacer una extensa referencia a la jurisprudencia de ambas cortes, la Sala concluyó: “*Cabe recordar, que la interpretación reiterada de*

⁵⁵ Cfr. *Caso Herrera Ulloa*, supra nota 12, párr. 128, y *Caso Ricardo Canese*, supra nota 44, párr. 98.

⁵⁶ Cfr. *Caso Herrera Ulloa*, supra nota 12, párr. 129, y *Caso Ricardo Canese*, supra nota 44, párr. 103.

⁵⁷ Cfr. *Caso Herrera Ulloa*, supra nota 12, párr. 129, y *Caso Ricardo Canese*, supra nota 44, párr. 103.

⁵⁸ Cfr. *Caso Herrera Ulloa*, supra nota 12, párr. 129, y *Caso Ricardo Canese*, supra nota 44, párr. 103.

⁵⁹ (...) El control democrático a través de la opinión pública fomenta la transparencia de las actividades estatales y promueve la responsabilidad de los funcionarios sobre su gestión pública. De ahí la mayor tolerancia frente a afirmaciones y apreciaciones vertidas por los ciudadanos en ejercicio de dicho control democrático⁵⁹. Tales son las demandas del pluralismo propio de una sociedad democrática⁵⁹, que requiere la mayor circulación de informes y opiniones sobre asuntos de interés público⁵⁹. En la arena del debate sobre temas de alto interés público, no sólo se protege la emisión de expresiones inofensivas o bien recibidas por la opinión pública, sino también la de aquellas que chocan, irritan o inquietan a los funcionarios públicos o a un sector cualquiera de la población⁵⁹. En una sociedad democrática, la prensa debe informar ampliamente sobre cuestiones de interés público, que afectan bienes sociales, y los funcionarios rendir cuentas de su actuación en el ejercicio de sus tareas públicas.”.

los órganos de cierre de las distintas jurisdicciones constituye derecho viviente que permite delimitar el contenido normativo de las disposiciones sometidas a control constitucional. En esa medida la interpretación que ha hecho la Sala de Casación Penal sobre los tipos penales de injuria y de calumnia determina su alcance y contenido con ocasión de su examen de constitucionalidad y como puede verse tal interpretación circunscribe claramente los elementos normativos del tipo penal y de paso impide que los jueces interpreten de manera subjetiva y arbitraria las conductas penalmente reprochadas –que es el principal cargo que formulan los demandantes- pues, como antes se dijo, están vinculados por el precedente sentado por la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia cuando interpretan y aplican el Código Penal”.

49. Además, se indicó que, a diferencia de lo expresado por los actores, la medida (es decir, los tipos penales cuestionados) sí resultaba adecuada para proteger los bienes jurídicos mencionados porque, si bien los actores basaron su cuestionamiento en que el control judicial es posterior, ello ocurre con toda medida penal y ello no le resta su naturaleza protectora de bienes jurídico, dado que esta no solo opera como sanción, sino que también persigue la disuasión de incurrir en una conducta determinada; en cuanto a la supuesta falta de necesidad por la existencia de medidas de protección menos gravosas para la libertad de expresión, e igualmente idóneas, precisó que existe una especie de *protección multinivel* de tales derechos, dentro de la cual los tipos penales de injuria y calumnia sólo serían aplicables ante los actos de violación más intensa de estos derechos, ante los cuales los otros mecanismos resultarían insuficientes”.

50. En la sentencia **C-671 de 2014**⁶⁰, ya mencionada, la Corte Constitucional analizó un problema jurídico que consistía en determinar si las normas penales establecidas en la Ley 1482 de 2001 suponían una violación al principio de igualdad, en la medida en que no se incluyó la discapacidad, como criterio de configuración del tipo. Si bien la Corte no debía resolver la validez del uso penal para erradicar la discriminación, y rechazó expresamente la solicitud del entonces Procurador General de la Nación para modificar en esa dirección el problema jurídico planteado, la Corte constitucional estableció algunos

⁶⁰ El demandante solicitó declarar la exequibilidad condicionada de los artículos 3 y 4 de la Ley 1482 de 2011, “*Por medio de la cual se modifica el Código Penal y se dictan otras disposiciones*”, que tipifican los delitos de *actos de racismo o discriminación, y hostigamiento por motivos de raza, religión, ideología política, u origen nacional, étnico o cultural*, respectivamente, de modo que se establezca que los delitos de actos previstos en las disposiciones demandadas, se configuran también cuando la conducta típica se despliega en razón de la condición de discapacidad. “Problema jurídico: En esta oportunidad la Corte analizó (i) “si el status de las personas con discapacidad (...) hacía imperativo, desde la perspectiva de la prohibición constitucional de la discriminación, y desde el deber estatal de combatir este fenómeno, criminalizar las conductas previstas en los artículos 3 y 4 de la Ley 1482 de 2011 cuando se realizan en contra del colectivo aludido, en los mismos términos en que se hizo respecto de los demás colectivos protegidos en la ley”; y (ii) si en virtud del deber constitucional de sancionar penalmente los actos de discriminación efectuados en razón de la condición de discapacidad, el juez constitucional se encuentra facultado para emitir una sentencia de constitucionalidad condicionada que extienda el alcance de los tipos penales incluyendo el elemento normativo omitido”

elementos relevantes sobre el fenómeno discriminatorio y el tipo penal de hostigamiento.

51. La Corte realizó un ejercicio comprensivo de aproximación al fenómeno discriminatorio, con especial referencia a la que se ejerce en contra de las personas con discapacidad, en el que describió la existencia de un carácter estructural de la discriminación que responde al esquema de organización, a las relaciones y al tejido social de base, y que se hace más patente en el caso de personas con discapacidad. Sostuvo que, en razón de su connotación estructural, la discriminación tiene un carácter dinámico, donde los rasgos fundamentales del fenómeno evidencian (ii) una dependencia contextual; (iii) un carácter multifacético y una pluralidad de manifestaciones; y (iv) una dimensión individual e institucional⁶¹.

52. Luego, explicó el contenido y alcance de los tipos penales previstos en los artículos 3 y 4 de la Ley 1482 de 2011. Particularmente frente al delito de hostigamiento señaló que (i) en cuanto al sujeto pasivo, éste tiene tanto una dimensión individual como una dimensión colectiva, en razón a que se ejecuta en contra de una “*persona, grupo de personas, comunidad o pueblo*”⁶²; (ii) en cuanto a los elementos constitutivos de la *conducta típica*, indicó que el hostigamiento se perfecciona cuando se promueven o instigan actos, conductas o comportamientos constitutivos de hostigamiento, convirtiéndose en un delito de peligro abstracto. Señaló (iii) que esta instigación debe tener como finalidad que el acoso o la persecución produzca un daño, y el daño que se persigue se debe provocar a una persona, grupo de personas, comunidad o pueblo, en razón de la raza, la etnia, la nacionalidad, el sexo, la orientación sexual, la religión o la filiación política y religiosa⁶³; y aclaró (iv) se trata de

⁶¹ Acerca de los fenómenos discriminatorios, señaló la Corte: “(i) la discriminación constituye un fenómeno estructural, en tanto expresión de la organización y el funcionamiento social; (ii) en virtud de su connotación estructural, permea todas las facetas de la vida en sociedad, y las formas que asume varían en función de las relaciones sociales de base que se presentan en los distintos escenarios de la vida económica, política, social y cultural a lo largo de la historia; (iii) aunque en el imaginario colectivo se asocia a los actos individuales, extremos, abiertos y deliberados de exterminio, exclusión y segregación, normalmente mediados por el discurso, en realidad tiene un carácter multifacético, y por ello, también tiene un origen institucional e impersonal, y se encuentra presente en actitudes, sensaciones, ademanes, rutinas, conductas y prácticas inconscientes, silenciosas, sutiles y hasta formalmente neutrales, pero que al mismo tiempo crean y fabrican los estereotipos sociales, y que de manera indirecta provocan la restricción o limitación en el goce de los derechos de algunos colectivos: “la cultura popular tiene un rol mucho más importante en la difusión de estereotipos y en la creación de un medio ambiente hostil contra determinados grupos, que las expresiones aisladas de las personas que son en la práctica alcanzadas por esta clase de normas penales (...) los estereotipos de grupos minoritarios que aparecen en la televisión, en el cine y en la literatura (de ficción e incluso académica), inciden mucho más en cómo vemos a estos grupos, que las expresiones de odio grotescas y flagrantes de individuos marginales”.

⁶² “De otra parte, debe destacarse que, en el caso específico del hostigamiento, el sujeto pasivo tiene tanto una dimensión individual como una dimensión colectiva, en tanto se ejecuta en contra de una “*persona, grupo de personas, comunidad o pueblo*”. Así ocurriría, por ejemplo, si se diseña e implementa una estrategia publicitaria de ataque en contra de determinado colectivo sin individualizar a sus integrantes, a través de internet o por medios gráficos como grafitis”.

⁶³ “Por su parte, el hostigamiento se presenta cuando se promueven o instigan actos de hostigamiento; se trata entonces de un delito de peligro abstracto, porque se perfecciona, no cuando se realizan los actos constitutivos del hostigamiento como tal, ni cuando se materializa el daño que se persigue a través del mismo, sino cuando de 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

un delito doloso.

53. La Sala Plena consideró, en aquella oportunidad, que el sujeto pasivo no necesariamente debe pertenecer a los colectivos que responden a los criterios mencionados en la norma, pues estos son utilizados como un ingrediente subjetivo del tipo penal, destinado a describir el móvil de la conducta castigada. La posibilidad de que exista una víctima que no se halle en tales grupos debe ser sin embargo analizada de forma absolutamente excepcional por los jueces penales, dado que la ley pretende eliminar la *discriminación* y esta ofende especialmente a los grupos inmersos en relaciones asimétricas de poder. Dicho en términos concretos, si un hombre ‘blanco’ puede ser víctima de discriminación por razón de color y sexo, será porque de esa forma se pretende atentar contra los grupos minoritarios.

Esta precisión no constituye un cambio de jurisprudencia, pues la descripción del tipo de hostigamiento en la sentencia C-671 de 2014⁶⁴ se hizo a título ilustrativo y lo dicho sobre el sujeto pasivo no hizo parte de las razones que sostienen la decisión (o ratio decidendi). Por el contrario, es importante precisar lo afirmado en aquella oportunidad, pues no debe llevar a una desprotección de los grupos desprotegidos, que podrían ser víctimas de una instrumentalización de la ley, siempre que alcen la voz en defensa de sus derechos; porque la discriminación se inscribe en lógicas asimétricas, como se explicó ampliamente en esa misma sentencia; y porque el tenor literal de la disposición indica que el sujeto pasivo, en principio, debe pertenecer a los grupos protegidos mediante el uso de los criterios sospechosos de discriminación.

Finalmente, descartó la existencia de la omisión legislativa relativa expuesta por el demandante, debido a que el criterio supuestamente excluido fue incorporado a través de la Ley 1752 de 2015.

Como se expresó, en otras oportunidades (sentencias C-257 de 2016⁶⁵ y C-283 de 2012), la Corte se ha declarado inhibida para fallar, por carencia actual de objeto.

Algunos conflictos recientes entre diversos derechos asociados a la libertad de expresión y la prohibición de discriminación

Aunque solo hasta la ley 1482 de 2011 la Corte Constitucional ha conocido casos en los que se presentan preocupaciones acerca de un choque en abstracto

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.

⁶⁴ MP. Luis Guillermo Guerrero Pérez. AV. Luis Ernesto Vargas Silva, AV. Mauricio González Cuervo; SV Jorge Iván Palacio Palacio

⁶⁵ MP. Luis Guillermo Guerrero Pérez. SPV. María Victoria Calle Correa, Gloria Stella Ortiz Delgado, Jorge Iván Palacio Palacio y Luis Ernesto Vargas Silva.

entre las normas que penalizan cierto tipo de discurso en el marco de la lucha contra la discriminación y la libertad de expresión; no es en cambio la primera vez que se presentan conflictos similares con otros derechos afines, sub especies de este principio iusfundamental, como la libertad de cátedra o la libertad de prensa.

54. En la sentencia **T-856 de 2003**⁶⁶ en la que un estudiante de colegio afirmaba que su profesor le impedía asistir a clase de inglés, por ser una persona indígena. La institución cuestionada, así como el docente, afirmaron que el estudiante decidió no regresar a clase y que la ley prohibía obligarlo a aprender el inglés como segunda lengua. Sin embargo, la Corte encontró indicios graves y suficientes acerca de la existencia de un trato diferencial y, en aquella oportunidad, humillante hacia el peticionario, por parte del docente, así que concedió la tutela a sus derechos a la igualdad (no discriminación), buen nombre y honra. Dado que al momento del fallo tanto el estudiante como el profesor se habían retirado del colegio en mención, no dictó órdenes adicionales de protección, como sí ocurriría en decisiones más recientes.

55. En la sentencia **T-691 de 2012**⁶⁷, el peticionario se presentaba como persona negra (o afrocolombiana) y estudiante de la carrera de Ingeniería de las Telecomunicaciones, en la Universidad Distrital Francisco José de Caldas. El accionante indicó que, en el transcurso de una clase, y con el fin de explicar un tema relacionado con el nivel de congestión de un canal de comunicación, el docente recurrió a un ejemplo basado en estereotipos raciales, alusivo a la esclavización, y especialmente ofensivo para él como único estudiante negro de la clase. Añadió que, ante la solicitud de eliminar el matiz étnico de sus referencias, el Profesor respondió, en tono de burla que se disculpaba, si se sentía aludido. El peticionario elevó quejas ante las directivas de la Universidad que no hallaron eco y, a la postre, decidió no regresar a clase. Su solicitud de cambio de grupo fue negada, de manera que la situación derivó en nuevos problemas, ahora académicos, para el afectado.⁶⁸

Dejando de lado diversas discusiones fácticas en torno a la actitud del profesor, con posterioridad al *escenario de discriminación*, la Corporación desarrolló en esta providencia el concepto de *escenario de discriminación*, para distinguirlo de actos puntuales discriminatorios y entender así su impacto en los derechos fundamentales del accionante.

⁶⁶ MP Marco Gerardo Monroy Cabra.

⁶⁷ MP. María Victoria Calle Correa.

⁶⁸ “3.4.1. Un escenario de discriminación es un acto discriminatorio que supone una puesta en escena, una escenificación. Por escena, suele entenderse el sitio o la parte, usualmente de un teatro, en el que se lleva a cabo un espectáculo teatral; el lugar de la acción teatral que está a la vista de un público, de un conjunto de personas que son espectadores. Con la expresión ‘puesta en escena’ se suele resaltar el hecho de que lo que ocurre en el acto teatral, cinematográfico o artístico, por ejemplo, es decisión del director. Es decir, de la persona encargada de llevar a ‘escena’ un determinado acto (el director, el realizador o la persona designada para ello), es quien tiene la voz cantante. Esto no descarta, por supuesto, la posibilidad de que otras personas, incluso los espectadores, participen espontáneamente en la puesta en escena y la alteren y modifiquen. No obstante, todos esos actos subsiguientes, incluso ajenos al director o realizador, no serían posibles si éste no hubiese decidido, en primer lugar, haber hecho una puesta en escena”.

56. La Corte expuso, en ese trámite, algunas de las características que configuran el mandato de no discriminación, como una norma consustancial al Estado de derecho y un mandato de *ius cogens* (que no admite pacto en contrario) del derecho internacional de los derechos humanos. Poco después, expuso el concepto de *escenario de discriminación*, para explicar precisamente cómo en ciertos contextos la discriminación supera el acto o la omisión específicos y se convierte en una *puesta en escena* en la que la existencia de diferentes relaciones de poder y un auditorio cautivo, por diversas razones, hace aún más grave e intensa la afectación. La Corte concedió entonces el amparo al estudiante, y estableció un conjunto de medidas destinadas a la reparación del daño sufrido, con miras a una reflexión interna del centro educativo, no sólo de cara a la solución del caso concreto, sino destinada a erradicar los escenarios de discriminación de la comunidad universitaria.

57. El escenario de discriminación tiene entonces un contexto, unos actores, un público y se puede configurar mediante el uso de expresiones abiertamente discriminatorias, veladas, o de uso generalizado, pero no por ello inocuas, como ocurre ciertos estereotipos. En este, la relación de poder entre quien tiene a su cargo (en sentido figurado) la puesta en escena y el afectado suele describir relaciones asimétricas de poder, la actitud del público (apoyo o rechazo; agresión o defensa) y los dilemas que enfrenta la víctima, de acuerdo con la periodicidad con que debe enfrentar a ese auditorio, las posibilidades de escapar del mismo y los riesgos de que ello se traduzca en la repetición del acto o en la extensión temporal de la puesta en escena; las medidas que las autoridades adopten para erradicarlo y reparar el daño son elementos que inciden en la valoración del impacto que estos generan sobre la persona víctima de discriminación.

“En resumen, la libertad de cátedra es un derecho complejo, que no sólo protege la libertad de expresión y del ejercicio de su profesión y oficio a la persona que se desempeña como docente, sino que cumple importantes funciones en una sociedad abierta, democrática y respetuosa de la dignidad humana. Como todo derecho fundamental de un estado social de derecho, la libertad de cátedra no es absoluto, y encuentra límite en el ejercicio y protección del goce efectivo de otros derechos fundamentales. De forma frecuente, puede generar tensiones con algunos derechos usualmente emparentados (como la autonomía universitaria), pero en ocasiones puede suponer tensiones con otros derechos con los que no necesariamente esté siempre emparentado (como las libertades de conciencia y de religión o el derecho a no ser discriminado). Los actos discriminatorios, claro límite a la libertad de cátedra, pueden ser de una gravedad tal, que constituyan violaciones directas al derecho a no recibir tratos crueles, inhumanos o degradantes. El juez constitucional siempre, por tanto, ha de tener en cuenta la

complejidad que suelen suponer los conflictos jurídicos en torno al ejercicio de la libertad de cátedra, debido a su necesaria y constante interacción con otros derechos fundamentales. Debe identificar cuáles son las garantías constitucionales que están directamente relacionadas en el caso concreto, y tenerlas en cuenta para justificar allí los límites necesarios y específicos que se podrían imponer al ejercicio de la libertad de cátedra”.⁶⁹

Como lo explicó la Corte en aquella oportunidad, también los límites de la libertad de cátedra, como especie de la libertad de expresión, fueron ya perfilados en la sentencia **T-391 de 2007**⁷⁰:

“4.3.2. Sin embargo, tal noción amplia y generosa de la libertad de expresión no riñe necesariamente ni es incompatible con la protección, por ejemplo, a la igualdad y a no ser discriminado. La Corte advirtió que existen ciertos casos en los cuales la ‘derrotabilidad del discurso’, esto es, demostrar su inconstitucionalidad, no es tan difícil. Por el contrario, son casos en que se presume la discriminación. En otras palabras, la obligación de protección de otros derechos fundamentales implica que, en ciertas ocasiones, la presunción de inconstitucionalidad se invierte y queda en cabeza de quien lo expresó en ejercicio de su libertad”.⁷¹

58. En el caso mencionado la Corte concluyó que se promovió el uso de un estereotipo racista dentro de una clase universitaria, con la investidura de docente y generando un escenario de discriminación, que lesionó irrazonablemente el derecho a la igualdad de Heiler Yesid Ledezma Leudo, y cuyas consecuencias no estaba obligado a soportar.

Por ese motivo, concedió el amparo. Indicó que, en efecto, el accionante fue puesto en un escenario de discriminación, en el marco de una relación de poder característica (profesor – alumno), ante un auditorio particularmente importante y constante en la etapa universitaria de su vida académica, y sin que el directo responsable haya adoptado una actitud sincera de reivindicación y reparación, o las directivas hayan implementado medida alguna para reparar el daño y erradicar definitivamente una situación como la descrita en aquella ocasión⁷². Por ese motivo ordenó la celebración de un acto público, destinado a reparar simbólicamente lo ocurrido, e iniciar un diálogo institucional, orientado a erradicar los discursos y escenarios discriminatorios de las aulas⁷³.

⁶⁹ T-691 de 2012. MP María Victoria Calle Correa)

⁷⁰ MP Manuel José Cepeda Espinosa.

⁷¹ Sentencia T-691 de 2012 (MP María Victoria Calle Correa), cita a su vez la T-391 de 2007 (MP Manuel José Cepeda Espinosa).

⁷² Una decisión relativamente similar se dio en la sentencia T-114 de 2015 (MP María Victoria Calle Correa). Sin embargo, los hechos demostraban un conjunto de problemas relacionados especialmente con el derecho fundamental al debido proceso, antes que con el uso de expresiones en el salón de clase.

⁷³ Estas son, en lo pertinente, las órdenes adoptadas por la Sala Primera de Revisión: “Tercero.- Ordenar a la Universidad Distrital Francisco José de Caldas que realice un acto simbólico de carácter público para celebrar

59. En la sentencia **T-500 de 2016**⁷⁴, la Corte Constitucional se pronunció en torno a la solicitud de amparo invocada por los pueblos indígenas de Colombia, a través de la organización nacional ONIC, contra el programa televisivo Séptimo Día y algunos de sus presentadores.

El origen de la acción se hallaba en la transmisión de un especial o documental llamado ‘Desarmonización, la flecha del conflicto’, en el que se presentaba información sobre los pueblos indígenas, en la que, en síntesis se les acusaba de incurrir en un mal manejo de los recursos públicos, atentar contra derechos ajenos (especialmente, la propiedad privada) y no proteger los derechos de los niños, en el marco de los sistemas de justicia propios.

60. La Corte Constitucional concedió el amparo, pues encontró que el programa se basó en un conjunto de estereotipos de naturaleza discriminatoria. Que los periodistas faltaron al deber de veracidad en la transmisión de la información, no aseguraron un equilibrio mínimo en la información, ni dieron espacio alguno de participación a los afectados, al tiempo que presentaron un conjunto de generalizaciones injustificadas, entre otros aspectos, que llevaron a la violación del principio de igualdad y la prohibición de discriminación. Por ello, la Corte estableció un conjunto de medidas destinadas a la superación de lo ocurrido, entre las que se encontraron la presentación de un programa en el que se permitiera a los pueblos afectados presentar su punto de vista sobre los hechos informados y la creación de un manual para la difusión de información relacionada con grupos vulnerables⁷⁵.

los aportes de la comunidad afrocolombiana a la comunidad universitaria, y a la sociedad en general. En especial, se deberá celebrar el aporte a la construcción de una comunidad académica incluyente y respetuosa del orden constitucional vigente. En el proceso de diseño, de planeación y de ejecución del evento, dos principios básicos se han de tener en cuenta: (i) el respeto al diálogo, el uso de la deliberación como herramienta para llegar a tomar decisiones; (ii) el respeto a la participación, garantizar que la deliberación sea abierta y todas las personas tengan acceso a ella. El evento debe permitir el acceso real y efectivo de la comunidad universitaria en general (estudiantes, docentes, personal administrativo) a presenciar y participar del mismo, tanto por el lugar, por el tiempo o por el modo en que se lleve a cabo. El evento, en cualquier caso, deberá realizarse antes de finalizar el año 2013. La Universidad Distrital Francisco José de Caldas deberá remitir un informe escrito a la Sala de Revisión, a propósito de la realización del evento en cuestión, adjuntando un video que deje registro de cómo fue llevado a cabo el mismo, la Universidad deberá remitir copia al Alcalde Mayor de Bogotá, así como a la Personería Distrital y a la Defensoría del Pueblo. Cuarto.- Ordenar a la Universidad Distrital Francisco José de Caldas que adopte las medidas adecuadas y necesarias para evitar que entre sus estudiantes, sus docentes y su personal administrativo de cualquier nivel jerárquico, vuelvan a suscitarse escenarios de discriminación, en general, y a causa del racismo en particular. La Universidad Distrital deberá presentar un informe con relación a esta orden dentro de 60 días calendario, contados a partir de la notificación de la presente sentencia, en el que establezca qué resolvió hacer la comunidad universitaria, señalando las fechas en que se adelantaran las acciones establecidas. La Universidad deberá remitir copia del informe a que hace referencia esta orden al Alcalde Mayor de Bogotá, D.C, y a la Secretaría de Educación del Distrito de la misma ciudad”.

⁷⁴ MP Gloria Stella Ortiz Delgado. SPV Aquiles Arrieta Gómez.

⁷⁵ En lo pertinente, estas son las órdenes proferidas por la Sala Quinta de Revisión: “[...] **TERCERO.- ORDENAR** al programa Séptimo Día, a su director Manuel Teodoro, y al Canal Caracol rectificar la información presentada en el episodio del 26 de julio de 2015, con el reconocimiento de que tanto el presentador y director Manuel Teodoro, como la reportera Gloria Lozano, (1) desconocieron lo dicho por el Consejero Mayor del Consejo Indígena Regional del Cauca CRIC en relación con su concepción del delito de violación; (2) atribuyeron injustamente a todos los pueblos indígenas de Colombia y a su justicia indígena creencias y convicciones en torno al delito de violación contra menores de edad, sin tener prueba de ello, y en contravía de las declaraciones hechas para el programa por parte de una de sus autoridades, con cual violaron

Sin embargo, la Corporación descartó que en ese caso los hechos pudieran enmarcarse en un discurso de odio, susceptible de amenazar directamente la integridad de los afectados. Tras citar el numeral 5° del artículo 13 de la CADH, la Sala Quinta presentó las siguientes consideraciones:

“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 (...)

32. Sin duda, tanto algunas de las opiniones emitidas por los presentadores y reporteros de estos programas, como algunas de las opiniones expresadas por Twitter emiten fuertes juicios de valor respecto de algunas prácticas culturales, reales o ficticias, atribuidas a los pueblos indígenas, y critican duramente el conjunto de derechos otorgados a ellos por la Constitución Política. Más aun, algunas de dichas opiniones pueden resultar ofensivas y reafirmar prejuicios sociales latentes en contra de las organizaciones indígenas y de sus miembros. Sin embargo, como lo ha dicho la Corte, para

el derecho de los pueblos indígenas y de su audiencia de recibir información veraz; y (3) utilizaron la imputación de tales creencias para justificar su opinión personal en torno a la justicia indígena, con lo cual vulneraron el derecho de los pueblos indígenas y de su audiencia a recibir información imparcial. Finalmente, el presentador y director Manuel Teodoro debe rectificar lo dicho en el programa de agosto 2 de 2015, y (4) reconocer que el medio de comunicación y el periodista carecen de la evidencia para sustentar que en ciertas partes del Cauca *“la distinción entre ser indígena y ser guerrillero no sea tan clara”*.

CUARTO.- ORDENAR al canal Caracol y al programa Séptimo Día adoptar un manual de ética escrito que incluya unas reglas mínimas para abordar temas relacionados con grupos étnicos, minorías sexuales y demás sujetos tradicionalmente estigmatizados dentro de nuestro contexto social. El medio y el programa deberán adoptar dicho manual como parámetro de evaluación continua de sus propios contenidos. Este debe ser público, e incorporar, como mínimo, los principios, reglas y parámetros establecidos por la Constitución, la jurisprudencia constitucional y la ley, así como en los instrumentos internacionales sobre la materia. El manual debe contener pautas para abordar temas relacionados con grupos sociales discriminados a partir de categorías sospechosas. Así mismo, deberá adoptar un mecanismo para ponderar los eventuales riesgos que implique la difusión de la información o de las opiniones transmitidas por el mismo sobre el grupo social, en particular en cuanto tiene que ver con el conflicto armado interno.

QUINTO.- ORDENAR al director del Canal Caracol y al director del programa Séptimo Día dedicar en un lapso no superior a seis (6) meses un episodio completo de dicho programa, en su horario habitual, para permitirle a la organización demandante defenderse frente a las acusaciones hechas contra los pueblos indígenas, y sus autoridades, organizaciones y líderes. En este episodio deberá darle a la organización, por lo menos dos terceras partes del tiempo para expresar sus puntos de vista. Por otra parte, si el medio pretende elevar alguna acusación contra las autoridades, líderes, o miembros de los pueblos indígenas, deberá identificar adecuadamente el pueblo al que pertenecen, el resguardo o parcialidad de la que hacen parte, sin elevar acusaciones genéricas contra un pueblo o comunidad, o hacer afirmaciones más allá de lo que las fuentes debidamente corroboradas efectivamente les permitan confirmar.

que el contenido de un mensaje pueda considerarse un discurso que incita al odio no es suficiente con que el mensaje emita un reproche sobre una conducta, o que resulte ofensivo para el sujeto reprochado. Es necesario también que el contenido del mensaje incite al odio o a la violencia, o a cometer algún hecho ilícito en contra del sujeto reprochado por el respectivo medio de comunicación.

No observa la Sala que la crítica a una serie de prácticas culturales por sí misma constituya un contenido que incite al odio. No puede afirmarse que las ofensas, las insinuaciones y la reafirmación de los prejuicios existentes en contra de los pueblos indígenas o de sus líderes inciten al odio, conforme al estándar definido por la jurisprudencia constitucional. Conforme al consenso en esta materia, manifestado en las opiniones de las universidades consultadas, para ello sería necesario que el contenido de las opiniones fuera aún más lejos. No es suficiente con reafirmar una serie de prejuicios que de hecho ya están latentes entre algunos segmentos de la sociedad. Es necesario además, que el contenido del mensaje motive, explícita o implícitamente a la audiencia, a actuar en contra de los pueblos indígenas, de sus organizaciones, o de sus miembros.

33. Por otra parte, la Sala tampoco observa que de los mensajes de Twitter se pueda inferir que los juicios de valor emitidos por los presentadores y reporteros de hecho hayan incitado a la violencia o al odio hacia los indígenas. Entre ellos no se observan expresiones que directa o indirectamente permitan inferir que alguno de los oyentes pretende actuar en contra de los indígenas. Por el contrario, si bien hay mensajes que reprochan las prácticas culturales a las que alude el programa, hay otros mensajes que reprochan la manera como se abordaron los temas y como Séptimo Día estigmatizó tanto a los indígenas como a sus líderes y organizaciones”.

61. En la sentencia **T-478 de 2015** (MP Gloria Stella Ortiz Delgado) la Corte se pronunció en torno a un conflicto derivado de la violación del debido proceso y el derecho a la educación de un adolescente, originado en su orientación sexual diversa. Aunque los fundamentos centrales del fallo se basaron en el citado derecho (art. 29 CP), la Corte destacó la necesidad de adecuar los manuales de convivencia de los colegios.

62. La Corte Constitucional encontró comprobada la incapacidad de la institución educativa accionada para comprender la diferencia o la diversidad, entre sus educandos; la sanción de decisiones que pertenecían a su fuero interno; la ausencia de escenarios de diálogo en la comunidad educativa y la incapacidad de las autoridades para asumir una situación como la que enfrentaba Sergio Urrego. De ahí, que la Sala Quinta concluyera: *“Solamente unas autoridades que predicán la tolerancia y que mantengan un profundo sentido de respeto por la diversidad, serán capaces y tendrán la suficiente legitimidad para participar en la construcción de una sociedad éticamente*

justa". Y, acorde con esa reflexión, a un conjunto de órdenes complejas, orientadas a superar un déficit de protección, violatorio de la igualdad.

63. También la sentencia **SU-626 de 2015**⁷⁶, la Corte estudió un interesante conflicto entre la libertad de expresión y las creencias religiosas. En esa oportunidad, un conjunto de personas y organizaciones, basadas en su adhesión al credo católico solicitaron ante el juez de tutela prohibir la presentación de una exposición presentada en el Museo Santa Clara de Bogotá, en la que se presentaban custodias (un elemento de la liturgia católica), con imágenes que evocaban la anatomía íntima femenina (específicamente, vulvas y vaginas).

64. Según los accionantes, la exposición atropellaba a los católicos, los acusaba de discriminación a la mujer y reducía la divinidad defendido por la tradición cristiana a una metáfora, irrespetuosa y abusiva; al tiempo que, al decir de los demandantes, la exhibición atentaba contra la dignidad de las mujeres, su feminidad y su honra. La Fiscalía General de la Nación solicitó que, en este proceso la Corte adopte una decisión basada en la ratio decidendi de esa sentencia, según la cual sólo podría limitarse la libertad de expresión artística si se demuestra la *aversión del sujeto hacia un grupo discriminado* y si esta tiene la capacidad o potencialidad de causar un daño efectivo en estas personas o grupos. A su turno, en torno a la protección específica de la libertad de expresión, como una especie dentro del género de la libertad de expresión, puntualizó la Sala Plena:

“Así las cosas y en atención a su obligación de guardar la integridad y supremacía de la Constitución, este Tribunal considera aplicables las siguientes reglas: (i) la exclusión de una actividad como artística no puede depender únicamente de una decisión mayoritaria o de una defensa minoritaria; (ii) la opinión de una comunidad de expertos⁷⁷, el reconocimiento hecho por el autor o por el público así como la existencia de una tradición que indiquen que una expresión es considerada artística, constituye un referente imprescindible y, en esa medida –por ejemplo- los conceptos emitidos por los comités curatoriales de los museos deben ser siempre valorados; (iii) el legislador, titular de la cláusula general de competencia, tiene una amplia facultad para reconocer cuáles expresiones constituyen una actividad artística o cultural⁷⁸ y, en consecuencia, establecer para

⁷⁶ MP Mauricio González Cuervo. AV María Victoria Calle Correa; AV Luis Guillermo Guerrero Pérez; AV Gloria Stella Ortiz Delgado; AV Jorge Iván Palacio Palacio; AV Jorge Ignacio Pretelt Chaljub; AV Luis Ernesto Vargas Silva.

⁷⁷ Así por ejemplo, en la sentencia C-1023 de 2012 la Corte consideró definitiva para resolver el asunto sometido a su examen, la calificación de las tiras cómicas como una expresión artística, defendida por varias de las intervenciones de los expertos en el curso del proceso.

⁷⁸ En esa dirección se encuentra por ejemplo la Ley 814 de 2013 “Por la cual se dictan normas para el fomento de la actividad cinematográfica en Colombia” indica en su artículo primero, entre otras cosas, que la actividad cinematográfica “por su carácter asociado directo al patrimonio cultural de la Nación y a la formación de identidad colectiva (...) es de interés social y, en esa medida “es objeto de especial protección y

ellas un régimen jurídico integral -de hecho la jurisprudencia constitucional en sentencia que hizo tránsito a cosa juzgada ha reconocido esta competencia⁷⁹-; (iv) la competencia del legislador no es absoluta, pues de ser ello así quedaría librada a la discrecionalidad de las mayorías políticas dicho reconocimiento, propiciando por esa vía, la exclusión de determinadas actividades de la protección constitucional del arte⁸⁰. Así por ejemplo, con independencia de tal reconocimiento, quedan evidentemente amparadas por los artículos 20, 70 y 71 expresiones como la pintura, la escultura, la música o la poesía -entre muchas otras manifestaciones de la creatividad humana-; y (v) excluir una expresión de creatividad o ingenio humano como actividad artística -cuando dicha condición se desprende de la aplicación de las reglas anteriores- solo será posible después de ser sometida a un juicio especialmente exigente que logre desvirtuar la presunción de cobertura⁸¹.

La Corte consideró que la libertad de religión y de culto protegida por el artículo 19 de la Constitución no se vulnera por la decisión de las autoridades

contribuirá a su propio desarrollo industrial y artístico y a la protección cultural de la Nación.” El legislador también ha reconocido el valor artístico de determinadas actividades a través de algunas leyes de honores. Así ocurrió por ejemplo en la Ley 1764 de 2015 “Por medio del cual la nación se asocia a la exaltación de la obra artística, musical y literaria del maestro Rafael Escalona y se honra su memoria por sus aportes a la música colombiana, y se dictan otras disposiciones”.

⁷⁹ Así lo indicó la Corte Constitucional en la sentencia C-1192 de 2005. Ello fue además reiterado por la Corte Constitucional en la sentencia T-296 de 2013. En la primera de tales providencias indicó esta Corporación: “En atención al reconocimiento de la citada diversidad y en aras de promover e impulsar el acceso a las tradiciones culturales y artísticas que identifican a los distintos sectores de la población, la Constitución Política en los artículos 70, 71 y 150 le asigna al legislador la atribución de señalar qué actividades son consideradas como expresión artística y cuáles de ellas -en concreto- merecen un reconocimiento especial del Estado (...)”

⁸⁰ Sobre el particular la sentencia C-1192 de 2005 advirtió: “Ahora bien, no puede decirse que el legislador tiene absoluta libertad para determinar qué actividades corresponden a expresiones artísticas y culturales que deban ser reguladas, y establecer cualquier clase de requisitos o condiciones que permitan su ejercicio. Como ya lo ha señalado en otras ocasiones esta Corporación (...), el desenvolvimiento de dicha atribución se cimienta en un principio de razón suficiente, de manera que la definición que el legislador haga de una expresión artística y cultural, y las limitaciones que se impongan para su desarrollo, además de ser razonables y proporcionales, deben estar claramente encaminadas a la protección del interés general y a la reducción de los riesgos sociales en que se pueden incurrir con su práctica.”

⁸¹ El caso de Valledupar Celso... “(...) El Director de la Casa de la Cultura de Valledupar, al imponer su concepción del arte -sustentada con argumentos netamente ideológicos- desconoce abiertamente el carácter pluralista del Estado colombiano, viola el derecho fundamental del demandante a la libre expresión e impide al público decidir autónomamente si acoge la propuesta del artista.

Difícilmente podría pensarse una actitud más ajena a los presupuestos del Estado de derecho, que aquella en la que una autoridad pública se erige en fiscal de la correspondencia entre una obra de arte y su personal axiología moral o estética. La acción de tutela está llamada, en estos casos, a restablecer el imperio de los derechos fundamentales de las personas afectadas por dicha discriminación.

Lo anterior no implica que un servidor público encargado de la administración de una institución oficial destinada a la difusión del arte, deba acceder a todas las solicitudes que le presenten los particulares con miras a exponer sus obras, aunque los recursos disponibles se lo impidan. Sin embargo, resulta inescapable para la autoridad el cumplimiento del deber de garantizar a todos los solicitantes igualdad de oportunidades y criterios de selección objetivos y acordes con la Constitución Nacional, tales como la calidad técnica y artística de las obras, o las finalidades específicas de la sala de exhibición (v.g. la promoción exclusiva de los artistas de una determinada región; la destinación de una galería a la difusión del arte escultórico y no pictórico, fotográfico o de otra clase; la creación de una sala de conciertos para música de cámara y no sinfónica, para música de vanguardia y no tradicional, etc.).⁸¹

públicas de autorizar una exposición artística en un museo de propiedad del Estado, incluso cuando pueda resultar molesta para una religión o iglesia, siempre y cuando no imponga creencia alguna ni pretenda obligar que alguien la asuma, no interfiera en el ejercicio del culto de ninguna religión, no impida que las personas expresen su propia valoración acerca de la exposición o que formulen críticas en contra de ella, en ejercicio de sus libertades de expresión y opinión. En particular, no puede implicar el desconocimiento del deber de neutralidad del Estado que se asegura cuando la autorización tiene por objeto promover el acceso a la cultura y al arte. Si el propósito directo consiste en afectar directa e inequívocamente a una religión o iglesia, se produciría la violación de la libertad protegida por el artículo 19 de la Constitución.

“7.3.3.2. La Corte encuentra que la exposición no puede clasificarse como una propaganda de la guerra. Tampoco se trata de una expresión constitutiva de pornografía infantil. Finalmente el examen del contenido de la exposición, de los propósitos que la orientan y de las interpretaciones de las que ha sido objeto por su creadora, por el accionante y por varios de los intervinientes en el presente proceso, descarta que se trate de una exposición que tenga por objeto defender o alabar el odio religioso ni mucho menos persuadir, estimular o promover actos de violencia en contra de los creyentes o seguidores de la Iglesia Católica. Resalta la Corte que el contenido crítico de una exposición no puede considerarse, solo por ello, una expresión de aversión destinada a causar daño. La alegoría propuesta por la artista, los propósitos que a la muestra adscribió y la valoración que de ella hizo el Comité del Museo Santa Clara, no evidencian la configuración de ninguno de los elementos propios de los discursos cuya divulgación se prohíbe. Ciertamente puede resultar molesto para algunas personas. Sin embargo, el desazón o el disgusto no prueban una infracción de la libertad religiosa”.

Es precisamente lo afirmado en aquella oportunidad el punto al que hace alusión la Fiscalía General de la Nación, cuando señala que el hostigamiento sólo se configura bajo dos condiciones, que deben hallarse plenamente comprobadas: la aversión hacia el grupo o persona protegida por las normas de la ley antidiscriminación; y la potencialidad de causar daño.

En el marco de la doctrina y las subreglas constitucionales reiteradas, entra la Corte a resolver los cargos presentados en la demanda.

Primero, violación al principio de estricta legalidad por la excesiva indeterminación de los elementos del tipo de hostigamiento y, especialmente, de este vocablo.

Introducción.

65. El primer cargo contiene el núcleo del cuestionamiento constitucional elevado por los actores y es, por lo tanto, presupuesto del segundo. En efecto, estos estiman que el tipo penal de hostigamiento está redactado de forma excesivamente indeterminada, especialmente por el uso de la expresión *hostigamiento*, de un contenido semántico amplio y vago, en la definición de la conducta que pretende prohibirse; pero, además, porque ese defecto se ve agravado debido al uso de los verbos rectores *instigar* y *promover*.

Así, el legislador no sólo castiga una conducta que no tiene una definición precisa, sino que castiga los actos que la *promueven* o *instigan*, ampliando la vaguedad del tipo penal.

66. Es esa la razón por la cual la norma resultaría también, conforme al segundo cargo, desconoce el derecho a la libertad de expresión, pues, de acuerdo con el *test tripartito* desarrollado en este marco por la Corte IDH para evaluar la validez de las restricciones o limitaciones a la libertad de expresión, el principio de tipicidad es también necesario para que una medida que tenga tal efecto sea válida.

67. Se argumenta que la ausencia de tipicidad conlleva una interferencia desproporcionada en el ejercicio de la libertad de expresión, pues la falta de claridad hace amplísimo el conjunto de alocuciones o manifestaciones que quedarían prohibidas; al tiempo que la norma viola el principio de derecho penal mínimo, debido a que ya existen tipos penales que castigan los actos que lesionan los derechos de los grupos vulnerables, en el marco de la prohibición de discriminación.

68. En el proceso se presentaron únicamente tres intervenciones. El Ministerio de Justicia defiende la exequibilidad de la norma, pues, en su criterio, *hostigamiento* no es una palabra excesivamente indeterminada, y, en cambio, la norma define con precisión los elementos del tipo cuestionado. Añade que la Corte declaró exequible un contenido normativo idéntico en la sentencia C-343 de 2006, por lo que debería estarse a lo resuelto en aquella oportunidad.

Antes de continuar la exposición, resulta oportuno señalar que la sentencia que invoca el Ministerio hace referencia a una acusación de indeterminación que recaía sobre una infracción cambiaria, y, por lo tanto, en el ámbito del poder sancionatorio administrativo. La diferencia entre uno y otro caso es evidente así que, eventualmente, la referencia jurisprudencial sea errónea. En cualquier caso, la propuesta de encontrar en ella la respuesta a los problemas jurídicos planteado debe considerarse inviable.

69. La Fiscalía General de la Nación señaló que el actor reduce el contenido normativo del tipo penal de hostigamiento a la creación de una limitación a la libertad de expresión; pero pasa por alto su finalidad y contexto, relacionados con un deber imperativo del Estado, cual es la erradicación de la discriminación, especialmente, aquella que se relaciona con los criterios

sospechosos definidos por el derecho internacional de los derechos humanos y la jurisprudencia constitucional.

Este es, dice el Ente acusador, un presupuesto esencial de análisis, pues explica el carácter necesario y la relevancia constitucional del tipo penal cuestionado. Con todo, la Fiscalía acepta que la palabra *hostigamiento* posee un nivel alto de vaguedad, pero estima que este puede reducirse, con base en la jurisprudencia constitucional y, especialmente, a partir de lo expuesto en la sentencia SU-626 de 2015, acerca de la exigencia de que se demuestre que la conducta se origina en la *aversión al grupo y la potencialidad efectiva de causar un daño* en el grupo o sujetos protegidos.

70. Si bien la sentencia SU-626 de 2015 contiene elementos de análisis muy relevantes acerca de las posibles limitaciones válidas a la libertad de expresión, cuando esta afecta los intereses de grupos vulnerables, se trata de un pronunciamiento que se produjo en un escenario que difiere en aspectos relevantes del caso objeto de estudio. Primero, porque se trataba de un análisis realizado específicamente en el escenario de la libertad de expresión artística y, segundo, porque la limitación que se solicitaba no era de carácter penal. Así las cosas, si bien la doctrina allí establecida puede resultar relevante, no considera la Sala que sea posible asumir, como lo sugiere la Fiscalía, que esta sentencia responde y soluciona el problema jurídico planteado

71. Finalmente, la Procuraduría General de la Nación expresó que la norma debe ser declarada inexecutable, pues su nivel de indeterminación es excesivo e irreductible, y porque no es competencia de la Corte superarlo, en virtud del principio democrático y la reserva de ley en la definición de los tipos penales. Indicó que la expresión *hostigamiento*, en su sentido natural, y a partir de una consulta al diccionario de la Real Academia de la Lengua, admite al menos seis acepciones, que van desde el carácter ‘hostigante’ de ciertos sabores y conductas, consideradas en extremo *dulces*, hasta otros conceptos, no menos ambiguos, como *molestar y burlarse de alguien*, otros que parecen sinónimos, pero no contribuyen a esclarecer el alcance de la norma, como *hostilizar*; o algunos abiertamente anacrónicos, como *fustigar o arriar con un látigo*⁸².

72. De lo expresado hasta el momento, es posible establecer algunas premisas de análisis de los cargos: (i) el cuestionamiento central de los accionantes recae sobre la expresión *hostigamiento*, aunque se proyecta también sobre los verbos rectores del tipo penal *promover e instigar*. (ii) En términos generales, todos los participantes del trámite coinciden en que la disposición y, especialmente, la expresión *hostigamiento* es vaga; sin embargo, (iii) la

⁸² En efecto, es posible encontrar en el diccionario de la Real Academia, las siguientes entradas: Hostigar: 1. tr. Dar golpes con una fusta, un látigo u otro instrumento, para hacer mover, juntar o dispersar.|| 2. tr. Molestar a alguien o burlarse de él insistentemente.|| 3. tr. Incitar con insistencia a alguien para que haga algo.|| 4. tr. hostilizar (|| agredir a enemigos).|| 5. intr. And., Bol., Chile, Col., Ec., Méx. y Perú. Dicho de un alimento o de una bebida: Ser empalagoso.|| 6. intr. coloq. Bol., Chile, Col., Ec., Méx. y Perú. Dicho de una persona: Ser molesta o empalagosa.

Fiscalía solicita un condicionamiento por la importancia constitucional del fin perseguido por el legislador (la erradicación de la discriminación), mientras que la Procuraduría se decanta por su inexequibilidad, ya que, en su criterio, la indeterminación es irreductible y no corresponde a la Corte Constitucional precisar el alcance de un tipo penal.

Alcance de la norma demandada.

73. El tipo penal de hostigamiento ya ha sido descrito por este Tribunal en la sentencia C-671 de 2014. Si bien, por la naturaleza del problema jurídico estudiado, estas referencias constituyen un obiter dicta, vale la pena mencionarlas como punto de partida del estudio del cargo.

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 (artículo 5° 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-674 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.

Ciertamente, es posible que en el marco de los casos concretos, los jueces penales encuentren que el tipo penal puede configurarse incluso frente a sujetos que no hacen parte de esos grupos, por ejemplo, cuando el sujeto activo incurre en la conducta porque está convencido de que la víctima sí pertenece a alguno de los grupos mencionados, aunque en realidad no sea así. Pero ello escapa a la competencia de este tribunal y será, en su momento, definido ante los jueces naturales de este tipo de conflictos.

75. Con todo, la Sala observa que en la descripción del tipo ofrecida, a título de ilustración en aquella oportunidad (C-671 de 2014), no se hizo referencia a lo que se entiende por un acto de hostigamiento, sino que se mencionó una vez más la expresión, tal como lo hizo el legislador, al definir el tipo penal cuestionado. En consecuencia, la providencia citada no ofrece una respuesta al problema jurídico planteado, de manera que le corresponde ahora a la Sala analizar si los cargos de los demandantes están llamados a prosperar.

Como marco de análisis del primer cargo, es oportuno retomar algunos elementos de la exposición presentada en los fundamentos normativos de esta providencia en torno al principio de estricta legalidad.

76. Las garantías del derecho penal hacen parte de un dispositivo conceptual y político de control al poder y defensa de los derechos humanos, que suele designarse bajo el rótulo de *garantismo penal*. Con diversos matices entre cada ordenamiento jurídico, el núcleo de elementos que componen un sistema garantista fue descrito con magistral precisión y profundidad, entre otros autores, por Luigi Ferrajoli en su obra *Derecho y Razón*.

Ferrajoli distingue un conjunto básico de 10 axiomas que constituyen el código de racionalidad en el que se enmarca un derecho penal, concebido como último recurso del Estado y respetuoso de la autonomía y libertad de los ciudadanos, que reclama legitimidad en el uso de la fuerza, pues esta sólo actúa por la exigencia de proteger y asegurar los principales valores y principios del ordenamiento; y lo hace por cauces que operan como diques a la arbitrariedad o el uso abusivo del poder.

En el sistema garantista diseñado a partir de esos axiomas, el principio de legalidad opera un lugar esencial, y se divide en dos grandes principios: el principio de legalidad en sentido amplio o mera legalidad, que se refiere a la prohibición de juzgar una persona si no existe una ley previa que defina la conducta objeto de reproche, y que constituye por tanto un mandato a los jueces, y el principio de estricta legalidad, que define una técnica legislativa basada en el uso de descripciones de tales conductas bajo el nivel más alto posible de precisión, y es por lo tanto, una condición a la legislación.

77. El principio de estricta legalidad es el núcleo del sistema. Primero, porque tal principio, si bien sujeta al juez formalmente a la legislación, es compatible con cualquier contenido, incluso aquellos basados en la personalidad del

sujeto, o imposibles de verificar más allá de la mera intuición valorativa del funcionario encargado de su aplicación. El segundo, en cambio, es un presupuesto de la posibilidad de *verificar* o *refutar* la existencia del hecho; de *probar* y *controvertir las pruebas*; del ejercicio de los derechos de *defensa* y *contradicción*; del control a las decisiones, bien a través de recursos legales, bien a través del escrutinio ciudadano; de la motivación de la sentencia.

Por ello, el principio de estricta legalidad constituye una de las más importantes garantías a la libertad personal, pero también a la dignidad humana, pues sólo mediante una definición taxativa de los tipos penales, pueden las personas, como agentes, dirigir su conducta conforme a las exigencias legales (y por tanto democrática); una salvaguarda a la igualdad, pues permite que sólo hechos iguales sean objeto del mismo castigo; e incluso una protección eficaz a los bienes jurídicos amparados por un tipo penal. La extrema indeterminación frustraría ese propósito, al permitir castigos por hechos que se encuentran muy lejos del marco que el Congreso de la República estimó fundamento de su decisión punitiva.

78. Sin embargo, este principio enfrenta un segundo problema, en cierta medida irreducible, y originado en la textura abierta o relativa indeterminación del lenguaje. Como se explicó en los fundamentos normativos de esta providencia, el legislador dicta las leyes en un lenguaje natural (en contraste con uno artificial o puramente técnico) y este es necesaria e irreductiblemente abierto, en el sentido de que las palabras pueden ser ambiguas o polisémicas (tener varios significados) y los conceptos pueden ser vagos (tener un referente de contornos amplios).

79. Si los tipos penales se vierten en enunciados del lenguaje natural, y todo enunciado del lenguaje natural evidencia los defectos descritos, entonces todo tipo penal también los enfrenta y es *relativamente indeterminado*. Por ello, el mandato de tipicidad, siendo el más importante del sistema garantista, no puede ser satisfecho de forma absoluta. Obviamente, las expresiones poseen distinto grado de vaguedad; este puede ser mucho menor en una expresión como homicidio (y en un verbo rector como *matar*), o en una como *aborto*, en la que denominación del tipo y verbo rector coinciden, pero existe un amplio consenso sobre su significado (o criterios de uso), que, como ocurre en el caso objeto de estudio con la expresión *hostigamiento*, o, como en casos previos, *terrorismo*, *feminicidio*, *obtentores de especies vegetales*, *injuria* o *calumnia*, por mencionar sólo algunos.

80. A medida que el nivel de indeterminación aumenta, o la apertura del tipo se hace más notoria, se incrementan las necesidades de establecer criterios que permitan satisfacer los imperiosos propósitos constitucionales asociados a la estricta legalidad. En ese marco, la Corte ha admitido el uso de *tipos en blanco* (i), en los que la indeterminación consiste en el uso de una remisión o reenvío normativo, siempre que la norma a la que se remite sea clara, precisa y exista antes de la configuración definitiva del tipo.

81. También ha admitido la validez de *tipos abiertos* (ii), bajo determinadas condiciones: primero, que así lo exija la naturaleza del tipo; segundo, que existan suficientes referentes normativos para ‘cerrar’ la indeterminación; y, tercero, que en una interpretación razonable ordinaria sea posible comprender la conducta prohibida.

En criterio de la Corte vale la pena precisar un poco estos tres criterios, dado que, en sí mismos, son bastante indeterminados.

82. La naturaleza del tipo hace referencia en realidad, a la *naturaleza* de la conducta que el legislador considera necesario castigar. Pero, para evitar esencialismos, que remitan exclusivamente a la subjetividad de cada operador judicial, esta puede entenderse de forma más apropiada como una alusión a los factores históricos, sociales, contextuales, fácticos o de tipo similar que determinan el fenómeno que se quiere erradicar, o que componen el conjunto de razones por las que el bien jurídico a proteger ha sido objeto de violación, en concepto del legislador.

83. Los referentes normativos que permiten cerrar la indeterminación deben provenir de una fuente con autoridad suficiente para proyectarse sobre la ley y deben ser accesibles para la población. Así, pueden hallarse en otras normas de jerarquía legal o supra legal, y en la interpretación de la Corte Constitucional y la Corte Suprema de Justicia, como ocurre con los tipos de injuria y calumnia, analizados en la sentencia C-442 de 2011. Además, deben ser accesibles para que se satisfaga el supuesto de publicidad, que permite al ciudadano actualizar su conocimiento acerca de lo que está permitido o no por la ley penal.

Además, tales referentes deben estar establecidos con precisión y claridad, dado que cumplirán la delicada función de *cerrar la indeterminación relativa del tipo*; y ser previos a la configuración del delito en el caso concreto, pues sólo así contribuirán eficazmente a la comprensión de la conducta penalizada.

No cumplen ese fin, por lo tanto, propuestas doctrinales o discusiones dogmáticas inacabadas, ni es aceptable una remisión genérica al momento de aplicación, pues ello supone simplemente una confianza en la capacidad interpretativa de los jueces penales, pero no una garantía para el ciudadano. Sin duda, el juez tiene un papel esencial en la interpretación de las normas relevantes, pero deben mantenerse presentes los límites que enfrentan los jueces en materia penal (prohibición de analogía o interpretaciones amplias de las normas sancionatorias, conocidas como *mala partem*, del derecho penal), y que en nada se beneficia la autonomía de las personas mediante una confianza absoluta en la prudencia judicial, si el primero no cuenta con elementos suficientes para auto determinarse.

84. Finalmente, la interpretación ordinaria razonable debe cumplir dos fines. Que los jueces puedan aplicar comprender el tipo penal sin ejercicios interpretativos de excesiva complejidad (principalmente basados en la literalidad, el contexto y el propósito de la disposición, siempre que estos sean determinados) y que las personas puedan acceder al conocimiento de la prohibición.

85. En lo que tiene que ver con el tipo penal de hostigamiento, la Corte encuentra que resulta necesario reducir su vaguedad y que ello puede hacerse mediante la declaratoria de inexequibilidad parcial, destinada a eliminar una expresión que, sin aportar a la definición del tipo, sí genera una confusión inaceptable en el contexto del derecho sancionatorio penal. Entra la Sala a explicar esta afirmación.

86. La palabra *hostigamiento* es, en efecto, una expresión de vaguedad relativamente alta. Más allá de las seis acepciones que presenta el diccionario de la Real Academia de la Lengua Española (DRAE), de las cuales 3 serían abiertamente impertinentes y susceptibles de ser descartadas por el contexto de la ley antidiscriminación, el problema radica en que las expresiones restantes se definen también por términos amplios, como ocurre con *molestar o burlarse de alguien*; remiten una vez más a otras palabras del mismo tipo penal como *incitar insistentemente a alguien para que haga algo*; o serían constitutivas de otros tipos penales, como lesiones personales, en el caso de golpear o arriar con un látigo.

87. Por otra parte, a diferencia de lo que ocurre con la prohibición de discriminación, definida de forma amplia y exhaustiva (al máximo nivel posible) en el derecho internacional de los derechos humanos, no existe un desarrollo similar en torno al hostigamiento. Así, por ejemplo, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos o PIDCP utiliza la expresión cercana *hostilizar*, en un sentido que evoca la realización de actos violentos, mientras que en la jurisprudencia constitucional reciente se ha utilizado como sinónimo de *matoneo escolar* o *bullying*. La expresión *acoso*, que se puede considerar semánticamente similar, y que ha sido objeto de mayor atención por parte de los operadores judiciales, se presta también para confusiones, debido a su uso en la ley contra el *acoso laboral*, o a su acepción en el ámbito de la violencia sexual o de género (*acoso sexual*).

En ello tienen razón los demandantes. No existe un referente normativo único, ni un amplio cuerpo jurisprudencial que permita conocer exactamente el sentido de la expresión *hostigamiento*, cuando esta se ubica en el ámbito penal.

88. En cuanto a *molestar* o *burlarse*, primero, se trata de expresiones que tienen su propio nivel, bastante alto por cierto, de indeterminación; pero, además, comprenden, prima facie, conductas que no deberían tener relevancia en el marco del derecho penal (como las bromas entre conocidos) y, en

cambio, poseen una protección explícita en la doctrina constitucional acerca de la libertad de expresión pues esta específicamente cubre expresiones inusuales, poco convencionales o que puedan resultar *molestas* para diversos auditorios, así como las abiertamente soeces. (T-391 de 2007⁸³, ampliamente reiterada).

Recapitulando, hostigar, como el sabor dulce o la actitud empalagosa son descartables por el contexto normativo; fustigar, entendido como golpear con un látigo o arriar, o es anacrónico o podría dar lugar a la configuración de tipos penales contra la integridad y la libertad personal; hostilizar es un concepto que, guarda similitud con hostigamiento, y comparte así su indeterminación; molestar y burlarse son expresiones ampliamente indeterminadas y llevan al riesgo de un uso máximo del derecho penal. E incitar con insistencia a alguien preserva la circularidad en la definición, dado que incitar posee un significado más cercano al verbo rector, *instigar*.

89. En este punto, comprobada la notable indeterminación de la expresión hostigamiento, es preciso señalar también que el Legislador está ubicado en un campo en el que la penalización de los discursos de odio abiertamente discriminatorios le exige acudir a un tipo abierto. La pregunta que surge es la siguiente: ¿Cómo ubicar en este escenario, y en cumplimiento del principio de estricta legalidad, la frontera entre políticamente incorrecto y permitido; y lo abiertamente discriminatorio y, por lo tanto, prohibido? Dejando de lado las dificultades probatorias asociados a la comprobación del móvil del sujeto activo de la conducta, ¿cómo debería el legislador establecer una definición abstracta que permita a jueces y ciudadanos identificar esa frontera?

Esta es una pregunta prioritaria en torno a la vigencia de los derechos humanos, pues tampoco es posible esperar una definición *cerrada* y *absolutamente precisa* de los fenómenos discriminatorios, dado que, como se ha explicado en las sentencias T-691 de 2012⁸⁴ y C-671 de 2014⁸⁵, la discriminación es un fenómeno *estructural, dinámico, dependiente de contextos, multi ofensivo, suscitado por una pluralidad de causas, que atenta contra grupos muy diversos, que los impacta de maneras distintas y que es percibido de formas muy diferentes por los afectados*.

En principio, el Congreso de la república debe brindar suficientes elementos para que el tipo disminuya tal apertura semántica, y en consecuencia, debe la Corte analizar si el contexto de la ley discriminación y las demás expresiones que lo componen cumplen ese objetivo.

⁸³ MP. Manuel José Cepeda Espinosa. SV. Rodrigo Escobar Gil.

⁸⁴ MP. María Victoria Calle Correa-

⁸⁵ MP. Luis Guillermo Guerrero Pérez. AV. Luis Ernesto Vargas Silva, AV. Mauricio González Cuervo; SV Jorge Iván Palacio Palacio.

90. Aún a costa de repetir lo ya expresado, para iniciar este análisis de los demás elementos que deberían precisar el alcance del tipo, es conveniente recordar que, según los accionantes, el tipo penal de hostigamiento debe ser declarado inexecutable por la Corte Constitucional, por dos razones. Primero, porque la expresión *hostigamiento*, a través de la cual se hace referencia a la conducta esencial del tipo penal, es polisémica y de extrema vaguedad. Segundo, porque la indeterminación se ve agravada (o aumentada) debido al uso de los verbos rectores *instigar* y *promover*. En ese contexto —afirman— el Legislador no decidió penalizar una conducta de por sí difícil de definir o precisar, como el hostigamiento, sino actos indirectos que eventualmente llevarían a esa conducta: *instigar el hostigamiento* o *promover el hostigamiento*.

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.

Más allá de los ulteriores desarrollos jurisprudenciales que deberán darse en el marco de la aplicación, y de las dificultades probatorias que estos verbos rectores exigirán demostrar, estos no pueden considerarse incompatibles con el principio de estricta legalidad.

92. Ambos verbos rectores, instigar o promover, vienen acompañadas, 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.

La Sala no se detendrá por lo tanto a precisar cada uno de esos términos. Más allá de las profundas discusiones filosóficas en torno a la acción humana, son conceptos plenamente operativos para el sistema jurídico y ampliamente conocidos por sus destinatarios, como exteriorizaciones de la voluntad humana. En lo sucesivo, para efectos de simplificar la exposición, la Sala se referirá a los tres conceptos como *actos*.

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, situación análoga a la que se presenta en el delito de feminicidio, recientemente analizado por este tribunal, en las sentencias C-297 de 2016 y C-539 de 2016⁸⁶.

94. Ahora bien, si todos estos criterios van cerrando la indeterminación de la que se acusa el tipo, ¿dónde radica realmente su vaguedad? Esta surge de una circunstancia muy particular. En el medio de todos los ingredientes o elementos del precepto, el Legislador incorporó precisamente la expresión que pretendía definir: indicó que los *actos* a los que se refiere la norma deben ser constitutivos de hostigamiento, que es, precisamente el nombre o nomen iuris del tipo penal bajo control.

95. Al hacerlo, imprimió una circularidad en la definición, que causa perplejidad en sus destinatarios e intérpretes y que, por ese motivo, parece echar por la borda la tarea definitoria de los demás elementos del tipo. 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.

Es importante señalar que no es este el único tipo penal en que el Legislador incurre en tal circularidad, y ello no puede considerarse prohibido *per se*, dado que no corresponde al Congreso de la República recoger el significado lexicográfico de ciertas palabras (lo que sí hacen los diccionarios), sino determinar, desde su autoridad política y democrática, las conductas a sancionar. Así, el Legislador podría acudir a este tipo de definiciones cuando existe un consenso o una convención lingüística lo suficientemente amplia en torno al término definido (a manera de ejemplo, ello ocurre con el tipo de *aborto*, cuyo significado natural, más allá del uso metafórico y de los supuestos de penumbra inevitables, es lo suficientemente claro para el grueso de la población). 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

⁸⁶ MP. Luis Guillermo Guerrero Pérez. SPV. María Victoria Calle Correa, Gloria Stella Ortiz Delgado, Jorge Iván Palacio Palacio y Luis Ernesto Vargas Silva.

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 executable parcial mencionada, la norma respeta el principio de taxatividad e, incluso, deja de ser un tipo penal abierto. Veamos

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.
(...)

98. Sin embargo, es posible advertir, en los demás elementos del tipo, qué actos son los que el legislador pretende castigar. Se trata de aquellos que *se orienten a causar daño físico o moral*, y que tengan por sujetos a grupos tradicionalmente discriminados; al tiempo que estos definen el móvil de la actuación, de forma similar a como lo explicó la Corte al estudiar el tipo penal de feminicidio: *el móvil, un componente subjetivo del tipo muy relevante en estos casos, exige que los actos que se instigan sean motivados precisamente por la condición del grupo o persona ofendida. A la vez, la potencialidad de que los actos instigados tengan la potencialidad de causar daño físico o moral es clave, en términos del principio de necesidad del derecho penal, para evitar que, en su aplicación, se castiguen conductas de poca relevancia jurídica.* Como puede verse, el propio tipo penal incluye el condicionamiento requerido en la intervención de la Fiscalía General de la Nación.

En consecuencia, la Corte declarará la exequibilidad del artículo 4° por el cargo de violación al principio de estricta legalidad, salvo la expresión *constitutivos de hostigamiento*, que será declarada inexecutable por las razones expuestas.

Segundo cargo. La norma cuestionada y la libertad de expresión.

99. La Corte Constitucional expuso en las consideraciones normativas de esta providencia los fundamentos, contenido y alcance de la libertad de expresión, derecho caracterizado por un amplísimo espectro de garantías y una protección reforzada por parte de los jueces de la República.

No obstante, lo expuesto, también reiteró que este derecho, como ocurre en general con todos los principios constitucionales no es absoluto, y admite determinadas limitaciones. Su protección amplia se concreta en un conjunto de presunciones que deben desvirtuarse para que la restricción sea válida y unas cargas correlativas en cabeza de las autoridades que pretenden imponer la limitación o restricción.

100. Además, estas presunciones han sido derrotadas a partir de un consenso internacional lo suficientemente amplio en torno a determinadas expresiones, capaces de incitar o de provocar por sí mismas una lesión intensa a la dignidad humana y la igualdad, por desconocer el mandato de no discriminación.

No se trata de expresiones incorrectas, alternativas, inusuales, ofensivas para algunos, o ‘soeces’, bajo determinadas convenciones sociales. Se trata de expresiones que buscan afectar, limitar el ejercicio de los derechos, o generar directamente un daño en grupos de especial protección constitucional y víctimas históricas de discriminación.

101. Los accionantes perciben un aspecto de esta norma que puede considerarse cierto. En la medida en que incitar o provocar son acciones que pueden llevarse a cabo a través de expresiones lingüísticas, y la mayor parte

de las veces, ello ocurre así, entonces la norma puede implicar una restricción a la libertad de expresión. En otros términos, en el contexto de todo lo que está permitido decir o expresar gracias a la libertad de expresión, el tipo penal descrito acota ese universo y, por ello, es necesario establecer si tal limitación resulta constitucionalmente admisible.

102. Pero, antes de iniciar el análisis, resulta imprescindible indicar que esta decisión no obedece exclusivamente a la potestad de configuración legislativa del derecho. No se trata de un tipo penal destinado a la protección de un bien jurídico elegido en el marco del amplio espacio de la deliberación política y en el juego de intereses que se enfrentan en el foro democrático, generando distintas respuestas, persiguiendo diversos fines, en la riqueza propia de la vida social y de la construcción de lo público.

Pero, como se explicó previamente, el margen de configuración del Congreso en materia penal, si bien debe respetarse por el principio de mera legalidad (reserva) también tiene ciertos límites y vínculos: es decir, conductas que no pueden castigarse, en atención al principio de necesidad en el ámbito del derecho penal, de una parte, y conductas que requieren de una protección penal, es decir, que constituyen vínculos al legislador.

103. Por ello, las normas de la ley antidiscriminación, si bien sólo deben considerarse un mecanismo residual en la lucha contra la discriminación; y, sin duda, distan de ser las medidas más importantes en el cumplimiento de este deber, sí poseen relevancia constitucional, pues persiguen un fin imperioso y protegen bienes que justifican el recurso al derecho penal. Ello explica que, al menos en el ámbito de la discriminación racial, tanto la convención para la eliminación de la discriminación racial, como esta Corte, en sentencia T-1090 de 2005 hayan solicitado al Congreso de la República la adopción de medidas para castigar la segregación y el racismo, cuando, tras conocer el caso de las discotecas QKA-YITO y La Carbonara, que impidieron la entrada a dos mujeres afrocolombianas, ordenó la adopción de medidas legislativas.

Como se expresó en la línea jurisprudencial acerca de la facultad del Congreso para establecer las normas penales, es posible plantear la existencia de un espectro de razones que puedan dar lugar a esas normas. En un extremo, la obligación estatal de eliminar ciertas conductas porque se consideran particularmente nocivas de la dignidad humana (por ejemplo, las que atentan contra la vida o los delitos más graves contra la libertad personal) y, en otro extremo, las conductas que no deben penalizarse porque resultan inofensivas o no poseen la relevancia suficiente para ser objeto de la regulación más drástica del Estado.

104. Tiene entonces razón la Fiscalía General de la Nación en lo que tiene que ver con su aproximación al segundo cargo. La norma que se estudia no es solo una restricción a la libertad de expresión, sino un intento del Congreso de la

República por proteger uno de los principios más caros al sistema democrático y social de derecho. Un elemento cardinal para la vigencia de todos los derechos fundamentales y consustancial a la dignidad humana y una norma de *ius cogens* en el derecho internacional de los derechos humanos.

El problema constitucional conocido 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 complejo.

La Corte Constitucional se ha referido apenas tangencialmente al tema en el marco del control abstracto de constitucionalidad; sin embargo, en la reciente sentencia T-500 de 2016⁸⁷, la Sala Quinta de Revisión presentó una interesante contextualización de tales discusiones. Indicó, primero, que los dos grandes referentes de cada tendencia en el derecho internacional de los derechos humanos se encuentran, de una parte, en los Estados Unidos de América, donde la protección a la libertad de expresión es particularmente amplia, en virtud de la primera enmienda de la Carta Política, y, de otra, un conjunto de países europeos, cuyo enfoque está representado adecuadamente por la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, y en el que se imponen ciertos límites de mayor amplitud al discurso, derivados de la experiencia traumática del régimen nacionalsocialista

Posteriormente, indicó que la diversidad de soluciones previstas por los distintos sistemas de derecho positivo, obedece no sólo a la decisión del Constituyente y el Legislador acerca del modo en que deben redactarse las normas pertinentes, sino que responde a complejos procesos históricos, como la huella del Holocausto en Alemania, la importancia de la libertad de expresión en el proceso constituyente norteamericano o la protección del estado multicultural en Canadá; pero las soluciones, a su vez, se proyectan hacia el futuro, para evitar que la forma en que ciertos grupos han sido discriminados vuelva a tomar forma en el futuro, frente a estos u otros grupos. Vale la pena recordar, en su integridad, tales consideraciones:

“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

⁸⁷ MP. Gloria Ortiz Delgado. SPV. Aquiles Arrieta Gómez.

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 aun, 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.⁸⁸

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

⁸⁸ 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.

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 5° 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”⁸⁹ (Citó la Sala Quinta la sentencia T-1319 de 2001).

Tal como lo dijo la Sala Quinta, los discursos de odio están prohibidos o no se encuentran amparados por el derecho internacional de los derechos humanos y la Constitución Política. Sin embargo, este límite debe identificarse con el mayor cuidado posible para evitar restricciones injustificadas a la expresión, incluso a las manifestaciones controversiales, contestatarias, críticas. Por ese motivo, antes que declarar la validez del tipo penal de hostigamiento como una medida que, consecuente con la prohibición de discursos de odio, la Sala adelantará un juicio de proporcionalidad para verificar si esta medida legislativa, en efecto, puede ubicarse en ese ámbito o si, como lo considera el demandante, es en realidad una restricción ilegítima y desproporcionada de la libertad de expresión.

105. Ello implica que el test exigido para las intervenciones a la libertad de expresión, en este caso, debe realizarse tomando en consideración el principio o la tensión propuesta. Un principio y una tensión en los que parte de las

⁸⁹ Sentencia T-1319 de 2001 (MP. Rodrigo Uprimny Yepes): “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...**”

presunciones que conforman la presunción general a favor de la libertad de expresión ya han sido derrotadas por el derecho internacional de los derechos humanos y donde las limitaciones no son sólo permitidas, sino exigidas desde diversas fuentes normativas.

106 La norma, para comenzar, cumple con los mandatos del principio de legalidad, tanto en sentido amplio, como en sentido estricto. La Ley es producto de la actividad del legislador, órgano que tiene la competencia democrática de configurar los tipos penales; y, a partir de la decisión anunciada en el análisis del primer cargo, puede considerarse que guarda un nivel de certeza adecuado, desde el punto de vista constitucional.

107. No constituye censura previa, sino que prevé una responsabilidad penal ulterior. Si bien esta responsabilidad penal puede tener un efecto disuasivo, este no recae sobre discursos especialmente protegidos, sino sobre unos que pueden ser desestimados en el contexto de las normas mencionadas y en el contexto del fin de prevención (general) de la pena.

La regulación punitiva bajo control persigue un fin imperioso pues, como se ha expresado con insistencia a lo largo de la exposición, la eliminación de la discriminación es una prioridad para el Estado colombiano y el derecho internacional de los derechos humanos y, paralelamente, la defensa de la igualdad es una exigencia del Estado constitucional de derecho, que no es otra cosa que un Estado basado en la igualdad de derecho, lesionada por distintas exclusiones en la historia colombiana.

En este marco, tomando en cuenta lo que se ha expresado acerca de la importancia del principio de no discriminación, y el hecho de que los discursos de odio están prohibidos directamente en el derecho internacional, la Sala evaluará la exequibilidad de la medida, no a través de un tipo calificado de examen, sino mediante el uso del principio de proporcionalidad, como se hace con toda decisión de las autoridades susceptible de limitar o restringir un derecho constitucional⁹⁰.

Idoneidad.

⁹⁰ Debe evitarse cualquier confusión entre el uso del principio de proporcionalidad en este trámite y el test integrado de razonabilidad. El primero es la herramienta generalmente utilizada para evaluar la validez de cualquier restricción, limitación o intervención en los derechos fundamentales, y se compone (siempre) de los sub principios de idoneidad o adecuación de la medida para alcanzar el fin propuesto, necesidad o ausencia de alternativas menos lesivas de los principios en tensión y proporcionalidad en sentido estricto o ponderación entre los beneficios que se esperan de la medida a favor de un principio, en comparación con la forma en que afectan o restringen otro de tales mandatos. El test integrado de razonabilidad se dirige exclusivamente al estudio de medidas legislativas que implican un trato desigual y, en ese ámbito, considerando los complejos matices del principio de igualdad y el alcance del margen de configuración que posee el Congreso de la República, en función al área de regulación, la Corte ha planteado que el estudio de igualdad puede tener distintas intensidades.

Cuando, en este trámite, la Sala afirma que realizará un test de proporcionalidad sin calificativos adicionales, esto significa que, como el conflicto planteado es con otro principio esencial de la democracia y el estado social de derecho, no tomará en consideración la presunción general de mayor peso *prima facie* de la libertad de expresión y no que se trate de un juicio de igualdad intermedio.

108. La norma es en principio idónea pues, desde un punto de vista deferente con la valoración del Congreso de la República, que se basa tanto en hechos notorios, como en recientes actos discriminatorios que han generado pronunciamientos de este Tribunal, es posible considerar que una medida penal es una forma de proteger un bien jurídico y que el castigo de los discursos discriminatorios, de odio, o la *incitación a producir en daño a determinadas personas, por su pertenencia a ciertos grupos, cuya identificación puede realizarse a través de los criterios sospechosos incluidos en el tipo penal* debería ser una medida capaz de generar un efecto sancionatorio, y otro disuasivo, valioso para la población destinataria de la protección.

La norma es cuestionada en su idoneidad por el bajo número de casos que han sido llevados a los jueces penales, o incluso al ente acusador. Sin embargo, este dato, en principio verificable, no puede llevar a desvirtuar su capacidad para atacar la discriminación. Es posible que muchas personas no conozcan la posibilidad de acudir a la justicia penal; no es tampoco algo deseable un litigio excesivo en materia penal, pues estas normas sólo castigan las conductas más graves; y, es posible que, en el caso de hostigamiento, el carácter relativamente confuso del enunciado cuestionado, y que debe alcanzar suficiente precisión, una vez declarada la inexecutable parcial anunciada en el acápite anterior contribuyan a una aplicación razonable de la norma.

Por ello, la Sala debe advertir que esta conclusión está directamente relacionada con lo explicado en el estudio del primer cargo. La idoneidad de un tipo penal como el *hostigamiento*, en el sentido de que se trata de una norma destinada a combatir un fenómeno complejo, contextual, dinámico y con impactos diferenciados, exige el cabal cumplimiento del principio de tipicidad o taxatividad en la definición de las normas penales.

Necesidad

El segundo paso, o etapa, del juicio de proporcionalidad es el examen de necesidad; este estudio hace parte de una evaluación de *medios a fines*, en la que el juez indaga si no existen medidas alternativas para alcanzar el propósito constitucional perseguido por el Legislador y que impongan un sacrificio menor a los principios en tensión.

Como se trata de una evaluación de *medios a fines* hace parte de las posibilidades fácticas de la realización de un derecho, como mandato de optimización. Sin embargo, dada la naturaleza de la distribución de funciones entre el legislador y el juez constitucional, es importante efectuar ciertas precisiones: primera, que en el estudio de los medios la Corte debe ser deferente con el Congreso de la República; segunda, que el principio de necesidad sólo desvirtúa la validez de la medida cuestionada cuando existen argumentos razonables para sostener que existen alternativas *que poseen un*

nivel de idoneidad similar. No basta entonces con que el Tribunal conciba cualquier medida hipotética para alcanzar ese fin.

En el caso objeto de estudio, la Corte Constitucional debe observar, además, un precedente especialmente relevante, la sentencia C-442 de 2011 en la que la Corte consideró que los tipos penales de injuria y calumnia son constitucionales y en el que se efectuó un estudio de necesidad (dentro del principio de proporcionalidad), del cual se concluyó que (i) en el derecho internacional se ha considerado que los derechos a la honra y el buen nombre (que eran los protagonistas en tensión con la libertad de expresión) poseen una protección multinivel); (ii) que dentro de esa protección no se excluye, de manera definitiva, el uso de medidas sancionatorias, incluso de naturaleza penal; y (iii) que el principio de última ratio del derecho penal, o *necesidad de la pena*, no desvirtúa tales conclusiones, siempre que este dispositivo sólo recaiga sobre las conductas más graves. Vale la pena recordar una vez más el precedente citado:

“Respecto a la supuesta falta de necesidad de las medidas penales por existir otras que serían menos gravosas de los otros derechos fundamentales en juego –la libertad de expresión y en definitiva la libertad personal-, tales como el derecho de rectificación, las multas o la acción de tutela, e igualmente idóneas para proteger el buen nombre y la honra este argumento no será acogido por distintas razones. En primer lugar, porque como se plasmó previamente esta Corporación siempre ha encontrado constitucionalmente legítima la protección de los derechos al buen nombre y a la honra mediante tipos penales, adicionalmente esta posibilidad está expresamente autorizada por tratados internacionales de derechos humanos tales como la CADH y el PIDCP y como antes se dijo ha sido acogida por la Corte IDH. En segundo lugar, la jurisprudencia de la Corte Constitucional ha entendido que existe una especie de *protección multinivel* de los derechos al buen nombre y a la honra, dentro de este diseño protector, los tipos penales de injuria y calumnia sólo [serían] aplicados cuando se trata de vulneraciones especialmente serias de estos derechos fundamentales, frente a las cuales los otros mecanismos de protección resultan claramente insuficientes, lo que precisamente concuerda con la idea del derecho penal como ultima ratio, también defendida por la jurisprudencia constitucional, postura que además ha sido plenamente acogida por la Sala de Casación penal de la Corte Suprema de Justicia, como previamente se demostró y que además debe ser seguida por los jueces penales debido al carácter vinculante que tiene los precedentes sentados por estas dos Corporaciones”.

Similares argumentos debe asumir la Sala en esta oportunidad, aunque con ciertas precisiones, dado que los problemas jurídicos analizados no son idénticos: así pues, como indicó la Corte Constitucional en sentencia C-442 de

2011, la *necesidad penal* no se desconoce cuando el *tipo* se dirige a castigar sólo las formas más graves de conductas que lesionan un bien jurídico determinado, y es importante recordar el fin preventivo de la pena, no sólo su carácter retributivo.

Pero, además de eso, si el buen nombre y la honra tienen, en criterio de esta Sala una protección *multinivel*, ello es mucho más cierto en el caso de la igualdad y la prohibición de discriminación. Como este último fenómeno tiene causas muy diversas, afecta a distintos grupos en el marco de relaciones asimétricas o incluso de dominación, y el propósito de su erradicación es un anhelo universal (o al menos un propósito sobre el que existe el nivel de consenso más amplio posible en el ámbito del derecho internacional de los derechos humanos), entonces no cabe duda de que debe existir, como lo expresó la sentencia C-442 de 2011, una protección *multinivel* de este derecho.

Esa protección, enfatiza la Sala, debe comprender medidas de diverso tipo, pero no excluye las de naturaleza penal, menos aún si se toma en cuenta que esta Corte y la Convención para la eliminación de todas las formas de discriminación racial ordenan al Legislador sancionar los peores actos que se enmarcan dentro de ese concepto.

Por ello, si bien el Congreso de la República y los demás órganos del poder público no pueden cifrar en las normas penales la lucha contra la discriminación, tampoco es viable afirmar que estas sean innecesarias para combatir las representaciones más graves. El tipo penal estudiado se dirige precisamente contra tales conductas, especialmente graves y lesivas de la dignidad humana, razón por la cual los ingredientes del tipo se orientan, primero, a castigar sólo el hostigamiento a la realización de actos con plena potencialidad para causar daño; segundo, que atenten contra los sujetos que están en la parte débil de la relación de poder, como lo exige el principio de igualdad y; tercero, que tengan por móvil, precisamente, la pertenencia al grupo históricamente afectado por la discriminación, lo que se evidencia en el uso de las llamadas categorías o criterios sospechosos.

Finalmente, debe reiterarse que la Sala no aplica la presunción a favor de la libertad de expresión que se utiliza en las tensiones que surgen con otros principios constitucionales, como sí lo hizo en el estudio de los tipos de injuria y calumnia, debido a que la importancia del principio de no discriminación es tan alta, para un estado democrático, constitucional y social de derecho, como la que posee la libertad de expresión. Así las cosas la norma supera el examen de necesidad y su validez debe resolverse en el marco de una ponderación entre la restricción a la libertad de expresión y los beneficios que el legislador persigue en la erradicación de la discriminación, es decir, en el test de proporcionalidad en sentido estricto.

Proporcionalidad en sentido estricto.

111. El análisis de proporcionalidad en sentido estricto se concreta en una ponderación entre los bienes o principios en conflicto de una parte, la prohibición de discriminación y, de otra, la libertad de expresión. Este examen se realizará mediante la metodología usualmente aceptada, que se basa en un estudio del peso abstracto de los principios, equivalente al valor que les confiere el sistema jurídico en un momento histórico determinado; la intensidad de la afectación.

112. En primer lugar, el peso *prima facie* de la libertad de expresión, descrito en la sentencia T-391 de 2007⁹¹, en este caso, no resulta tan relevante, debido a que la prohibición de discriminación goza también de una posición privilegiada, *prima facie*, en el sistema jurídico, dadas las razones ampliamente expuestas en esta providencia. En otros términos, ambas comparten el mismo peso inicial que es, además, uno de los más altos en el sistema jurídico actual.

113. La intensidad del beneficio que obtendrá la prohibición de discriminación en virtud de la norma penal mencionada es un tema objeto de discusión actualmente, no solo en Colombia, sino en buena parte de Latinoamérica y Europa, hecho que, por cierto, tuvo en cuenta el Congreso de la República al expedir la regulación demandada. Sin embargo, la Corporación ya ha anunciado que, en el ámbito de las medidas contra la discriminación mantiene una posición deferente o de respeto amplio por las opciones legislativas.

La intensidad de la afectación a la libertad de expresión, en la otra orilla, puede considerarse mucho menor, pues este tipo penal, como lo demuestran los distintos ingredientes normativos que lo componen, y que fueron descritos en el acápite anterior, demuestra que sólo persigue restringir un tipo particular de discurso, ubicado en la promoción de actos que tengan **una potencialidad real de causar daño a grupos especialmente protegidos, en el marco de los criterios sospechosos de discriminación.**

En el contexto de una discusión teórica en torno a los límites de los derechos fundamentales, sobre la cual no hace falta profundizar, pero que resulta ilustrativa en estos casos (C-443 de 2011), cabría explicar la razón por la que se califica de *baja* esta afectación: desde la teoría de los '*límites internos de los derechos*', que supone que estos son plenamente determinables a partir de la interpretación, expresiones de este tipo no hacen siquiera parte del contenido protegido del derecho; desde la perspectiva de los '*límites externos*', que se basa en la conflictividad de los derechos y que, por ese motivo, busca sus límites en el marco de la ponderación (posición usualmente adoptada por este Tribunal), este ejercicio ha sido realizado en el marco del derecho internacional de los derechos humanos, a partir de un amplio

⁹¹ MP. Manuel José Cepeda Espinosa. SV. Rodrigo Escobar Gil.

consenso acerca del carácter problemático e inconstitucional de las expresiones discriminatorias de mayor gravedad.

114. Finalmente, en cuanto a la certeza de lo expuesto (es decir, del beneficio que se obtendrá en la erradicación de la discriminación y el alcance de la restricción efectiva a la libertad de expresión), es obvio esta no puede garantizarse con absoluta certeza en lo que tiene que ver con la satisfacción del primer principio. La decisión legislativa, sin embargo, se basó en el conocimiento de casos graves de discriminación, y esos casos se encuentran documentados incluso en la jurisprudencia de este Tribunal. Razonablemente, puede afirmarse que el Congreso tendría un grado de certeza medio acerca de tal beneficio. El grado de certeza de la restricción a la libertad de expresión debe considerarse alto, pues, en efecto, la norma prohíbe cierto tipo de expresiones.

Ahora bien, no debe confundirse esta certeza (según la cual empíricamente es un hecho que se reduce el margen de discursos permitidos) con la ya mencionada intensidad (que se consideró baja, pues los discursos afectados están plenamente delimitados).

115. La Corte declarara la exequibilidad del cargo, en relación con la parte del enunciado normativo resultante de la declaratoria de inexecutable parcial del artículo 5° de la Ley 1482 de 2011 (Ley antidiscriminación).

V. DECISIÓN

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

RESUELVE

Declarar **EXEQUIBLE** el artículo 4° de la Ley 1482 de 2011, modificado por el Código Penal, por los cargos analizados, salvo la expresión “*constitutivos de hostigamiento,*” que se declara **INEXEQUIBLE**.

Notifíquese, comuníquese y cúmplase.

LUIS GUILLERMO GUERRERO PÉREZ
 Presidente
Con salvamento de voto

AQUILES ARRIETA GÓMEZ

Magistrado (e)

Con aclaración de voto

MARÍA VICTORIA CALLE CORREA

Magistrada

ALEJANDRO LINARES CANTILLO

Magistrado

Con salvamento de voto

ANTONIO JOSÉ LIZARAZO OCAMPO

Magistrado

Con salvamento de voto

GLORIA STELLA ORTIZ DELGADO

Magistrada

Con salvamento de voto

JORGE IVÁN PALACIO PALACIO

Magistrado

ALBERTO ROJAS RIOS

Magistrado

LUIS ERNESTO VARGAS SILVA

Magistrado

Con aclaración de voto

MARTHA VICTORIA SÁCHICA MÉNDEZ

Secretaria General

