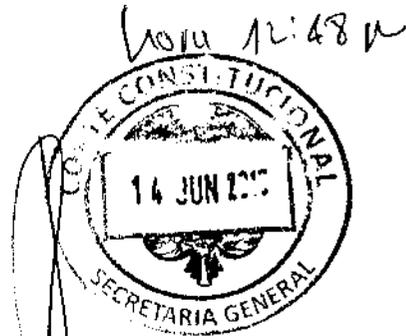


D-11506  
OK



HONORABLES MAGISTRADOS  
CORTE CONSTITUCIONAL  
Bogotá D.C.

Ref.: ACCIÓN PÚBLICA DE INCONSTITUCIONALIDAD

MIGUEL SANTIAGO GUEVARA ARAOS, JULIÁN HERNANDO BARRAGÁN PEDRAZA, PEDRO DANIEL CONTRERAS JORDÁN, ciudadanos colombianos mayores de edad, identificados con las cédulas de ciudadanía No. 1.020.781.836, No. 1.020.822.686, No. 1.020.828.603 respectivamente, expedidas en BOGOTÁ D.C, obrando en nombre propio, con domicilio en la ciudad de BOGOTÁ D.C., respetuosamente nos dirigimos a ustedes en uso de nuestros derechos y deberes consagrados en el numeral 6 del artículo 40 y en el numeral 7 del artículo 95 de la Constitución Política de 1991, con el fin de interponer la acción de inconstitucionalidad contra el artículo 4 de la Ley No. 1482 del 2011 (modificado por el artículo 3 de la Ley 1752 de 2015), por cuanto contraria la Constitución Política en su artículo 20 y 29, así como el artículo 19 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y el artículo 13 de la Convención Americana de Derechos Humanos.

#### I. NORMA DEMANDADA

A continuación se transcribe el artículo demandado, en cumplimiento del numeral 1° del artículo 2° del decreto 2067 de 1991.

*"ARTÍCULO 4a. <Artículo modificada por el artículo 3 de la Ley 1752 de 2015. El nuevo texto es el siguiente:> 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, arientados o causarle daño físico o maral a una persona, grupa de personas, comunidad o pueblo, par razón de su raza, etnia, religión, nacionalidad, ideología palítica a filosófica, sexa u orientación sexual o discapacidad y demás razones de discriminación, incurrirá en prisión de dace (12) a treinta y seis (36) meses y multa de diez (10) a quince (15) salarias mínimos legales mensuales vigentes, salvo que la conducta constituya delito sancionable con pena mayor."*<sup>1</sup>

#### II. NORMAS CONSTITUCIONALES VULNERADAS

La norma constitucional infringida por el artículo demandado es la siguiente:

##### Constitución Política de Colombia

*"ARTICULO 29. El debido pracesa se aplicará a toda clase de actuocianes judiciales y administrativas.*

<sup>1</sup> Diario Oficial No. 48.270 de 1 de diciembre de 2011

*Nadie podrá ser juzgado sino conforme a leyes preexistentes al acto que se le imputa, ante juez o tribunal competente y con observancia de la plenitud de las formas propias de cada juicio.*

*En materia penal, la ley permisiva o favorable, aun cuando sea posterior, se aplicará de preferencia a la restrictiva o desfavorable.*

*Toda persona se presume inocente mientras no se la haya declarado judicialmente culpable. Quien sea sindicado tiene derecho a la defensa y a la asistencia de un abogado escogido por él, a de oficio, durante la investigación y el juzgamiento; a un debido proceso público sin dilaciones injustificadas; a presentar pruebas y a contravertir las que se alleguen en su contra; o impugnar la sentencia condenatoria, y o no ser juzgada dos veces por el mismo hecho.*

*Es nulo, de plena derecho, lo prueba obtenida con violación del debido proceso”*

*“ARTICULO 20. Se garantiza a toda persona la libertad de expresar y difundir su pensamiento y opiniones, la de informar y recibir información veraz e imparcial, y la de fundar medios masivos de comunicación.*

*Estos son libres y tienen responsabilidad social. Se garantiza el derecho a la rectificación en condiciones de equidad. No habrá censura.”*

#### **Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos**

*“ARTÍCULO 19: 1. Nadie podrá ser molestado a causa de sus opiniones.*

*2. Toda persona tiene derecho a la libertad de expresión; este derecho comprende la libertad de buscar, recibir y difundir informaciones e ideas de toda índole, sin consideración de fronteras, ya sea oralmente, por escrito o en forma impresa o artística, o por cualquier otro procedimiento de su elección.*

*3. El ejercicio del derecho previsto en el párrafo 2 de este artículo entraña deberes y responsabilidades especiales. Por consiguiente, puede estar sujeto a ciertas restricciones, que deberán, sin embargo, estar expresamente fijados por la ley y ser necesarios para:*

- a) Asegurar el respeto a los derechos o a la reputación de los demás;*
- b) La protección de la seguridad nacional, el orden público o la salud o la moral públicas.”*

#### **Convención Americana sobre Derechos Humanos**

*“ARTÍCULO 13. Libertad de Pensamiento y de Expresión 1. Toda persona tiene derecho a la libertad de pensamiento y de expresión. Este derecho comprende la libertad de buscar, recibir y difundir informaciones e ideas de toda índole, sin consideración de fronteras, ya sea oralmente, por escrito o en forma impresa o artística, o por cualquier otro procedimiento de su elección.*

*2. El ejercicio del derecho previsto en el inciso precedente no puede estar sujeto a previa censura sino a responsabilidades ulteriores, las que deben estar expresamente fijadas por la ley y ser necesarios para asegurar:*

- a) el respeto a los derechos o a la reputación de los demás, o*

- b) la protección de la seguridad nacional, el orden público o la salud o la moral públicas.
3. No se puede restringir el derecho de expresión por vías o medios indirectas, tales como el abuso de controles oficiales o particulares de papel para periódicos, de frecuencias radioeléctricas, o de enseres y aparatos usados en la difusión de información o por cualesquiera otros medios encaminados a impedir la comunicación y la circulación de ideas y opiniones.
4. Los espectáculos públicos pueden ser sometidos por la ley a censura previa con el exclusivo objeto de regular el acceso a ellos para la protección moral de la infancia y la adolescencia, sin perjuicio de lo establecido en el inciso 2.
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.”

### III. PROBLEMA JURÍDICO

El artículo 4 de la Ley 1482 de 2011 es inconstitucional porque vulnera el principio de legalidad, así como la libertad de expresión consagrada en el artículo 20 de la Constitución Política de Colombia. El artículo de la ley dice que:

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

Claramente supone una restricción a la libertad de expresión por prohibir la comunicación de ideas que promuevan o instiguen el hostigamiento, pero por no ser una norma taxativa el nuevo tipo penal, tal como se observa en el texto de la ley, ha quedado indeterminado. Este defecto supone dos problemas: en primer lugar (1) viola el principio de legalidad pues no queda clara cuál es la conducta que debe ser sancionada. En segundo lugar (2) vulnera la libertad de expresión que queda a disposición de los jueces penales. Hoy no es posible responder a la pregunta de cuáles son las expresiones penalizadas, lo cual podría significar la prohibición de aquellas que resulten ofensivas o molestas, con las consecuentes penas de cárcel a quienes sean hallados culpables.

Hay que advertir La Corte ha reconocido que:

*“la libertad constitucional protege tanto las expresiones socialmente aceptadas como aquellas consideradas 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 tana;*"<sup>2</sup>

En el mismo sentido la Comisión Interamericana de Derecho Humanos ha advertido que:

*30. En principio, todas las formas de discurso están protegidas por el derecho a la libertad de expresión, independientemente de su contenido y de la mayor a menor aceptación social y estatal con la que cuenten. Esta presunción general de cobertura de toda discurso expresivo se explica por la obligación primaria de neutralidad del Estado ante los contenidos y, como consecuencia, por la necesidad de garantizar que, en principio, no existan personas, grupos, ideas o medios de expresión excluidos a priori del debate pública.*

*31. De particular importancia es la regla según la cual la libertad de expresión debe garantizarse no sólo en cuanto a la difusión de ideas e informaciones recibidas favorablemente o consideradas inofensivas o indiferentes, sino también en cuanto a las que ofenden, chocan, inquietan, resultan ingratas o perturban al Estado o a cualquier sector de la población. Así la exigen el pluralismo, la tolerancia y el espíritu de apertura, sin las cuales no existe una sociedad democrática. En este sentido, se ha señalado la especial importancia que tiene proteger la libertad de expresión "en lo que se refiere a las opiniones minoritarias, incluyendo aquéllas que ofenden, resultan chocantes o perturban a la mayoría"<sup>42</sup>; y se ha enfatizado que las restricciones a la libertad de expresión "no deben perpetuar los prejuicios ni fomentar la intolerancia"<sup>43</sup>. En igual orden de ideas, resulta claro que el deber de no interferir con el derecho de acceso a la información de todo tipo, se extiende a la circulación de información, ideas y expresiones que puedan o no contar con el beneplácito personal de quienes representan la autoridad estatal en un momento dado.<sup>3</sup>*

Hoy las expresiones divergentes o molestas podrían ser consideradas como incitación al hostigamiento sin que haya claridad en lo que esa palabra, en cuanto tipo penal, significa. Además, en los antecedentes de la ley tampoco se encuentra una definición clara del concepto de hostigamiento, como se concluye tras revisar la exposición de motivos del Proyecto de Ley 08 de 2010 Senado<sup>4</sup> -165 de 2010 Cámara-, y las ponencias presentadas en cada uno de los 4 debates que tuvo el proyecto para convertirse en ley de la República<sup>5</sup>.

El artículo que demandamos se dirige directamente a limitar la libertad de expresión, al punto de que, como se observa en el texto mismo de la norma, no se penalizan los actos de hostigamiento sino la promoción o instigación a cometerlos. Tampoco se penaliza el daño

<sup>2</sup> Sentencia C-442 de 2011 MP. Luis Guillermo Guerrero

<sup>3</sup> Puntos 30 y 31 del Marco Jurídico Interamericano sobre el Derecho a la Libertad de Expresión, aprobado por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos el 30 de diciembre de 2009.

<sup>4</sup> Gaceta 459 del 27 de Julio de 2010.

<sup>5</sup> Ponencia primer debate Senado: Gaceta 799 de del 22 de octubre de 2010. Ponencia segundo debate Senado: Gaceta 1047 del 7 de diciembre de 2010. Ponencia primer debate Cámara: Gaceta 406 del 10 de junio de 2011. Ponencia segunda debate Cámara: Gaceta 553 del 2 de agosto de 2011.

físico o moral causado por dichos actos, pues estos ya están tipificados en el Código Penal con sus respectivas sanciones.

En conclusión, la norma no definió en qué consiste “hostigar” porque prohíbe la instigación o promoción del hostigamiento, no el hostigamiento en sí mismo. Como consecuencia de esto, si se desconoce el significado preciso de lo que “hostigar” significa para el ordenamiento jurídico colombiano, la prohibición de su instigación o promoción –tal como lo señala el artículo demandado– resulta ser un tipo penal absolutamente abierto.

#### IV. CARGOS

Contra el artículo 4 de la ley 1482 de 2011 se presentan los siguientes cargos:

1. El artículo en mención viola el principio de estricta legalidad o taxatividad penal que se deriva del Artículo 29 de la Constitución Política de Colombia.

Para este cargo demostraremos que se trata de un tipo penal absolutamente abierto que viola el principio de legalidad y en este caso particular, por tratarse de una norma que restringe la libertad de expresión, viola el principio de estricta legalidad o taxatividad penal por lo cual la Corte debe declarar el artículo inexecutable.

2. El artículo también atenta contra la libertad de expresión 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.

Para este cargo demostraremos el concepto y delimitación de la libertad de expresión y como es violada a través de la censura previa por la indeterminación del término “hostigamiento” por lo cual Corte debe declarar el artículo inexecutable.

#### V. COSA JUZGADA CONSTITUCIONAL

Aunque la Corte Constitucional ha abordado anteriormente demandas contra la Ley 1482 de 2011, las sentencias proferidas no han presentado conclusiones sobre la afectación de la libertad de expresión. En este sentido, la Corte Constitucional ha exhibido dos sentencias relevantes frente a esta ley, la sentencia C-282 de 2013 y la sentencia C-671 de 2014.

En la primera el demandante hace alusión a vicios de forma y procedimiento, además de vicios materiales en donde se dedica meramente a enunciar los derechos fundamentales que, según él, son contrariados por la ley demandada. Por eso, en la sentencia que resolvió esa demanda, la Corte describe que:

*“(…) el escrito del actor carece de este señalamiento. Así, a lo largo de todo el texto se afirma que la ley es contraria a la objeción de conciencia, a la libertad de expresión y a la libertad religiosa, pero en ningún momento se detiene a señalar el contenido, el alcance y los límites de tales libertades, y la forma en que dicho contenido es negado o desconocido por la preceptiva legal demandada.” (Sentencia C-282 de 2013, 2013).*

Nosotros, a diferencia del anterior demandante, presentaremos argumentos claros sobre la vulneración de la libertad de expresión. Además, es importante recalcar que la honorable Corte resolvió en ese momento declararse inhibida para emitir decisión de fondo, por lo cual no resolvió el problema planteado en la presente demanda.

Por otro lado, en la Sentencia C-671 de 2014 (MP. Luis Guillermo Guerrero Pérez) la demanda se limita a responder a la deficiencia normativa que se origina en el carácter restrictivo de los tipos penales establecidos en dichas normas (artículos 3 y 4), en donde no se hace alusión a las personas con discapacidad. Asimismo, en este caso la honorable Corte decidió llevar a cabo una audiencia pública en donde los Doctores Eduardo Andrés Bertoni, Iván Garzón Vallejo y Álvaro Paúl Díaz, expusieron el conflicto entre no discriminación y respeto de las libertades públicas, especialmente la apreciación general de la Ley 1482 de 2011 a la luz de la libertad de expresión. Frente al abordaje de temas ajenos al caso exacto (la libertad de expresión), la sentencia concluye *“que el juicio de constitucionalidad se debió dirigir exclusivamente a determinar la existencia de la omisión legislativa alegado por el actor y la viabilidad de una sentencia de constitucionalidad condicionada que amplíe el alcance de los tipos penales atacados.”*

De esta manera, podemos ver cómo la demanda que acá presentamos no puede rechazarse bajo el argumento de tratarse de “cosa juzgada”, pues las sentencias previas, referidas a la ley en cuestión, no hacen alusión a ningún aspecto propio de esta demanda. Por eso, para demostrar la inconstitucionalidad del artículo 4 de la Ley 1482 de 2011, presentaremos primero el concepto y delimitación de la libertad de expresión como está en el ordenamiento jurídico colombiano, después mostraremos los problemas que supone que en este caso estemos ante un tipo penal abierto, posteriormente el choque de la interminación del tipo penal con el derecho internacional que hace parte del bloque de constitucionalidad, mostraremos también las complicaciones adicionales que existen por tratarse de una norma de derecho penal, y para terminar explicaremos por qué no puede equipararse la norma demandada a la “apología del odio”. Los dos cargos presentados – violación del principio de legalidad y vulneración de la libertad de expresión – serán fundamentados de manera articulada, pues ambos responden a problemas derivados de la indeterminación del tipo penal.

## VI. FUNDAMENTOS DE LA VIOLACIÓN

### PRIMER CARGO

El artículo en mención viola el principio de estricta legalidad o taxatividad penal que se deriva del Artículo 29 de la Constitución Política de Colombia.

### Principio de estricta legalidad y derecho penal como ultima ratio

La Convención, en el desarrollo del primer punto del test tripartito, se refiere a las normas penales y establece lo siguiente:

*"Cuanda se trata de limitaciones a la libertad de expresión impuestas por normas penales, la Corte Interamericana ha señalado que se deben satisfacer adicionalmente las exigencias propias del principio de estricta legalidad: "si la restricción o limitación proviene del derecho penal, es precisa observar los estrictos requerimientos característicos de la tipificación penal para satisfacer en este ámbito el principio de legalidad". Lo anterior se concreta en la necesidad de "utilizar términos estrictos y unívocos, que acaten claramente las conductas punibles", lo cual implica "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 na penales"*

Para entender lo que significa el principio de estricta legalidad, hay que remitirse a la Sentencia C-599 de 1999, que dice lo siguiente:

*"El principio de estricta legalidad o taxatividad tiene entonces dos implicaciones naturales: (i) la prohibición de la analogía in malam partem y (ii) la prscripción de los tipos penales ambiguos. En efecto, si se permite a se ordena al juez aplicar anológicamente un tipo penal, o si la descripción penal no es inequívoca sino ambigua, entonces el respeto al principio de legalidad es puramente formal, y pierde gran parte de su sentido garantista, pues los ciudadanos no sabrían con exactitud, y de manera previa, cuáles son las conductas prohibidas. La indeterminación de la ley, o la permisón de la analogía en perjuicio del procesada, tiene entonces como efecto que el funcionaria judicial deja de estar verdaderamente vinculado a la ley pues los jueces, con posterioridad a los hechos, son quienes definen en concreto cuáles son los delitos. Por ello esta Corporación había indicada que La Constitución prohíbe la vaguedad o ombigüedad de las normas penales. Na es pues casual que sean las Estados totalitarios, como el régimen nazi, quienes han recurrida a tipos penales ambiguos y han autarizado la aplicación analógica de los delitos y de las penas."*

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 ultima 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 penalmente 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 espectro de sanciones que el Estado está en capacidad jurídico de imponer, y entiende que la decisión de sancionar con una pena, que implica en su máxima drósticidad la pérdida de la libertad, es el recurso extrema al que puede acudir al Estado para reprimir un comportamiento que afecta los intereses sociales”<sup>6</sup>.*

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 ultima 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”<sup>7</sup>. Si bien la Corte ha dicho que “esto no acarrea indefectiblemente su inconstitucionalidad”<sup>8</sup>, 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 inconstitucionalidad 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<sup>9</sup>, 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

<sup>6</sup> Sentencia C-365 de 2012. MP. Jorge Pretelt Chajjub

<sup>7</sup> C-442 de 2011. MP. Humberto Sierra Porto.

<sup>8</sup> C-442 de 2011. MP. Humberto Sierra Porto.

<sup>9</sup> C-442 de 2011. MP. Humberto Sierra Porto.

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 1993, 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”<sup>10</sup>, 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 ya que, como advierte la misma Corte, una interpretación extensiva del tipo penal transgrede dicho principio<sup>11</sup>.

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.

## SEGUNDO CARGO

El artículo también atenta contra la libertad de expresión 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.

### Concepto y delimitación de la libertad de expresión

En lo que refiere a la libertad de expresión, el artículo 20 de la Carta (Constitución Política) dice que:

*“Se garantiza a todo persona la libertad de expresar y difundir su pensamiento y opiniones, la de informar y recibir información veraz e imparcial, y la de fundar medios masivos de comunicación. Estos son libres y tienen responsabilidad social. Se garantiza el derecho a la rectificación en condiciones de equidad. No habrá censura.”*

<sup>10</sup> C 127 de 1993 MP. Alejandro Martínez Caballero

<sup>11</sup> C-501 de 2014 MP. Luis Guillermo Guerrero

Así la Corte Constitucional, como garante de la supremacía de la Constitución, ha velado por la protección de este artículo en varias sentencias. Por ejemplo, en sentencia SU-1723 de 2000, describió que la libertad de expresión consiste en ser

*“la facultad que tienen todas las personas de comunicar sus concepciones e ideas sin temor a ser constreñidas por ella en manera alguna. Esta libertad constitucional no solo es un derecho de cada persona, sino que también debe ser entendida como un valor y principio sine qua non para la consolidación de la opinión pública libre, estrechamente ligada al pluralismo político característico de un Estado social y democrático de derecho”. (Posición reiterada en las sentencias SU-1723 de 2000, T-787 de 2004, T-391 de 2007 y T-714 de 2010, entre otras.)*

De igual manera, se ha dedicado a delimitar este artículo a través de las sentencias T-218 y T-219 de 2009, donde esta señaló que:

*“(…) el Artículo 20 de la Constitución, interpretado de conformidad con lo establecido en los tratados internacionales ratificados por Colombia, supone los siguientes contenidos: (i) la libertad de expresión, en estricto sentido; (ii) la libertad de información con sus componentes de libertad de búsqueda de información, libertad de informar y la libertad y derecho de recibir información; (iii) la libertad de prensa que incluye la de fundar medios masivos de comunicación y administrarlos sin injerencias; (iv) el derecho a la rectificación en condiciones de equidad; y (v) las prohibiciones de censura, pornografía infantil, instigación pública y directa al genocidio, propaganda de la guerra y apología del odio, la violencia y el delito.”*

#### **Censura previa e imprecisión del término “hostigamiento”**

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 2011 en donde se explica que:

*Apesar de la presunción de que toda forma de expresión está 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 cubre las categorías canónicas 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.*

Por el contrario, el artículo 4 de la ley 1482 de 2011, a través de la prohibición de promover o instigar, hace censura previa sin encontrarse en alguna de las cuatro causales que la justifican. Lo que hace es crear una nueva causal para silenciar discursos, ya que –por su indeterminación– no puede identificarse con alguna de las cuatro causales mencionadas.

Sobre tales aspectos la Corte se ha pronunciado a través de Sentencia T-110 de 2015 donde claramente determina que:

*“Los miembros de toda comunidad, con las salvedades que la propia Constitución consagra (por ejemplo, las instituciones que hacen parte de la Fuerza Pública), son deliberantes y gozan de plena libertad para exponer en pública sus concepciones y enfoques en torno a los temas que son de su interés, y por tanto, mientras la hagan sin violencia y dentro de las reglas jurídicas aplicables, y sin provocar daño a los otros –respecto de lo cual les serán exigibles responsabilidades posteriores–, forma parte de su derecho fundamental a expresarse con libertad la posibilidad de asumir pasiones críticas en las asuntos ajena del interés colectivo”.*

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 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.

### **La libertad de expresión en los tratados internacionales ratificados por Colombia**

Según lo previsto en el artículo 93 de la Constitución Política de Colombia:

*“Las tratados y convenios internacionales ratificados por el Congreso, que reconocen los derechos humanos y que prohíben su limitación en los estados de excepción, prevalecen en el orden interno. Los derechos y deberes consagrados en esta Carta, se interpretarán de conformidad con los tratados internacionales sobre derechos humanos ratificados por Colombia”.*

Por esta razón nos permitimos referirnos a los tratados internacionales ratificados por Colombia que desarrollan el derecho a la libertad de expresión, haciendo referencia expresa a sus limitaciones. Estos tratados, al ser vinculantes para Colombia, deben ser herramienta de interpretación de los principios constitucionales y, por lo tanto, una ley inferior como lo es la Ley 1482 de 2011, no podrá ir en contra de las disposiciones que establecen esos tratados por lo que debe ser declarada inexecutable.

En primer lugar, nos referimos al Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, que en el artículo 19 se refiere a la libertad de expresión y establece lo siguiente:

*" 1. Nadie podrá ser molestado a causa de sus opiniones. 2. Toda persona tiene derecho a la libertad de expresión; este derecho comprende la libertad de buscar, recibir y difundir informaciones e ideas de toda índole, sin consideración de fronteras, ya sea oralmente, por escrito o en forma impresa o artística, o por cualquier otro procedimiento de su elección. 3. El ejercicio del derecho previsto en el párrafo 2 de este artículo entraña deberes y responsabilidades especiales. Por consiguiente, puede estar sujeto a ciertas restricciones, que deberán, sin embargo, estar expresamente fijadas por la ley y ser necesarias para: a) Asegurar el respeto a los derechos o a la reputación de los demás; b) La protección de la seguridad nacional, el orden pública o la salud o la moral públicas."*

Según esto, las limitaciones que debe tener la libertad de expresión tienen que estar expresamente fijadas en la ley. Expreso, según la RAE (Real Academia Española, 2015), se debe entender como "claro, patente, especificado". La importancia de esto recae en que se quiere evitar que al momento de aplicar una ley como la 1482 de 2011 en su artículo 4, los jueces tengan una discrecionalidad demasiado amplia para tomar una decisión que puede resultar en un atentado contra la libertad de expresión. La apertura excesiva del tipo penal de hostigamiento incumple esa exigencia del mencionado Pacto.

Nos referimos entonces a la Observación General número 34 del Comité de Pacto, "el cual desempeña su función de interpretar el Pacto y de aclarar el alcance y significado de sus artículos, y, por consiguiente, de todas las obligaciones de los Estados Partes, mediante la elaboración y aprobación de las llamadas observaciones generales"<sup>12</sup>. Dicha observación general que establece lo siguiente:

*"A efectos del párrafo 3, para ser calificada de "ley", la norma debe estar formulada con precisión suficiente para que una persona pueda regular su comportamiento de conformidad con ella, y hacerse accesible al público. Las leyes no pueden conferir o las encargados de su aplicación una discrecionalidad sin trabos para restringir la libertad de expresión. Las leyes deben proporcionar suficientes orientaciones a los encargados de su ejecución para que puedan distinguir cuáles expresiones pueden restringirse correctamente y cuáles no."*

La libertad de expresión a la que se refiere el Pacto debe entenderse según las disposiciones de esta observación general y, por lo tanto, se debe tener en cuenta que el artículo 4 de la ley 1482 de 2011 no proporciona las orientaciones que permitan a la autoridad competente distinguir las expresiones que pueden restringirse y las que no. Además, el término "hostigamiento" 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.

<sup>12</sup> Folleto informativo N°15. DERECHOS CIVILES Y POLÍTICOS: EL COMITÉ DE DERECHOS HUMANOS. Publicado por la oficina del Alto Comisionado para los Derechos Humanos. <http://www.ohchr.org/Documents/Publications/FactSheet15Rev.1sp.pdf>

Por todos los motivos que se mencionaron, dejamos claro que el artículo 4 de la ley 1482 de 2011 atenta de manera directa contra el Pacto Internacional de los Derechos Civiles y Políticos, pacto que, al haber sido ratificado por Colombia, posee rango constitucional en lo que se refiere a Derechos Humanos y por ello el artículo es inconstitucional.

En segundo lugar, aplicando de la misma manera el artículo 93 de la Constitución Política, hacemos referencia a la libertad de expresión como está desarrollada en la Convención Americana sobre Derechos Humanos. En el artículo 13 establece lo siguiente:

*"1. Toda persona tiene derecho a la libertad de pensamiento y de expresión. Este derecho comprende la libertad de buscar, recibir y difundir informaciones e ideas de toda índole, sin consideración de fronteras, ya sea oralmente, por escrito o en forma impresa o artística, a por cualquier otro procedimiento de su elección. 2. El ejercicio del derecho previsto en el inciso precedente no puede estar sujeto a previa censura sino a responsabilidades ulteriores, las que deben estar expresamente fijadas por la ley y ser necesarias para asegurar:*

*a. el respeto a las derechos o a la reputación de los demás, a b. la protección de la seguridad nacional, el orden público o la salud o la moral públicas. 3. No se puede restringir el derecho de expresión por vías o medios indirectas, tales como el abuso de controles oficiales a particulares de papel para periódicos, de frecuencias radioeléctricas, o de enseres y aparatos usados en la difusión de información o por cualesquiera otras medias encominadas a impedir la comunicación y la circulación de ideas y opiniones. 4. Los espectáculos públicos pueden ser sometidos por la ley o censura previa con el exclusiva objeto de regular el acceso a ellos para la protección moral de la infancia y la adolescencia, sin perjuicio de lo establecido en el inciso 2. 5. Estará prohibido 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."*

El numeral quinto de ese artículo 13 contiene las limitaciones que reconoce la Convención para la libertad de expresión, sin hacer referencia alguna al "hostigamiento". Además, la Convención trae consigo un desarrollo posterior al que haremos referencia, se trata del Marco Jurídico Interamericano Sobre el Derecho a la Libertad de Expresión, de la Relatoría Especial para la Libertad de Expresión, aprobado por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos el 30 de diciembre de 2009. Dicho documento dispone lo siguiente:

*"Según ha sido interpretado por la jurisprudencia interamericana, el artículo 13.2 de la Convención Americana exige el cumplimiento de las siguientes tres condiciones básicas para que una limitación al derecho o la libertad de expresión sea admisible: (1) la limitación debe haber sido definida en forma precisa y clara a través de una ley formal y material, (2) la limitación debe estar orientado al logro de objetivos imperiosos autorizados por la Convención Americana, y (3) la limitación debe ser necesaria en una sociedad democrática para el logro de las fines imperiosos que se buscan; estrictamente proporcionada a la finalidad perseguida; e idóneo para lograr el objetivo imperioso que pretende lograr."*

Según lo que plantea el test tripartito que exige la Convención, en primer lugar, la ley debe estar definida de manera clara y precisa, tanto formal como materialmente. La ley 1482 de 2011, concretamente el artículo 4, no es claro y preciso cuando se refiere a “promover o instigar actos de hostigamiento” por las razones ya mencionadas, y, por este motivo, se opone integralmente a lo que dispone el Derecho Internacional de los Derechos Humanos. Con relación a este primer punto de la teoría tripartita la Convención dispone, además, lo siguiente:

*“Toda limitación a la libertad de expresión debe encontrarse establecida en forma previa y de manera expresa, taxativa, precisa y clara en una ley, tanto en el sentido formal como material. La anterior significa que el texto de la ley debe establecer en forma diáfana las causales de responsabilidad posterior a las que puede estar sujeta al ejercicio de la libertad de expresión. Las leyes que establecen las limitaciones a la libertad de expresión deben estar redactadas en las términos más claras y precisas posibles, ya que el marco legal debe proveer seguridad jurídica a las ciudadanas. 70. En este sentido, las normas legales vagas o ambiguas que por esta vía otorgan facultades discrecionales muy amplias a las autoridades son incompatibles con la Convención Americana, porque pueden sustentar potenciales actos de arbitrariedad que equivalgan a censura previa a que impongan responsabilidades desproporcionadas por la expresión de discursos protegidos. 71. Las normas vagas, ambiguas, amplias o abiertas, por su simple existencia, disuaden la emisión de informaciones y opiniones por miedo a sanciones, y pueden llevar a interpretaciones judiciales amplias que restringen indebidamente la libertad de expresión; de allí que el Estado deba precisar las conductas que pueden ser objeto de responsabilidad ulterior, para evitar que se afecte la libre expresión de inconformidades y protestas sobre la actuación de las autoridades.”*

Así mismo, la importancia de que este artículo acuda de manera inmediata al derecho penal, deja de lado el acudir en principio a las medidas menos restrictivas de la libertad de expresión para reparar un perjuicio, en palabras de la Corte Interamericana “derecho de rectificación o respuesta” consagrado en el artículo 14 de la Convención Americana. Si esto no es suficiente, subsidiariamente podría acudir a mecanismos de responsabilidad civil, pero en este artículo que esta demandado se recurre de inmediato a una pena restrictiva de la libertad: *“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.”*, violando así explícitamente la jurisprudencia de la Corte Interamericana.

En ese sentido, la Relatoría Especial para la Libertad de Expresión de la Comisión Interamericana, ha mostrado su preocupación por que en la región “persisten normas penales que continúan sin adecuarse a los estándares interamericanos en materia de protección de libertad de expresión y que permiten la imposición de medidas

desproporcionadas que pueden tener un efecto silenciador incompatible con una sociedad democrática”<sup>13</sup>

En definitiva, el artículo demandando no superaría el control de convencionalidad. Hay que recordar que este tipo de control podría ser ejercido eventualmente por la Corte Interamericana.

### Apología del odio

El inciso quinto del artículo 13 de la “Convención Americana Sobre Derechos Humanos” dispone lo siguiente:

*“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 a 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.”*

Esta disposición establece de manera clara una limitación a la libertad de expresión, sin embargo, es pertinente aclarar que por “apología del odio” no se debe entender cualquier tipo de incitación ofensiva o chocante, sino aquellas en las que se pueden prever con claridad acciones inminentes que causen daño a terceros.

Con base en esto, nos remitimos a lo que se dijo en el “Informe Sobre Terrorismo y Derechos Humanos” de 2002, que aclara y reconoce el alcance del inciso quinto, condicionando, de esta manera, su aplicación. El informe dispone lo siguiente:

*“El artículo 13 de la Convención Americana estipula claramente que “estará prohibido 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”. Sin embargo, las leyes que penalicen la defensa pública (apología) del terrorismo a personas que puedan haber cometido actos de terrorismo, sin un requisito adicional de que se demuestre el intento de incitar a la violencia y o cualquier otra acción ilegal similar y una posibilidad de éxito, son incompatibles con el derecho a la libertad de expresión.”*

Teniendo en cuenta el párrafo anterior, se debe entender que la aplicación del concepto de la “apología del odio” está restringido única y exclusivamente a una incitación a la violencia que sea clara y se pueda observar su posibilidad de éxito.

La Corte Constitucional en la Sentencia SU-626 de 2015 M.P (Mauricio González Cuervo) ha hecho aclaraciones similares en su jurisprudencia, especificando cómo un discurso encuadra en la categoría de “apología del odio”. Como primer criterio, tiene que

<sup>13</sup> Relatoría Especial para la Libertad de Expresión. Comunicado de prensa R44/15

evidenciarse “de manera inmediata e inequívoca, una aversión contra las personas por su nacionalidad, raza o religión, indicativa del deseo de causarles un daño”.

El segundo criterio necesario para determinar si un discurso se encuadra en esto es determinar si este “estimula, incita o persuade a los receptores de la expresión para el uso de la violencia en contra de las personas”. Y esa condición debe que tener componentes específicos como lo señala la Corte en la sentencia misma sentencia: “No basta que se trate de un riesgo abstracto o genérico. Debe ser, por el contrario, un riesgo concreto, claro y presente, de manera que se concluya que la exposición pueda erigirse, de no ser evitada, en la causa eficiente de actos de violencia subsiguientes”.

El tipo penal incorporado por el artículo 4 de la Ley 1482 de 2011 no puede equipararse a la “apología del odio”, pues no cumple con los requisitos constitucionales presentados en los párrafos anteriores. En primer lugar, no se refiere solamente a discursos que demuestran aversión a grupos por su nacionalidad, raza o religión, sino que se extiende a categorías como la “ideología política” lo cual, además, puede significar poner límites inaceptables al debate democrático.

En segundo lugar, el artículo habla de instigar actos “orientados a causarle daño físico o moral a una persona”, pero las características de las “apologías del odio” legítimamente restringidas no hablan simplemente de que en ese sentido se dirija el discurso, sino que debe darse un riesgo “claro, concreto y presente”, no abstracto, de que cause violencia. La posibilidad real de éxito de un discurso que incite con claridad a la violencia, es una condición que la norma no contempla para restringir la libertad de expresión, sólo considera la orientación del discurso por lo que no cumple con las exigencias del ordenamiento constitucional.

Esas consideraciones parten de aceptar que son distintos los márgenes que tienen las libertades de acción y expresión. Así lo reconoce John Stuart Mill (citado por la Corte Constitucional en referencia a la libertad de expresión en la Sentencia C-650 de 2003), quien tiene una famosa sentencia según la cual “la libertad del individuo debe tener el límite de que no perjudique a otros”<sup>14</sup>. Y para el caso de la libertad de expresión presenta un ejemplo muy elocuente: “La opinión de que los tratantes de grano matan de hambre a los pobres, o que la propiedad privada es un robo, no debe ser molestada mientras simplemente se difunda por medio de la prensa, pero puede incurrir en justo castigo si se profiere con deliberación a un multitud excitada que se encuentra reunida ante la casa de un tratante de grano, o se exhibe a esa misma multitud en forma de cartel”<sup>15</sup>. Es decir, la libertad de opinión debe ser protegida mientras su expresión no suponga un daño inminente a terceros.

<sup>14</sup> Mill, John Stuart, *Sobre la libertad*, Acantilado, Barcelona, 2013, p. 80.

<sup>15</sup> Mill, John Stuart, *Sobre la libertad*, Acantilado, Barcelona, 2013, p. 80.

La Ley 1482 de 2011 en su artículo 4 no reconoce la importancia de la inminencia del daño al momento de censurar un discurso. En Colombia ya se han visto casos en los de denuncias hechas ante la fiscalía con base en el artículo demandado, en las que los diferentes jueces penalistas que han abordado la materia no han podido establecer un *modus operandi* preciso y concreto de la norma por su indefinición. Por ejemplo, en Barranquilla se denunció un caso de “hostigamiento” supuestamente cometido por una comunidad cristiana que repartió entre sus fieles calcomanías para automóviles en las que se afirmaba que “el homosexualismo sí es pecado”. Según el abogado y activista German Rincón Perfetti esa expresión constituye hostigamiento y debe tener la correspondiente pena de cárcel<sup>16</sup>. Los límites a la libertad de expresión y la penalización se aplicarían sin que en el discurso pueda preverse con claridad consecuencias violentas que dañen a terceros.

Como lo reconoce el mismo Rincón Perfetti, el problema radica en que no existe claridad conceptual para abordar los casos denunciados lo cual ha derivado en la confusión de jueces y fiscales<sup>17</sup>. Las consecuencias podrían ser nefastas para la democracia si los jueces penales, amparados en el artículo demandado, impusieran restricciones a la libertad de expresión con penas privativas de la libertad, sin que existiera claridad en que los discursos censurados conducirían a la violencia. Una norma que abre esa posibilidad es claramente inconstitucional.

## VII. COMPETENCIA

La Corte Constitucional es competente para conocer de la presente acción de inconstitucionalidad, de acuerdo con el artículo 241 de la Constitución Política, numeral 4.

## VIII. PRETENSIONES

Con fundamento en los argumentos expuestos en esta demanda, solicitamos a la Corte Constitucional que declare la inexecutable del artículo 4 de la ley 1482 del 2011 porque viola los artículos 20 y 29 de la Constitución Política de Colombia, artículo 19 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y el artículo 13 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos.

## IX. NOTIFICACIONES

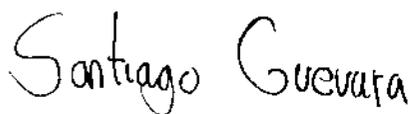
<sup>16</sup> Cuartas Rodríguez, Pitar. “El homosexualismo si es pecado”: el mensaje que promueve una iglesia en Barranquilla. En: El Espectador, sección Nacional, 16 de octubre de 2015. Tomado de: <http://www.elespectador.com/noticias/nacional/el-homosexualismo-si-pecado-el-mensaje-promueve-una-igl-articulo-593184>

<sup>17</sup> Redacción Judicial. *Tras promulgada la Ley Antidiscriminación, sólo cinco casos se han denunciado*. En: El Espectador, sección Judicial, 26 de febrero de 2013. Tomado de: <http://www.elespectador.com/noticias/judicial/tras-promulgada-ley-antidiscriminacion-solo-cinco-casos-articulo-407094>

Los accionantes recibirán notificaciones en el Edificio Altos Del Country Club Avenida 19 #131-40 Apartamento 602 Torre A en Bogotá D.C, teléfono 6271745.

De los Honorables Magistrados,

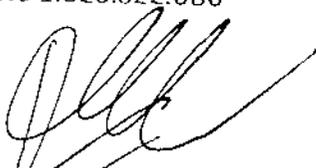
Atentamente



MIGUEL SANTIAGO GUEVARA ARAOS  
C.C No. 1.020.781.836



JULIÁN HERNANDO BARRAGÁN PEDRAZA  
C.C No 1.020.822.686



PEDRO DANIEL CONTRERAS JOROÁN  
C.C No. No. 1.020.828.603