

DISCRIMINACIÓN EN CONTENIDOS DISCURSIVOS

DALIA INÉS PARDO VARGAS

INVESTIGADOR

IVÁN GONZÁLEZ AMADO

DIRECTOR

UNIVERSIDAD EXTERNADO DE COLOMBIA

DERECHO

CIENCIAS PENALES Y CRIMINOLÓGICAS

BOGOTÁ

2019

Capítulo Introductorio

Epígrafe:

"Legal philosopher Edmond Cahn, speaking of the Illinois group defamation-law in an address at the Hebrew University of Jerusalem in 1962, pointed out that if the law were enforced as written, "The officials could begin by prosecuting anyone who distributed the Christian Gospels, because they contain many defamatory statements not only about Jews but also Christians; they show Christians falling Jesus in his hour of deepest tragedy. Then the officials could ban Greek literature for calling the rest of the world "barbarians". Roman authors would be suppressed because when they were not defaming the Gallic and Teutonic tribes they were disparaging the Italians. For obvious reasons, all Christian writers of the Middle Ages and quite a few modern ones could meet a similar fate. Even if an exceptional catholic should fail to mention the Jews, the officials would have to proceed against his works for what he said about the Protestants and, of course, the same would apply to the Protestant views on the subject of Catholics. Then there is Shakespeare who openly affronted the French, the Welsh, the Danes... Dozens of British writers from Sheridan and Dickens to Shaw and Joyce insulted the Irish. Finally, almost every worthwhile item of prose and poetry published by an American Negro would fall under the ban because it either whispered, spoke, or shouted, unkind statements about the group called "white". Literally applied, a group-libel law would live our bookshelves empty and us without desire to fill them." ¹

Existe una convicción profundamente marcada en la política criminal actual, es la creencia conforme a la cual si se elimina el prejuicio del discurso se eliminan también todas las formas de discriminación. Así, esta idea, que respalda la creencia de que sin prejuicio no hay discriminación, aboga por limitar el discurso mediante la sanción penal como instrumento de censura. De este modo, se introduce la categoría de *discurso de odio* o *hate speech* como conducta punible que busca desestimular sesgos perceptivos negativos en torno a determinados grupos poblacionales, por ejemplo, las personas con orientación sexual diferente, personas afrodescendientes o indígenas.

Esta tendencia a censurar el discurso a través del tipo penal de discriminación parece inofensiva y tal vez justificada por un fin superior, el de la inclusión, el del pluralismo. Pero, desemboca, necesariamente, en una persecución a la diferencia, en una persecución a quien piensa de modo divergente. Su impacto en derechos como la libertad de pensamiento, de opinión, y de expresión parece no dimensionarse. Son estos, precisamente, los derechos restringidos por cualquier modelo de Estado absolutista. Adicional a ello, el empleo de la responsabilidad penal individual para limitar estas libertades obliga a cuestionarse sobre la legitimación del estado para proceder en este sentido.

¹ "Defending My Enemy, American Nazis, The Skokie Case, and the Risks of Freedom", Aryeh Neier, Idebatepress, 1979, 2012, Página 152 a 153.

Cuestionamiento que no ha sido absuelto a la comunidad, al menos no con el fin de expresar la procedencia de la última ratio constitucional, la pena privativa de la libertad, como mecanismo de censura al discurso. El anterior análisis es necesario; toda vez que la armonía que pretende alcanzarse en el discurso, a través de una censura al mismo mediante una sanción penal ante expresiones prejuiciosas, en contra de minorías, por ejemplo, sólo es de posible realización a través de la lesión a otras libertades constitucionales y legítimas a su vez, como las de pensamiento, opinión o expresión.

Esta armonización del discurso parece más una idea romántica pues la sola libertad de credo, vista aisladamente, permite un discurso radical, totalizante y determinista hacia el otro. Hacia el laico, hacia el ateo, hacia el agnóstico, todos, símbolos de lo que “carece” de Dios. Parte de la libertad de credos admite un sesgo perceptivo de dicha índole, se permite distinguir entre quienes son divinos o infernales. Al prescindirse de estas categorizaciones, en las que sucumben los fanatismos religiosos, habría de prescindirse de la libertad de credos per sé. Muy parecido a lo que pretende negarse a la libertad de expresión categorizándola como discurso de odio. La opinión que disgusta, que es extrema, o que está fuera de la media, por no aceptar como víctimas a determinados colectivos señalados como tales por las antropologías del delito, no constituye opinión; sino una conducta discriminatoria con relevancia penal.

La opinión de cada quien debería respetarse independientemente de su contenido, prejuicioso o no. Aunque sea repugnante a los sentimientos más humanos; pues conceder la opinión sólo a quienes piensan de una manera o de otra anula la democracia, el pluralismo, y el derecho a la diferencia. Dicho de otra forma, la censura al discurso mal podría proporcionar coherencia a un sistema para el que la libertad de opinión, además de ser un derecho fundamental, es presupuesto elemental de su modelo democrático de Estado. Sin mencionar que, en términos constitucionales, el uso de la responsabilidad penal como mecanismo de censura al discurso es el caso más límite de todos. Asunto que evidencia la forma desproporcionada en la que quiere emplearse el poder punitivo del Estado. Pues es apenas evidente que otros mecanismos ayudarían también en la eliminación del prejuicio en contenidos discursivos sin desconocer en forma patente otras libertades constitucionales.

Es por ello que la actual campaña por la eliminación del prejuicio a través de la política criminal es más que preocupante. El hecho de que el Estado se conceda pensar que el derecho penal se encuentra legitimado para perseguir determinados contenidos discursivos transporta a la política criminal a las épocas de persecución a judíos, a negros, a izquierdosos. El hostigamiento punitivo a unos contenidos discursivos y otros no plantea, desde el principio, un problema de igualdad.

Allí donde la sanción penal pretende la inclusión a minorías y otros colectivos como el de las mujeres, obliga al funcionario público a preferir determinadas opiniones frente a otras. Esta política criminal auspicia la categorización entre opiniones protegidas por la libertad de expresión y opiniones etiquetadas como discriminación penalmente relevante a título de discurso de odio. Así, esta tendencia plasma de entrada que el derecho a la opinión no se predica de todos; vulnerando el principio de igualdad que pretendía proteger. Y, presupone

que una opinión, de acuerdo a su contenido discursivo, constituye una conducta penalmente relevante; aunque escape a los predicados del principio de lesividad. Tan fortalecido y aceptado hasta hoy como presupuesto necesario de responsabilidad penal individual.

Al margen del escenario penal este tipo de polémicas, la polémica frente al contenido de una opinión política, religiosa, o filosófica, ha sido estudiada por la doctrina constitucional. Incluso frente a casos verdaderamente extremos, que estremecen cada fibra de humanidad pero que, una vez más, confirman la importancia de que el derecho permanezca neutral frente a los contenidos y conceda a cada uno en igual medida el uso y goce de la libertad de expresión. Uno de estos casos emblemáticos sobre libertad de expresión en la doctrina constitucional lo explica Aryeh Neier en su libro “Defending my Enemy”.

Se trata de la polémica por un caso que le fue encomendado como miembro de ACLU o American Civil Liberties Union. El caso se presentó para 1977 en Skokie, Illinois, donde un grupo afiliado al dogma del supremacismo racial Nazi solicitó autorización a varios lugares públicos para adelantar una manifestación. El único lugar que respondió las cartas del grupo supremacista fue, paradójicamente, un sector judío, Skokie. La polémica comenzó con esta respuesta pues en ella se establecieron barreras administrativas para dilatar la autorización al desarrollo de la manifestación.

Frank Collin, líder del grupo supremacista y aspirante a la manifestación, acudió a ACLU para solicitar intervención de la justicia por considerar que Skokie restringía en forma inconstitucional su derecho a la libertad de expresión y su derecho a la libertad de asamblea al solicitarle una suma impagable como aseguramiento por daños en calidad de prerrequisito para llevar a cabo la marcha. Collin consideró que el monto establecido por aseguramiento de daños hizo materialmente inaccesible el derecho a manifestarse y a expresarse con sus demás copartidarios supremacistas en las zonas públicas del sector judío de Skokie Illinois. Ante un juez constitucional comenzó el debate sobre si debía restringirse o no la marcha o expresión pública de miembros del Partido Nacional Socialista de América, en uniformes Nazi y con swastikas visibles, al interior de un barrio judío. Todos estos símbolos fueron interpretados por los miembros de Skokie como una incitación a la violencia y como elementos de justificación para proceder a la censura de una manifestación o discurso públicos.

A esta misma conclusión ha llegado la interpretación constitucional ofrecida al tipo penal de discriminación. Se pretende, a través del tipo penal de discriminación, institucionalizar un sentido específico para determinadas palabras, para determinados conceptos, pese al contexto que acompañe su mención. Por ejemplo, paulatinamente el tipo penal de discriminación es empleado para silenciar el discurso frente a determinadas temáticas en torno a grupos raizales, étnicos, y otras minorías. Lo anterior, ya que, del hecho de referirse a ellos en términos de conveniencia dentro de un debate público y de acuerdo a una determinada óptica de lo público, se desprende, según los partidarios del tipo penal de discriminación, necesariamente, un ánimo discriminatorio que amerita la censura del discurso a través de la amenaza de responsabilidad penal señalada por el tipo penal de discriminación.

Esta situación es horizontal a otras referencias dentro del lenguaje y sus símbolos; como aquellas emitidas hacia las mujeres, las personas con identidad sexual diferente, incluso identidades políticas o religiosas. En estos eventos, basta con referirse a un miembro del grupo para considerar la discriminación en el discurso extensible frente al colectivo en pleno. Esta tendencia pretende reducir el significado de las palabras a su versión más polarizante, totalizante y radical e institucionalizarla descartando el valor del respeto a la opinión divergente². Así, pierde de vista que las opiniones no deben ser juzgadas por sus contenidos desde el derecho penal, sino que deben concederse al individuo como tales, sin pretender definir su carácter a través de ellas. Un sistema democrático debe garantizar el derecho a la opinión de sus miembros sin derivar de allí su peligrosidad; so pena de extinguir el derecho a la libertad de expresión en su totalidad.

La relevancia otorgada al significado determinista y determinante de las palabras, por oposición a su prudente interpretación; viable a cualquier individuo con ordinarias capacidades cognitivas; ha derivado en que, en torno al concepto de discurso de odio, la Corte Constitucional estructure un nuevo tipo de dolo en materia penal. Ya no un dolo por el resultado lesivo, sino un dolo por las palabras; la responsabilidad penal individual por hate speech o discurso de odio a título de discriminación. Esto implica, nuevamente, no un derecho penal del hecho sino un derecho penal de autor, donde se escudriña sobre el carácter del otro, y sus calidades personales.

Inclinaciones que cualquiera denominaría opinión, como el hecho de apreciar las distintas orientaciones sexuales con respeto o no, desde un ámbito discursivo; pasan a ser materia relevante para el derecho penal a través del tipo penal de discriminación. Cegros tan propios, por ejemplo, de la identidad de comunidades religiosas, tan inclinadas a la categoría del pecado, sólo por mencionar un aspecto, podrían ser relevantes para el derecho penal bajo la categoría de discurso de odio. Aunque el debate sobre la marcha de supremacistas raciales en Skokie no permeó aspectos punitivos, el debate constitucional planteado por este caso emblemático habrá de colaborar en recalculando la postura de la Corte Constitucional, conforme a la cual el discurso de odio constituye un medio para probar una conducta discriminatoria penalmente relevante. De esta forma, la Corte Constitucional coadyuva en la posibilidad de censura al discurso a través de la responsabilidad penal por discriminación.

La relevancia ofrecida a los símbolos, al uniforme nazi y a la swastika, desembocó en más litigio. Skokie, completamente inconsciente del hecho de que este grupo no tendría respaldo, que por el contrario sería abucheado, incursionó en una repentina iniciativa de regulación que aumentó el miedo en torno a la iniciativa de un grupo supremacista Nazi de expresarse públicamente. El sector de Skokie pasó de autorizar o no una marcha a presuponer

² “Jewish vulnerability is not a problem for Jews alone. History demonstrates that anti-Jewish prejudice spills over and victimizes others. The Spanish Inquisition burned Christian dissidents along with Jews at the stake. Gypsies, Poles and other “inferior” people also died in the Nazi concentration camps. So did mental defectives and homosexuals. The Nazi organizations in the United States are as violently anti-black as they are anti-Jewish.” “Defending My Enemy, American Nazis, The Skokie Case, and the Risks of Freedom”, Aryeh Neier, Idebatepress, 1979, 2012, Página 45.

cualquier asomo de expresión como antisemita máxime si consistía de una manifestación en sus predios. De ese modo, emitió tres ordenanzas para evitarlo a toda costa:

- ✓ Ordenanza 994: Exigía un aviso previo de un mes mínimo para el visto bueno a cualquier manifestación y confirmaba el monto de aseguramiento que suscitó el primer litigio por derecho a la libertad de expresión y de asamblea. Además, ofrecía al administrador la competencia para evaluar la procedencia del permiso de manifestación según la conducta de la asamblea pública. Lo anterior, examinando que no existiera ánimo criminal, depravación, falta de virtud, odio, incitación a la violencia, abuso u hostilidad a una persona o grupo de personas por referencia a su afiliación religiosa, racial, étnica, nacional o regional.
- ✓ Ordenanza 995: Convirtió en crimen cualquier material que promoviera o incitara el odio contra personas por razón de su raza, origen, nacionalidad o religión. La ordenanza prescribía el uso de marcas y vestimenta con significación simbólica (por ejemplo la swastika).
- ✓ Ordenanza 996: Convirtió en crimen cualquier marcha o demostración pública como miembro o a favor de cualquier partido político utilizando uniformes de estilo militar (como el uniforme Nazi).

Así, a falta de uno, el miedo³ a que se presentara un segundo holocausto provocó un segundo caso; una demanda ante la Corte Federal para invalidar las tres ordenanzas por violar la primera enmienda, la libertad de expresión.⁴ El desarrollo de ambos casos dio a los supremacistas más publicidad de la que una persona de moral media hubiera querido. Les otorgó el rol de víctimas y lo publicitaron a conformidad. El desarrollo de ambos casos dio a los supremacistas raciales más publicidad de la que una persona de una moral media hubiese querido. Les otorgó el rol de víctimas al no ser ‘escuchadas’ y lo publicitaron a conformidad, ya que todos los medios les concedieron protagonismo.

De esta forma, un par de uniformes con una swastika han ofrecido un significado, aunque meramente simbólico, determinante en la comunidad. El uso de los uniformes y la marcha

³ “On July 12, 1977, the Illinois Appellate Court modified the injunction. The Nazi march could take place, the appellate court said, but without display of the swastika: “The swastika is a symbol [which] is inherently likely to provoke violent reaction among those of the Jewish persuasion or ancestry when intentionally brought in close proximity to their homes and places of worship. The swastika is a personal affront to every member of the Jewish faith, in remembering the nearly consummated genocide of their people committed within memory by those who used the swastika as their symbol. This is especially true for the thousands of Skokie residents who personally survived the Holocaust of the Third Reich. They remember all too well the brutal destruction of their families and communities by those wearing the swastika. So, too, the thousands of Skokie’s Jewish residents must feel gross revulsion for the swastika and would immediately respond to the personally abusive epithets slung their way in the form of the defendant’s chosen symbol, the swastika.” “Defending My Enemy, American Nazis, The Skokie Case, and the Risks of Freedom”, Aryeh Neier, Idebatepress,1979, 2012, Página 60.

⁴ “I could not bring myself to advocate freedom of speech in Skokie if I did not believe that the chances are best for preventing a repetition of the Holocaust in a society where every incursion on freedom is resisted. Freedom has its risks. Suppression of freedom, I believe, is a sure prescription for disaster.” “Defending My Enemy, American Nazis, The Skokie Case, and the Risks of Freedom”, Aryeh Neier, Idebatepress,1979, 2012, Prologue, Página 7.

del grupo implicaba, necesariamente, un regreso del holocausto.⁵ Un escenario parecido a los efectos del miedo que, de acuerdo a la sensibilidad sensorial de cada quien, puede lograr amplificar una amenaza determinada por una anticipación desbordada de su consecuencia o, por un incremento supuesto de su margen de riesgo real.

De esta forma, se hace necesario recordar el valor de determinados símbolos, como aquellos que emplea el lenguaje con el fin de expresar determinadas ideas o de emitir un mensaje. La emisión de enunciados discursivos sobre negros, blancos, mujeres, u homosexuales no debería en todo momento suscitar nuevos escenarios discriminatorios, menos aún, su relevancia penal.⁶ El valor de todos los símbolos lingüísticos debería invocar la neutralidad del derecho, para comprender que las palabras son palabras y que el derecho a expresarlas hace parte de las victorias constitucionales adscritas al ejercicio jurídico.

Las palabras son siempre dignas de interpretación, por oposición al supuesto valor determinístico y determinante que los seguidores de las antropologías del delito les pretenden atribuir. Las palabras no adquieren valor en sí mismas, los símbolos tampoco, cada quien se lo ofrece. Por ello es indispensable estar abierto a la opinión, pero también al debate. Y es que, en todo caso, la riqueza de determinados símbolos, entre ellos las palabras, está adscrita a una utilidad práctica, son una forma inmediata de expresión. Y es esta inmediatez la que venera, la que enaltece, el contexto en que se emite el mensaje. Un ámbito circunstancial, que, bajo ningún motivo, podría definir al individuo en forma totalizante, ni a quien lo emite ni a quien lo interpreta. Es cierto que un tatuaje de una swastika provoca cierta atención negativa, pero afirmar que esa persona es, por ejemplo, propensa a conducta antisocial por el solo hecho de portarlo parece más ingenuo que razonable. Incluso considerando las múltiples ocasiones en que una persona promedio supera sus afiliaciones políticas en torno a otras empresas; pues es claro que la visión ética y política de los ciudadanos no es estática.

⁵ “The march of the defendants on May 1, 1977, is a deliberate and willful attempt to exacerbate the sensitivities of the Jewish population in Skokie and to incite racial and religious hatred. Said march, if not restrained by Order of this Court, constitutes a grave and serious threat to the peace of the citizens of this village of Skokie and the circumstances alleged above, the public display of the swastika in connection with the proposed activities of the defendant, National Socialist Party of America, constitutes a symbolic assault against large numbers of the residents of the Plaintiff village and an incitation to violence and retaliation.” “Defending My Enemy, American Nazis, The Skokie Case, and the Risks of Freedom”, Aryeh Neier, Idebatepress,1979, 2012, página 53.

⁶ “I want to appeal to the world’s sense of justice. I want restraints which prohibit those in power from interfering from my right to speak, my right to publish, or my right to gather with others who also feel threatened. Those in power must not be allowed to prevent us from assembling and joining our voices together so we can speak louder and make sure that we are heard. To defend myself, I must restrain power with freedom, even if the temporary beneficiaries are the enemies of freedom.” “Defending My Enemy, American Nazis, The Skokie Case, and the Risks of Freedom”, Aryeh Neier, Idebatepress,1979, 2012, Prologue, Página 9.

En Colombia se está en condiciones de comprender al pueblo judío de Skokie pues las víctimas del conflicto han sido persuadidas a considerar la relevancia de adoptar nuevos significados para determinados símbolos. Ello no implica que se trate de un ejercicio fácil, pues las víctimas deberán coexistir con su victimario, al menos en términos discursivos. Pero es de admitir que lo contrario desembocaría en más violencia. Un ejemplo de ello lo compone admitir que las siglas FARC podrían adquirir otra connotación para la comunidad colombiana, derivada de un proceso de paz y reconciliación. Un ejercicio que debería estar abierto a cualquier expresión lingüística; con el fin de admitir que lo que representan aquellos símbolos que llamamos lenguaje son ideas, opiniones, interpretaciones.

Por oposición a inmortalizar la significación adquirida por una tendencia al determinismo histórico, donde un evento trágico anula cualquier otra acepción de las palabras o los símbolos. Un evento como la violencia en Colombia o como el propio holocausto, determina el significado de las siglas FARC o del símbolo swastika. Pero justamente en pro de la convivencia debe aplaudirse su posible resignificación. El caso Skokie demuestra que un evento histórico no puede repetirse sólo discursivamente, como lo asumieron en su momento los aterrorizados habitantes de Skokie. De hecho, la marcha derivó en tres procesos judiciales, uno inicial por impedimento a la libertad de expresión y de asamblea, uno segundo por *'menticide'*, una especie de daño moral, y otro por la limitación inconstitucional a la primera enmienda a través de las ordenanzas. La neutralidad demostrada por la Corte Suprema de Illinois frente a los contenidos del discurso en el primer caso marcó la conclusión de los otros dos. La Corte subsumió el contenido de la marcha en una iniciativa política que trataba de ofrecer respuestas a materias de interés público y respecto de las cuales cualquier americano tendría derecho a opinar. Por lo tanto, la censura a la marcha era manifiestamente inconstitucional. Así se pronunció la Corte Suprema de Illinois en enero 27 de 1978:

“The Illinois Supreme Court decided the case on January 27, 1978, in a ringing victory for the free speech side. The march could not be prohibited, the Court said, nor could the Nazis be prohibited from wearing the swastika emblem on their uniforms. The court went on: “The display of the swastika as offensive to the principles of a free nation or the memories it recalls may be, is **symbolic political speech** intended to convey to the public the beliefs of those who display it. It does not, in our opinion, fall within the doctrine of “fighting words”, is nevertheless so offensive and peace threatening to the public that its display can be enjoined. We do not doubt that the sight of this symbol is abhorrent to the Jewish citizens of Skokie, and that the survivors of the Nazi persecutions, tormented by their recollections, may have strong feelings regarding it’s display. Yet it is entirely clear that this factor does not justify enjoining defendants’ [the Nazis] speech.”⁷ (Negrilla fuera de texto.)

⁷ “Defending My Enemy, American Nazis, The Skokie Case, and the Risks of Freedom”, Aryeh Neier, Idebatepress, 1979, 2012, Página 63.

De ésta forma, la Corte dejó claro que marchar y expresarse en pro de una visión política, correcta o no, constituye un derecho amparado constitucionalmente. Como se encuentran también amparadas las reacciones del público, sus opiniones y lo que expresen en torno a dicha visión política. Este tipo de neutralidad en el derecho permite la efectiva coherencia entre los derechos constitucionales y su ejercicio; amparado por la distancia y separación que sus concesiones imponen al derecho penal. Al mes siguiente, el juez Bernard M. Decker de la Corte Federal para el Distrito Norte de Illinois emitió un fallo donde declaró inconstitucionales las tres ordenanzas emitidas por Skokie. Lo siguiente es parte de lo que estableció en su decisión:

“Finally, Judge Decker considered Skokie village Ordinance 996, which provided that marches, walks, or demonstrations on behalf of political parties could not take place in military style uniforms. The only reasons for this ordinance offered by Skokie, judge Decker noted, were that the wearing of military style uniforms was “repugnant” both to the “tradition of civilian control government” and to the “standards of morality and decency of the village of Skokie”. The justifications, said judge Decker, are “patently insufficient... The first Amendment embraces the freedom to advocate even that the government ought to be violently overthrown, let alone that it ought not to be controlled by civilians. Thus the banning of a symbol which is repugnant to a ‘tradition’ which all Americans are free to reject and openly criticize is clearly unconstitutional.” As for the morality and decency, judge Decker saw this as an attempt to subject political speech to the “community standards” criteria that the Court had employed in considering sexual materials. This approach, said Judge Decker, was impermissible. **The uniforms are a form of political speech. The Supreme Court, he pointed out, had made it clear that political speech need not meet standards or acceptability.** (Negrilla fuera de texto.)

Judge Decker said he was “acutely aware of the very grave dangers posed by public dissemination of doctrines of racial and religious hatred.”

“In this case, a small group of zealots, openly professing to be the followers of Nazism, have succeeded in exacerbating the emotions of a large segment of the citizens of the Village of Skokie who are bitterly opposed to their views and revolted by the prospect of their public appearance.

When feelings and tensions are at their highest peak, it is a temptation to reach for the exception of the rule announced by Mr. Justice Holmes, “If there is any principle of the Constitution that more imperatively calls for attachment than any other it is the principle of free thought -not free thought of those who agree with us but freedom for the thought we hate.

Freedom of thought carries with it the freedom to speak and to publicly assemble to express one’s thoughts.

The long list of cases reviewed in this opinion agrees that when a choice must be made, it is better to allow those who preach racial hate to expend their venom in rhetoric rather than to be panicked into embarking on the dangerous course of the

government to decide what its citizens must say and hear.”⁸
(Negrilla fuera de texto.)

Ciertamente, la intención de este documento es dejar establecida la absoluta necesidad de que el derecho permanezca neutral frente a los contenidos del discurso, de las opiniones o del pensamiento. Ya que me encuentro plenamente convencida de que, como lo estableció el juez Decker, es mejor que grupos extremistas plasmen sus deseos en retórica que permita identificarlos, que en actos lesivos concretos. Así como entender que lo peor que puede ocurrir en pro de la paz y la reconciliación en comunidades plagadas de retos humanos es que estas personas se auto promulguen “víctimas del sistema” por no ser “escuchadas”. Ya que de esta forma consiguen hacer de lado las verdaderas víctimas de delitos y vejámenes contra la humanidad, para constituirse frente al Estado como víctimas ellas mismas.

Situación que no hace más que ofrecerles un camuflaje para evadir la sanción social frente a sus oscuras políticas; que en todo caso es mejor evidenciar a través del discurso a que se mantengan soterradas. La referida sanción social fue la reacción adecuada expresada por la comunidad frente a la marcha supremacista, que tuvo que retirarse frente a 3000 espectadores, con sólo 43 uniformados Nazi. A quienes les tiraron bolas de nieve, piedras y botellas de gaseosa. Gracias a esta sanción social este grupo y su blancura pudo ser ridiculizado y el miedo mitigado y anulado de la atmósfera de la comunidad.⁹

⁸ “Defending My Enemy, American Nazis, The Skokie Case, and the Risks of Freedom”, Aryeh Neier, Idebatepress, 1979, 2012, Página 65 a 66.

⁹ “Bonnie Pechter, who had replaced Rabbi Meier Kahane as the national director of the Jewish Defense League was one of the spectators. She said that 103 JDL members were dispersed throughout the crowd. Twenty red helmeted members of the Black and White Defense Committee, a Chicago group, were there also. Some spectators threw snowballs, stones, and soda bottles as the Nazis shielded themselves with their “white power” placards. Six spectators were arrested, one for arriving on the scene with a loaded rifle in an unlocked case. No one was injured. The Nazis gave up their plans for a rally at the conclusion of the ride. Fearful for their own safety, they agreed to transfer to a police bus and stayed sequestered in a police precinct for several hours while someone went to retrieve their civilian clothes. The Nazis changed out of their uniforms at the police station and left quietly. Plans to reassemble at their office were cancelled. They were afraid of an attack. They did manage to rent a hotel room at an undisclosed location, where a few of the Nazis completed their convention. “We have completed our business,” Collin announced, “where we did it makes no difference.” The St. Louis episode was a setback for Frank Collin. He seemed disappointed by the small number of Nazis that had turned up for a national convention. And although the police had provided them with ample protection, the Nazis had been ignominiously routed in a neighborhood where they expected support. They had looked foolish, not menacing.”

Introducción al Caso de Discriminación Estructural de Sergio Urrego.

Este documento constituye un acercamiento a las dificultades que se presentan en la práctica, y en la condición humana, si los casos de discriminación estructural son tratados desde la política criminal y no como un conflicto entre derechos fundamentales y, por lo tanto, susceptible de ponderación. De esta forma, y con el interés de definir la discriminación estructural se pretende analizar el caso de acoso escolar afrontado por Sergio Urrego y su familia.

Acercamiento a los hechos:

El caso de Sergio fue tratado por varios costados del sistema judicial. La problemática inició por la amonestación que Sergio recibiera de parte de su Colegio en la medida en que a su compañera de clase le descubrieron una foto de celular en la que Sergio aparecía dándose un beso con otro compañero.

Motivados en la fotografía el Colegio puso en marcha un proceso disciplinario en contra del alumno por considerar que Sergio había incurrido en una de las prohibiciones señaladas por el Manual de Convivencia:

“Artículo 6.2.1.2.13. Faltas Graves. Las manifestaciones de amor obscenas, grotescas o vulgares en las relaciones de pareja (de forma exagerada) y reiterativa (sic) dentro y fuera de nuestra institución o portando el uniforme del mismo, estas relaciones (sic) de pareja deben ser autorizadas y de pleno conocimiento de los padres, en este caso, nuestro colegio se exime de toda responsabilidad a ese respecto”¹⁰.

Lo dispuesto por el Colegio vino acompañado de toda suerte de rutas institucionales que poco a poco magnificaron la situación. Un suceso que pudo ser percibido como ordinario en cualquier joven, como el hecho de enamorarse, por ejemplo, pasó a tener implicaciones de orden familiar mucho más indeseables. Paralelo al proceso disciplinario Sergio fue obligado a “explicar” su relación sentimental ante la sicóloga del colegio, fue suspendido de clases, y la institución académica interpuso una queja ante una comisaría de familia donde afirmó que la madre de Sergio incurría en abandono de hogar. A medida que el conflicto aumentaba en complejidad el Colegio ya no hablaba de una muestra de afecto sancionada por el Manual de Convivencia sino de un posible caso de abuso sexual; discurso que fue utilizado por los padres del compañero sentimental de Sergio para denunciarlo, efectivamente, por abuso sexual. Esta situación de desmedido escrutinio a la intimidad de Sergio culminó con su decisión de quitarse la vida el día 4 de Agosto de 2014.

A pesar de esta situación, las continuas displicencias y desprecio en torno a las decisiones de Sergio continuaron post mortem, y de tal manera, que obligaron a la madre de Sergio a interponer una acción de tutela para favorecer el derecho al buen nombre y a la intimidad de su hijo fallecido. La madre apoyó la acción de tutela también en la inactividad de las instituciones involucradas, que, a la larga, fallaron en restablecer los derechos del menor. Particularmente la Fiscalía en lo relativo a la demanda por abuso sexual, y la Secretaría de Educación de Cundinamarca, institución a la que acudió la madre de Sergio para informar que su hijo era discriminado en razón a su orientación sexual.

El hecho de que la familia de Sergio observó la discriminación a su hijo tanto en vida como en su ausencia se explica por cuanto el fenómeno discriminatorio de que fuera víctima

¹⁰ Sentencia de Revisión de Tutela T-478 de 2015, Magistrada Ponente: Gloria Stella Ortiz Delgado.

responde a uno de carácter estructural. Es decir, aquel donde los criterios discriminatorios aparecen normalizados, o no son mal vistos. Por cuanto responden, en muchas oportunidades a formas de organización social, mayoritariamente aceptadas y que, en últimas, impiden que este tipo de casos sean visibilizados para ser corregidos. Algunas de las evidencias en torno a la discriminación de carácter estructural que afectó a Sergio se presentaron al interior de la institución educativa; pero otras, respondieron a la labor de la rama judicial, donde la acción de tutela interpuesta por la madre de Sergio fue ignorada hasta tanto fue surtido el trámite de revisión ante la Corte Constitucional.

Al interior del plantel educativo llama particularmente la atención el manejo ofrecido a lo reglado por el Manual de Convivencia. En concreto, la norma del manual de convivencia, antes expuesta, y que señala como falta grave las demostraciones de afecto entre estudiantes, concedió la ridiculización a la vida privada de Sergio por parte del plantel educativo y de sus compañeros. Así, ¿qué manifestación de afecto debe considerarse obscena, grosera o vulgar? Tal vez un beso no habría sido suficiente para escandalizar a los docentes, pero pareciera que un beso entre dos caballeros fue suficiente para invocar el despliegue institucional antes esbozado. La organización académica ofreció relevancia a una foto archivada en un celular de uso particular como una manifestación de afecto obscena, grotesca o vulgar. Entre los profesores ninguno pareció notar un contenido discriminatorio. Toda vez que la norma justificaba la reacción institucional todos propiciaron el devenir del caso. Incluso la sicóloga, actualmente investigada por el tipo penal de discriminación pareció no considerar la reacción institucional como una intromisión ilegítima en la intimidad de Sergio, todo lo contrario, participó en la idea institucional de que Sergio requería orientación por su comportamiento afectivo.

En todo caso lo poco “convencional” (para muchos) de la demostración de afecto al interior del colegio normalizó la concepción ética de que un beso entre dos jóvenes constituye, no sólo una falta grave, sino un “mal ejemplo”. Piénsese, por ejemplo, en el hecho de que las comunidades homosexuales han sido históricamente perseguidas y discriminadas, ya por un discurso religioso o simplemente patriarcal, ya por considerar que no son normales o albergan un tipo de ‘patología’ de la cual pueden decidir ‘curarse’. Esta serie de creencias componen concepciones culturales que constituyen uno de los elementos que hacen parte de la discriminación estructural: un contexto histórico donde la discriminación ejercida a través de las distintas relaciones de poder y en contra de determinados grupos se normalizó al punto de que estos esmeros normativos constituyen más bien demostraciones soterradas de discriminación.

Tales como un proceso disciplinario al interior del colegio, una queja ante una comisaría de familia, y un proceso penal por abuso sexual, so pena de cumplir un “reglamento determinado”, como ocurrió en el caso de Sergio; aparecen en el inconsciente colectivo como normalizadas. En otras palabras, determinados estereotipos sociales aparecen como aceptables y ‘funcionan’ a nivel institucional sin ningún tipo de reparo. El artículo “El concepto de ‘Discriminación Estructural’ y su incorporación al Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos” expresa lo siguiente sobre este fenómeno:

“Siguiendo a Rebecca Cook y Simone Cusack un estereotipo puede ser entendido como “una visión generalizada o una preconcepción sobre los atributos o características de los

miembros de un grupo en particular o sobre los roles que tales miembros deben cumplir”¹¹.

De esta forma, y de acuerdo a la perturbación que causó al interior de la institución educativa el beso registrado en una fotografía entre dos jóvenes hombres, puede deducirse que las demostraciones de afecto entre estudiantes con orientación sexual diferente, en la práctica, no son dignas de expresión. Ya que son vulgares, obscenas o groseras, de acuerdo a la categorización empleada por el manual de convivencia y las subsunciones realizadas por las autoridades educativas en el caso de Sergio.

Para verificar la anterior hipótesis sería necesario un contexto en el que se desplegara la contundencia de dicho estereotipo y las desmedidas respuestas institucionales lo ofrecen: un discurso relativo a abuso sexual por oposición a una relación de pareja entre dos alumnos, el abandono de hogar por oposición al concepto de una familia no convencional y la correspondiente suspensión de clases a Sergio por oposición a su derecho a la educación demuestran la “perturbación” que generó la demostración de su sexualidad y otras cualidades al interior de la Institución.

Perturbación que expone más la manifestación de determinados estereotipos asumidos por el plantel que sobre la mala conducta endilgada a Sergio. En todo caso el hecho de que la discriminación halla continuado postmortem con la acompañada inactividad de otras instituciones, como se verá más adelante, confirma lo estructural de la discriminación y lo equivocado de pretender contener el fenómeno discriminatorio a través de la responsabilidad penal. Pues, para este caso la investigación penal por discriminación no contribuyó a que cesara el fenómeno discriminatorio, como lo demostró la perpetuación de la discriminación postmortem, que precisamente obligó a la madre de Sergio a interponer la tutela analizada por la Corte.

El fallo de revisión de tutela (T-478/2015) con el cual se pretende analizar el concepto de discriminación estructural en este documento, se fundamenta en una acción de tutela interpuesta por la madre de Sergio donde solicitó que se tutelara el derecho al buen nombre y el derecho a la intimidad de su difunto hijo toda vez que la institución educativa continuó realizando afirmaciones peyorativas sobre el menor al interior del plantel, en las que cuestionaba no sólo su vida privada, sino su responsabilidad institucional en el curso de los hechos, dando instrucciones a los alumnos para que no se refirieran al tema. Una estudiante en un email enviado a la Unión Libertaria Estudiantil afirmó lo siguiente:

“En el mismo, la estudiante denunció que la rectora de la institución *“sigue afirmando (que Sergio) era un manipulador y que su inclinación política de izquierda, exactamente sobre su anarco-comunismo, fue lo que hizo que tomara esa decisión, que lo nico (sic) que hacía eran actos de narcisismo, que al publicar imágenes anarquistas, feministas, desnudos, etc., (sic) lo que hace era daar (sic) pensamiento de los dems (sic),*

¹¹ “El Concepto de Discriminación Estructural y su Incorporación al Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos”, Liliana María Salomé Resurrección, https://c-archivo.uc3m.es/bitstream/handle/10016/24956/TFM_MEADH_Liliana_Salome_2017.pdf?sequence=1&isAllowed=y

*prácticamente hicieron entender a los estudiantes de grado Dcimo (sic) que la muerte de Sergio fue un beneficio para la sociedad y que ellos para NADA (sic) tienen la culpa, porque cuando sucedió el hecho Sergio ya estaba retirado de la institución”.*¹²

De esta forma la madre de Sergio le apuntó a demostrar por qué era necesario reivindicar el buen nombre de su hijo en forma póstuma. En el curso del proceso de revisión de tutela el abogado del plantel educativo logró ilustrar a la Corte con los múltiples sesgos perceptivos con los que era evaluado el alumno y por los que desde luego era necesaria su intervención en la materia:

*“Sobre su vinculación a un grupo anarquista “tuvo efectos negativos en su vida personal, social y la convivencia escolar evidenciados en su oposición a las normas rechazo a la institucionalidad educativa, su actitud irrespetuosa con las directivas, algunos docentes y compañeros, y los continuos actos eróticos sexuales con su compañero de curso Horacio que fueron observados por estudiantes de Primaria y Bachillerato, pues para ellos no existía restricción alguna en ejercicio del concepto de libertad absoluta”.*¹³

Al momento de la defensa técnica a la institución educativa el abogado demuestra que, de una fotografía por un beso entre dos adolescentes, se desprende un análisis pretensioso sobre el carácter y la personalidad de Sergio. Categorizaciones que, en todo caso, la Corte no encontró demostradas durante el proceso; pues sobre sus problemas de autoridad sólo se mencionan dos reclamos particulares de Sergio hacia la institución. El primero, el excesivo costo de las chaquetas de prom, y el segundo, la usencia de profesores de inglés.¹⁴ Asuntos que podrían catalogarse como reclamos legítimos de un estudiante interesado en la economía familiar y el aprendizaje financiado por ella. Por el contrario, sus resultados académicos no demuestran que tuviese muchos tropiezos académicos en la institución; como lo demostró el hecho de haberse posicionado como el mejor puntaje de ICFES en su colegio y décimo a nivel nacional. Estos hechos y su buen desempeño académico no permiten muchos reparos en lo que es competencia del plantel educativo. Así, la siguiente pesquisa al carácter de Sergio aparece como excesiva e innecesaria en lo que a las labores escolares atañe:

“desarrolló una minuciosa y perseverante actividad en las redes sociales (...) en donde promovía radicales concepciones frente a la legitimidad del suicidio, la promoción del

¹² Sentencia de Revisión de Tutela T-478 de 2015, Magistrada Ponente: Gloria Stella Ortiz Delgado.

¹³ Ibid.

¹⁴ “Como anexo a la tutela, la señora Reyes Arenas adjuntó un CD con el audio de dicha reunión. Después de escuchar el registro, la Sala quiere destacar que en la misma no se le permitió al joven Sergio ni a su madre participar activamente, pues la señora rectora constantemente interrumpía sus opiniones y pedía que se mantuviera el orden. Igualmente, en el audio queda claro que las autoridades del colegio venían reclamando un mejor comportamiento de Sergio ya que según ellos, incurría en constantes desafíos a la autoridad. Como ejemplo de esa situación, explican, que él había presentado varias quejas ante los profesores y las directivas, por la ausencia de docentes de inglés y por los altos precios que se les cobró a los padres de familias de sus compañeros por las “chaquetas de prom”. También, quedó registrado el momento en que el padre de Sergio solicitó las pruebas sobre el supuesto acoso sexual de su hijo y no obtuvo nada más que una respuesta evasiva de la rectora frente al tema.” Ibid.

ANARQUISMO (sic) y mucha información filmica asociada con PORNOGRAFÍA, SADOMASOQUISMO (sic), pero sobre todo agresivos diálogos de connotación ERÓTICO-SEXUAL; el consumo de MEDICAMENTOS CON ALCOHOL, TABACO y el ESTUPEFACIENTE POPPER.”¹⁵

El análisis a ultranza de la personalidad de Sergio en torno a un evento, ahora insignificante en comparación a su ausencia definitiva, como un beso, denota la apriorística validez ofrecida a los sesgos éticos del plantel. Y, perpetuada por el abogado en una intromisión ilegítima no sólo en su intimidad sino en el libre desarrollo de su personalidad y, en el perfeccionamiento, propio de un adolescente, de su libertad de conciencia; so pena de ofrecer una defensa técnica al plantel educativo. Ya que la conducta de Sergio no respondía al criterio mayoritario de expresiones de afecto, en principio aquellas de carácter heterosexual, la forma en la que el plantel defendió su visión ética y estigmatizante frente a lo ocurrido implicó la atribución de más características “impopulares” a Sergio; para defenderse del amparo solicitado por su madre.

Esta situación traza uno de los elementos que componen fenómenos de discriminación estructural como este. El estereotipo se refuerza a través de la relación de subordinación entre alumnos y docentes. Como lo expone el “Manual práctico para la investigación y enjuiciamiento de delitos de odio y discriminación” “esta palabra (estereotipo) se utiliza para referirse a generalizaciones o imágenes mentales simplificadas que recaen sobre los miembros de un grupo, cuando se asume que todos los individuos que lo componen tienen las mismas características”¹⁶.

En este caso la muerte de Sergio no cambió sus circunstancias, la madre se vio forzada a solicitar una protección postmortem dadas las prejuiciosas¹⁷ manifestaciones del plantel a los compañeros de Sergio, y el proceso de revisión de tutela no fue una excepción ante la discriminación. Por el contrario, fue el escenario donde el colegio revictimizó con sus sesgos perceptivos tanto a Sergio como a su familia. Esta situación permite vislumbrar la estructuralidad del fenómeno discriminatorio en el caso de Sergio. Pues es claro que el abogado, contrario al plantel educativo, no defiende una cosmovisión ética donde las demostraciones de afecto entre personas del mismo sexo son consideradas obscenas, vulgares o groseras; sino que pretende una defensa técnica a su cliente,; donde acaba por discriminar a Sergio, nuevamente.

¹⁵ Ibid.

¹⁶ “Manual Práctico para la Investigación y Enjuiciamiento de Delitos de Odio y Discriminación”, de Generalitat de Catalunya Centre D’Estudis Jurídics i Formació Especialitzada”, http://cejfe.gencat.cat/web/.content/home/publicacions/manual_investigacion_delitos_odio.pdf

¹⁷ “Tal y como lo expresa la propia palabra, el prejuicio es un *juicio a priori o previo* hacia una persona o un grupo, por lo general, desfavorable, que se emite sin fundamento, sin conocer a dicha persona o grupo.” Ibid.

Dicho de otra forma, la aplicación de la norma del manual de convivencia derivó en una “política, medida o norma que *de jure* o *de facto* es discriminatoria o crea una situación de desventaja irrazonable al grupo, *sin importar el elemento intencional*.”¹⁸

A esta altura del análisis es importante destacar que dicha política se manifestó en el curso trazado por la aplicación del manual de convivencia pues el mismo convocó la intervención de varias instituciones sin que para Sergio se modificara la situación. Además del Colegio Gimnasio Castillo Campestre la situación requirió a la Secretaría de Educación de Cundinamarca en la queja presentada por la accionante en razón del trato discriminatorio a Sergio. Al Instituto Colombiano de Bienestar Familiar y la Comisaría Décima de Familia de Engativá en lo relativo al supuesto abandono de hogar. Y, la Fiscalía General de la Nación en lo señalado por el supuesto abuso sexual al compañero afectivo de Sergio.

Entre todas estas instituciones no hubo alguna que convocara el desescalamiento del conflicto; por el contrario, se sumaron al fenómeno discriminatorio padecido por Sergio. Por ello, causaron daño con la omisión de su deber institucional y, sin importar el elemento intencional, se sumaron al proceso discriminatorio. Al no archivar o desarrollar las quejas respectivas de acuerdo a su competencia acabaron por revictimizar a Sergio y su familia. En todo caso, entre estas instituciones la más invocada a detener la situación, por la naturaleza de sus competencias, era la Secretaría de Educación de Cundinamarca; que falló en poner en marcha su propio sistema de emergencia en lo relativo a casos de violencia escolar. El Sistema Nacional de Convivencia Escolar y Formación para el Ejercicio de los Derechos Humanos, Sexuales y Reproductivos, y la Prevención y Mitigación de la Violencia escolar señalado por la Ley 1620 de 2013. La Corte expuso esta situación del siguiente modo:

“En el caso específico del sistema de información que la mencionada ley creó con el fin de generar reportes únicos sobre fenómenos de acoso escolar, el Ministerio advirtió que, aunque se han realizado avances en el proceso de diseño y estructuración del mismo, *“aún no se dispone a nivel nacional de reportes de datos que den cuenta del número de casos de violencia escolar y sus tipologías”*”¹⁹.

De este modo, la discriminación estructural falla en detectarse a tiempo pues el fenómeno social no es estudiado; lo que impide un diagnóstico con el que puedan procurarse soluciones. Así, el contexto de la discriminación deviene en imposible de configurar o visibilizar. La situación descrita permite catalogar también como estructurales las falencias en el amparo a los derechos invocados por la madre de Sergio; ya que la acción de tutela que se encuentra bajo análisis tuvo que transitar hasta el trámite de revisión de tutelas ante la Corte Constitucional; donde la selección del caso y su solución por la justicia se hacía aún más remota.

¹⁸ “El Concepto de Discriminación Estructural y su Incorporación al Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos”, Liliana María Salomé Resurrección, https://e-archivo.uc3m.es/bitstream/handle/10016/24956/TFM_MEADH_Liliana_Salome_2017.pdf?sequence=1&isAllowed=y

¹⁹ Sentencia de Revisión de Tutela T-478 de 2015, Magistrada Ponente: Gloria Stella Ortiz Delgado.

De quedar en firme el fallo de primera instancia la situación discriminatoria habría cesado pues el Tribunal Administrativo de Cundinamarca en Sentencia del 23 de septiembre de 2014 había amparado los derechos fundamentales a la dignidad, al buen nombre, y a la intimidad de la peticionaria y de su hijo. La Corte destacó lo señalado por esta instancia en los siguientes términos:

“Adicionalmente, considero ii) que si bien no le correspondía al Tribunal calificar la conducta de la rectora y de los psicólogos del plantel, y determinar si tuvieron la intención de causar daño o no, porque es una valoración probatoria que no es competencia del juez de tutela, es claro que la institución adelantó un proceso disciplinario por una falta grave, a partir de un beso que calificó como una manifestación obscena, - conforme a la tipificación institucional-, lo que resultó ser una valoración evidentemente desproporcionada, y su aplicación *“se hizo basada en una censura subjetiva con tintes morales, de la cual no se desprendió ningún proceso pedagógico que contribuyera a la formación integral del menor”.*” (Negrilla fuera de texto)

La primera instancia reconoció que existía una censura a la propia personalidad de Sergio; independientemente de la legitimidad prima facie del llamado de atención de la institución el ad-quo admitió una reacción desproporcionada frente al evento. La situación fue muy diferente para el ad-quem quien ofreció un análisis bastante formal del caso. El Consejo de Estado Sección Segunda Subsección A en sentencia del 12 de noviembre de 2014 revocó el fallo de primera instancia y se negó a amparar los derechos fundamentales invocados. Allí se argumentó que la muerte de Sergio determinaba la ausencia de un titular para los derechos fundamentales invocados por lo cual aplicaba la carencia actual de objeto. En segundo lugar, el juez de segunda instancia consideró que, dado que las autoridades administrativas y judiciales investigaban las circunstancias relativas al fallecimiento de Sergio el juez de tutela no podía emitir un juicio de fondo sobre la materia.

En lo relativo a estos argumentos la Corte admite que se desconoció una línea jurisprudencial donde se han amparado derechos fundamentales pese al fallecimiento de su titular. En especial si se trata de menores de edad, sus padres, se encuentran legitimados por activa para hacer las averiguaciones que rodeen el fallecimiento de sus familiares. La Corte se refirió especialmente a las siguientes sentencias T-462 de 1993, T-439 de 2007, T-526 de 2002. De manera que, la Corte, comenzó por admitir la procedencia del amparo postmortem para Sergio y su familia. De esta forma la Corte, procedió a un análisis de fondo de los hechos planteados. Dentro de los detalles del fallo de revisión de tutela se destaca la forma en que la Corte reconoció que lo ocurrido en el caso de Sergio responde a un tipo de discriminación, una de carácter estructural.

Admitir la estructuralidad de la discriminación implica admitir que la conducta discriminatoria se reprodujo sistemáticamente a lo largo y ancho de todas las intervenciones y participaciones de las distintas organizaciones e instituciones involucradas. Donde, la intencionalidad de la conducta discriminatoria, pasa a un segundo plano; con el fin de visibilizar un ‘estado de cosas’ que la pasa por alto tolerando un resultado material: el desconocimiento de los derechos fundamentales de un menor. Así, aunque ‘formalmente’ todo comenzó por la aplicación de una norma del Manual de Convivencia del colegio; aparentemente neutral; se admite que su aplicación arrojó resultados discriminatorios que, vistos separadamente, podrían considerarse ‘hechos aislados’.

En palabras más claras, la discriminación sistemática o estructural a la que alude la Corte, de acuerdo al sistema interamericano de derechos humanos, consiste en que “la discriminación contra algunos grupos subsiste, es omnipresente, está fuertemente arraigada en el comportamiento y la organización de la sociedad y a menudo implica actos de discriminación indirecta o no cuestionada. Esta discriminación sistémica puede consistir en normas legales, políticas, prácticas o actitudes culturales predominantes en el sector público o privado que generan desventajas comparativas para algunos grupos y privilegios para otros.”

Tal como lo ha expuesto el análisis del caso de Sergio, pues su orientación sexual diferente, su orientación política impopular y su ateísmo fueron empleados para reforzar el estereotipo por medio del cual se calificó un beso entre jóvenes del mismo género como falta grave por considerarse un acto vulgar. No cabe duda de que estos calificativos son el producto de una discriminación inadvertida que se reproduce al interior de las organizaciones invocadas que, al fallar en menguar el conflicto, auspiciaron, desde sus funciones de ley, un gesto discriminatorio. Una problemática que en la práctica desconocía los derechos de un alumno, permeó la inadvertida mirada de más instituciones, como la FGN, La Secretaría de Educación y el ICBF. Así, el fenómeno se consolidó como uno de carácter estructural y, por consiguiente, invisible. Lo anterior, considerando las posteriores consecuencias que tuvo, en su caso particular, una categorización o etiquetamiento como este; que acabó por desconocer no sólo su derecho a la educación sino su derecho al buen nombre, al libre desarrollo de la personalidad, a la libertad de conciencia y a la propia dignidad.

En términos de la Corte Constitucional el caso debía recibir toda la atención institucional en clave del reconocimiento a determinados derechos fundamentales amparables de acuerdo a las competencias de cada una de las instituciones involucradas. La Corte describió el fenómeno de discriminación estructural con las siguientes palabras:

*“La Sala considera que frente a las acciones y omisiones destacadas y, con respecto a los derechos fundamentales invocados, ni el proceso penal que se cursa, ni el administrativo que se adelanta en contra de la institución educativa accionada, son los mecanismos adecuados para que la demandante encuentre, a nombre suyo y de su hijo, una respuesta a la presunta vulneración de los derechos a la intimidad, honra y buen nombre del menor de edad, como lo espera. (...) Lo anterior, se debe principalmente a que por sus características particulares, el proceso penal, por ejemplo, se circunscribe a determinar la responsabilidad individual del sujeto acusado de incurrir en un tipo particular, por dolo o culpa según el caso, sin que el juez penal pueda pronunciarse en modo alguno, sobre la responsabilidad eventual de una persona jurídica o **sobre la validez o no, desde el punto de vista constitucional, de una actuación institucional.**”²⁰ (Negrilla fuera de texto.)*

De manera que, hay determinados casos de discriminación donde la animosidad, propia de delitos de odio, como se ha identificado al tipo penal de discriminación, no es de fácil detección o, quizás, no se presenta. Pues, al menos en lo que concierne a las respuestas ofrecidas por las instituciones involucradas en el caso de Sergio, ellas mismas, se encontraban cumpliendo con sus funciones de ley. La Corte Constitucional expone en forma más clara la paradoja propia de la discriminación estructural. Aquella donde las organizaciones, a primera vista, cumplen con sus funciones de ley. Pero, el resultado práctico de sus respuestas institucionales acaba por perfeccionar el desconocimiento material de derechos fundamentales que, en el transcurso del “cumplimiento a la ley”, permanece, inabordado.

²⁰ Sentencia de Revisión de Tutela T-478 de 2015, Magistrada Ponente: Gloria Stella Ortiz Delgado.

Y, así, dichas organizaciones propician un daño irremediable; como el que se configuró en la vida de Sergio. Dicho de otra forma, o como lo expresó la Corte entre los problemas jurídicos a resolver; el fenómeno estructural de discriminación en el caso bajo análisis invita a las siguientes preguntas de rigor, que, como puede verse no se interrogan ya por la animosidad como elemento típico de un delito de odio como la discriminación; sino por ingredientes de tipo organizacional e institucional:

-“¿Constituye una situación de acoso escolar por orientación sexual por parte del colegio acusado y de violación a otros derechos fundamentales el iniciar un proceso disciplinario con ocasión de una foto que muestra un beso entre dos estudiantes del mismo sexo, e incurrir en una serie de medidas posteriores que pudieron ser factor determinante en el suicidio del joven, por tratarse de un estudiante con una orientación sexual diversa, **cuando para el colegio las actividades desplegadas por la institución no fueron más que consecuencia de la aplicación del Manual de Convivencia** (...)?” -¿Incurrieron las demás entidades accionadas- como la Fiscalía, la Secretaría de Educación y la Comisaría de Familia-, en la violación de los derechos fundamentales invocados en favor del menor de edad y en particular del acceso a la justicia y a una adecuada reparación por los daños sufridos, ante la supuesta omisión de su deber de cuidado en la protección de los derechos del joven fallecido, **cuando para esas entidades, el resultado de su gestión es fruto del cumplimiento de sus deberes legales?**”²¹ (Negrilla fuera de texto.)

Así, una actuación ejecutada institucionalmente, en mérito de lo señalado por una ley o un reglamento, puede resultar igual o peor de discriminatoria y empeorar la naturaleza de la situación que se pretendía resolver originalmente. Como en el caso de Sergio, donde la aplicación de una norma, que contempla una expresión de afecto como un acto vulgar, implicó la inactividad de la Secretaría de Educación; quien falló en apreciar la connotación de acoso escolar que se encontraba en el subtexto de su puesta en marcha. Tal vez aquí deba comprenderse que, desde un criterio material y sustantivo, precisamente, “cumplir con sus funciones de ley”, por oposición a ‘cumplir con sus funciones constitucionales’, es lo que deriva en el aporte de estas instituciones a fenómenos de discriminación estructural como este. Que no sólo se reproducen afianzando estereotipos en torno de grupos determinados; sino que se perpetúan, en la medida en que permean y convocan más entidades, como ocurrió en el caso de Sergio.

El caso bajo análisis requirió también a la FGN y al ICBF, y demostró la obsoleta participación de estas entidades ante el fenómeno discriminatorio en curso. Asunto que no debe considerarse penalmente relevante; como sí lo proponen algunos partidarios de las antropologías del delito. Ya por no evidenciarse el requisito de animosidad, toda vez que “sólo” se aplicaba un reglamento; por no satisfacer criterios de dañosidad social, ya que, entre docentes y funcionarios públicos, tanto administrativos como judiciales, quedó demostrado, como en el fallo de segunda instancia, por ejemplo, que los derechos fundamentales del menor “no eran vulnerados”; y, por no demostrarse los elementos del principio de lesividad, dado que las lesiones a Sergio fueron verbigracia “auto-infligidas”.

O, tal vez casos como este no deben tratarse desde la responsabilidad penal ya que se encuentran en una franja gris, que interferiría en forma inconstitucional con el ejercicio de otros derechos fundamentales, como la libertad de pensamiento, por ejemplo. No debe invocarse la responsabilidad penal para casos de discriminación estructural como este pues,

²¹ Ibid.

al menos para el caso bajo análisis, cualquiera podría invocar la libertad de cátedra para justificar la cosmovisión impartida a los estudiantes por parte del plantel educativo y, por consiguiente, legitimar la interpretación ofrecida al manual de convivencia. Esto será materia de análisis en el capítulo uno, por ahora es más que oportuno culminar este capítulo introductorio al caso de Sergio con la exposición del siguiente concepto de discriminación estructural:

“El término estructural, por tanto, pone énfasis en la forma en que se relacionan un conjunto de estereotipos, normas, pautas, roles, así como las acciones individuales de una gran cantidad de gente, generando consecuencias colectivas no intencionadas. Se trataría, por tanto, del resultado de procesos sociales difusos y sistémicos; de ahí que también se emplee la expresión “discriminación sistémica” para hacer referencia a la discriminación así entendida. Estos rasgos se ponen especialmente de manifiesto cuando se constata que las estructuras sociales no limitan a las personas de manera directa, sino indirecta y acumulativa, *como limitarían a un ave los alambres de una jaula: “Considerados uno por uno, ningún alambre es capaz de evitar que un pájaro vuele. Es la relación conjunta de los alambres lo que impide el vuelo”*²².

²² “El Concepto de Discriminación Estructural y su Incorporación al Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos”, Liliana María Salomé Resurrección, https://e-archivo.uc3m.es/bitstream/handle/10016/24956/TFM_MEADH_Liliana_Salome_2017.pdf?sequence=1&isAllowed=y

Capítulo 1: La responsabilidad por Discriminación Estructural no Debería Plantearse en Términos Penales.

El caso de Sergio permite comprobar lo equivocada que se encuentra la convicción de que fenómenos de discriminación estructural pueden ser reprimidos o controlados a partir de la instalación de su relevancia penal. La conclusión de la Corte en punto de la naturaleza estructural de la discriminación a Sergio; motivada en que se trató de un proceso invisible para toda suerte de intervinientes institucionales y, en el hecho de que la madre de Sergio logró demostrar que la discriminación se perpetuó postmortem; demostró en forma paralela que, *la vía punitiva no tuvo ningún efecto sustantivo en la efectiva finalización del fenómeno discriminatorio*. Materia que permite un análisis de política criminal donde se logre establecer la relevancia constitucional de que estos procesos sociales reciban un tratamiento diferente ante la administración de justicia. Una de las formas en que la Corte admite la cuestión es la siguiente:

“Además, como ya se dijo también en las consideraciones de esta sentencia, el amparo constitucional procede contra particulares *cuando los mismos tienen una relación asimétrica con el ciudadano*, como en el caso claro de las instituciones educativas con sus estudiantes. Aunado a lo anterior, así exista un proceso penal en curso, es claro que las reparaciones que se pueden obtener en el mismo están limitadas por la naturaleza de la pena. En estos casos, la Sala no considera que con una sanción punitiva se logre reparar de manera completa la vulneración de los derechos fundamentales de Sergio y su madre. Incluso, como ya se dijo, defender esta idea no sería otra cosa que aceptar que el escenario penal es el lugar ideal para promover la resolución de conflictos derivados de la convivencia escolar. *Esto resulta problemático, pues el derecho penal debe ser siempre utilizado de manera extraordinaria y como último recurso de sanción. Una pena privativa de la libertad no protegerá la memoria de Sergio ni tampoco permitirá que se tomen medidas para evitar que las fallas estructurales que su caso revelaron sean reparadas de manera acertada.*”²³ (Subraya y negrilla fuera de texto.)

De esta forma, el caso de Sergio permite afirmar que la manera en que se normaliza la discriminación; como en este caso la normalizaron las distintas instituciones involucradas, como el honorable Consejo de Estado, al no resolver de fondo el amparo interpuesto por la madre de Sergio y, propiciar así que la acción de tutela prolongara su trámite hasta el remoto proceso de revisión ante la Corte Constitucional, por ejemplo. Todos estos sucesos, componen una serie de elementos que responden a desarrollos que se alejan de los requisitos cotidianos de la responsabilidad penal.

Uno de estos elementos es la valoración del comportamiento institucional en clave del derecho a la igualdad, y, los matices propios del mismo. Como el matiz requerido para el caso de Sergio. Que debía escapar a la valoración tradicional del principio de igualdad como expectativa de trato igual; ya que la norma puesta en marcha por el colegio estaba llamada a aplicarse ante cualquier estudiante en ocasión de hechos similares. El caso de Sergio destaca, más bien, la necesidad de un trato diferenciado, ya en razón a la protección de su derecho a la intimidad, ya en razón a la protección de su derecho al buen nombre. Necesidad que, desde luego, escapa al razonamiento propio del derecho penal. Por cuanto en él la lesividad de la conducta es medida de acuerdo al quebrantamiento, por antonomasia, explícito a la ley y, las más de las veces, intencional.

O, desde otro ángulo, mal podría emplearse el derecho penal para situaciones que requieren de la aplicación de un derecho de igualdad material; pues este tipo de responsabilidad

²³ Sentencia de Revisión de Tutela T-478 de 2015, Magistrada Ponente: Gloria Stella Ortiz Delgado.

precisamente se construye y soporta en el quebrantamiento de la igualdad entre ciudadanos a través del poder punitivo del Estado. Como lo reconocería Zafaroni, el derecho penal está llamado a quebrantar la igualdad entre ciudadanos al diferenciar la libertad de unos de la de otros; un contra sentido para una política pública que pretende impulsar la inclusión social.

Lo anterior, si se tiene en cuenta que las respuestas institucionales ofrecidas, como la del ICBF, FGN, Secretaría de Educación, entre otras, que acompañaron el proceso de Sergio, se encuentran, en principio, respaldadas por la ley. Por ende, y, al menos en un sentido formal, cumplen el principio de igualdad, cuyo desconocimiento invoca, precisamente el tipo penal de discriminación. Situación que problematiza en grado sumo la integración del derecho penal para casos donde bastaría que mediara la juiciosa ponderación entre derechos fundamentales. Materia que colaboraría en el análisis de eventos de discriminación estructural, que suelen ser tácitos, por oposición a explícitos y, por ello, de tardía evidencia para la política criminal que, como en el caso de Sergio, suele alarmarse sólo frente a daños irreversibles.

Lo anterior, ya que la discriminación estructural responde a un orden social que no se cuestiona y que termina por reproducir expresiones inadecuadas de las relaciones de poder, autoridad o dominio y su respectiva observancia. De ahí que conocedores de las dinámicas sociales de la desigualdad describan esta característica de la discriminación estructural de la siguiente forma:

“Asimismo -siguiendo a Young- la opresión se concibe como un concepto estructural en la medida que no es el resultado de las intenciones de un tirano, ni tampoco de las elecciones o políticas de unas pocas personas, sino el resultado de prácticas cotidianas de un amplísimo número de personas **que no tienen malas intenciones (porque consideran que están haciendo simplemente su trabajo o viviendo su vida) y que, por tanto, no se conciben a sí mismas como agentes de opresión. Sus causas están insertas “en normas, hábitos y símbolos que no se cuestionan, en los presupuestos que subyacen a las reglas institucionales y en las consecuencias colectivas de seguir esas reglas”**. De ahí que difícilmente la opresión pueda eliminarse sustituyendo a un gobernante por otro, o modificando algunas leyes, pues “las opresiones son sistemáticamente reproducidas en las más importantes instituciones económicas, políticas y culturales”.²⁴

Y es que las convenciones a las que responde el orden social, se encuentran tan automatizadas en la cotidiana interacción del colectivo que, para el caso concreto de Sergio, el efecto discriminatorio de las decisiones que rodearon su situación devino en invisible. No sólo para el colegio, por el contrario, pasó inadvertido tanto para autoridades administrativas como judiciales. Este tipo de invisibilidad es la que ennoblece intervenciones tan extraordinarias como la optada por la Corte pues, no sólo ordenó al Consejo Superior de la Judicatura difundir el fallo como un ejemplo de lo que no debe ocurrir en materia de acoso

²⁴ “El Concepto de Discriminación Estructural y su Incorporación al Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos”, Liliana María Salomé Resurrección, https://e-archivo.uc3m.es/bitstream/handle/10016/24956/TFM_MEADH_Liliana_Salome_2017.pdf?sequence=1&isAllowed=y

escolar²⁵; sino que tomó la vocería para convocar a todas las instituciones educativas a una revisión exhaustiva de sus manuales de convivencia con el fin de que hagan parte del respeto a la diferencia por opción sexual²⁶, en el marco de la convivencia escolar.

Esta decisión es extraordinaria toda vez que, la Corte en el curso de instruir la no discriminación por orientación sexual diferente, podría desconocer otras manifestaciones del derecho constitucional relativas a las circunstancias que rodearon el caso. Asunto que convocó el salvamento de voto del magistrado Pretelt Chaljub; quien hubiese preferido una intervención menos generalizada de la Corte en la materia de acuerdo al siguiente razonamiento: “la Corte Constitucional no es competente para dar órdenes generales a los Colegios, sobre el contenido de sus manuales de convivencia, no sólo en virtud del derecho constitucional a la libertad de cátedra y de enseñanza, sino de los derechos fundamentales a la libertad de religión, pensamientos y expresión.”²⁷

Y es que, aunque la intervención de la Corte en pro del respeto por la diferencia era más que necesaria, su generalización fuera de los límites del caso que la invoca, podría evidenciar que la preocupación del Magistrado es muy acertada; pues invoca también la sana neutralidad en la interpretación del derecho constitucional. Lo anterior, con el fin de que no se vean implicadas y comprometidas innecesariamente otras victorias constitucionales en el marco del análisis a un caso concreto por postularlo como interpretación universal frente a casos de acoso escolar. Victorias de igual relevancia, dentro del análisis en clave del principio de igualdad que imprescindible, necesariamente, en la solución a un problema de discriminación. Específicamente aquellas que se desprenden de la libertad de pensamiento y que también se encuentran amparadas constitucionalmente. Una descripción a este argumento fue planteada por el Magistrado en los siguientes términos:

“Así, el artículo 27 de la Carta Política, establece que *“el Estado garantiza las libertades de enseñanza, aprendizaje, investigación y cátedra”*, y otorga libertad a las instituciones para la determinación de: la organización de las áreas fundamentales, la inclusión de asignaturas optativas, la adopción de métodos de enseñanza, la organización de actividades formativas, culturales y deportivas, y los *manuales de convivencia*, entre otros.”²⁸

De esta forma, salta a la vista la dificultad de considerar que la responsabilidad penal haya estado pensada para fenómenos de discriminación como este, relativo a una discriminación

²⁵ “**Séptimo.- SOLICITAR** a la Sala Administrativa del Consejo Superior de la Judicatura, difundir por el medio más expedito posible esta sentencia a todos los despachos judiciales del país, para que apliquen en casos de acoso escolar, institucional o particular, las medidas preventivas necesarias de acuerdo al Sistema Nacional de Convivencia Escolar y la obligación de proteger el derecho a la educación de los menores, así como garantizar que el mismo sea un espacio de respeto por la diversidad, la pluralidad y la igualdad en la diferencia.” Sentencia de Revisión de Tutela T-478 de 2015, Magistrada Ponente: Gloria Stella Ortiz Delgado.

²⁶ “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;” Ibid.

²⁷ Sentencia de Revisión de Tutela T-478 de 2015, Magistrada Ponente: Gloria Stella Ortiz Delgado.

²⁸ Ibid.

de carácter estructural. Pues, en principio, aunque cuestionable, y como lo demostró el salvamento de voto enunciado, la conducta de los involucrados en el caso de Sergio, en principio, también encuentra un amparo de orden constitucional y legal.

Materia que destaca la zona gris y de conflicto en que las dinámicas sociales concretan los derechos y libertades reconocidos en la Carta. Y que permite concluir que la inclusión en la responsabilidad penal de fenómenos que, como lo demuestra la discriminación estructural, no manifiestan en forma ostensible la animosidad requerida para delitos de odio como este, constituye una reacción desproporcionada. Esto, si se tiene en cuenta la amenaza de privación de la libertad que acompaña estas disposiciones y la cantidad de participantes que actuaron bajo la convicción de obedecer una ley o una norma. Asunto que complejiza aún más la detección del elemento subjetivo del tipo, la animosidad, y además de un elemento específico y horizontal a las conductas penalmente relevantes, el dolo.

Si llegara a considerarse la responsabilidad penal para procesos de discriminación estructural, el precedente de la Corte podría malinterpretarse y propiciaría una especie de imputación de responsabilidad objetiva en torno a fenómenos de acoso escolar que alcancen las trágicas características del caso de Sergio. Materia, esta sí, contraria al principio de legalidad, que gobierna la calificación de una conducta como penalmente relevante. Pues, la aplicación de una sanción punitiva, supone que la norma penal sea explícita en lo que es materia de prohibición. Por cuanto con su aplicación se restringe un derecho fundamental, la libertad.

Y, las zonas grises y de conflicto entre derechos fundamentales, como lo reflejó el caso de Sergio, no parecen identificarse con el principio de legalidad estricta o de tipicidad que opera en materia punitiva. Este sería un análisis donde la realidad dolorosamente supera el enunciado del tipo, donde forzar la subsunción del tipo a un caso concreto, puede convertirse en la forma más revictimizante de amparar derechos fundamentales. Como lo demostró la acción de tutela interpuesta por la madre de Sergio luego de un proceso penal expuesto a la palestra pública y, por si fuera poco, postmortem. Por ello, la naturaleza subsidiaria y de última ratio de la responsabilidad penal debe privilegiarse para casos de discriminación estructural como este. En palabras de la Corte:

“En materia de discriminación y violación a la igualdad, en consecuencia, la competencia penal se limita, como debe ser, a la valoración de las actuaciones individuales de los posibles infractores del tipo penal, su antijuricidad y su culpabilidad, mientras que la tutela, según el caso, puede pronunciarse de manera genérica sobre problemas de discriminación estructural e institucional, de los que no puede dar cuenta el proceso penal en mención. **Una razón milita en contra de la eficacia del proceso penal como mecanismo de protección de los derechos fundamentales en tales casos: el contenido normativo de los derechos fundamentales invocados, excede los restringidos límites que imponen la tipicidad en materia penal.**”²⁹ (Negrilla fuera de texto.)

En ese orden de ideas las dinámicas de discriminación estructural son tan soterradas e implícitas que podría correrse el riesgo de ofrecer una solución equivocada a la problemática de aceptarse la vía penal. Lo anterior, también como una propuesta de coherencia al sistema; por cuanto el derecho penal parte de la ruptura del principio de igualdad entre ciudadanos. Considerando, en términos muy reducidos, a unos más dignos de libertad que a otros, como

²⁹ Sentencia de Revisión de Tutela T-478 de 2015, Magistrada Ponente: Gloria Stella Ortiz Delgado.

antes fue mencionado. Situación que evidencia que, el desequilibrio que plantea la vía penal, en nada aporta a la prístina situación de desigualdad en la que se concreta la discriminación estructural.

Al menos no en términos de inclusión pues, si de retribución se trata, falta ver qué ocurre con la rectora de la institución educativa y el proceso que le fue adelantado por discriminación. Ya que un par de profesoras ya fueron declaradas responsables, y no se evidencia aceptación de responsabilidad por los eventos discriminatorios desde la rectoría. El caso de Sergio permite evidenciar que la vía penal no se convirtió para él en un derecho a la diferencia, ni aún postmortem. Dicho de otro modo, una solución desde la política criminal reproduce la desigualdad, contrario a erradicarla. Y, aún su resultado, al menos para este caso, no se tradujo en inclusión.

Ya que, el principio de tipicidad, expresión del principio de legalidad, no permite la relevancia penal de estas zonas grises se considera desproporcionada la posición de algunos autores conforme a la cual la demostración indiciaria de que una conducta estuvo motivada en un prejuicio suplente el elemento subjetivo del tipo de actos discriminatorios. Este elemento subjetivo es el relativo al odio, la animadversión u hostilidad. Este criterio se apoya en la reforma que la ley 1752 de 2015 realizó al tipo penal de actos discriminatorios; pese a que la Sentencia C-671 de 2014 había dejado claro, en el análisis de la constitucionalidad del tipo penal, el criterio de animosidad. El siguiente aparte describe mejor esta postura:

“Esta reformulación de los tipos de discriminación y hostigamiento implica, a juicio nuestro, que el Legislador ha optado por un modelo ajeno a la animosidad o al odio dentro de su ámbito de configuración legislativa y el cual pretende atajar cualquier forma de discriminación. En efecto, mal podría argumentarse que en esta reforma comulgan tanto el modelo de la animosidad como uno abierto de la discriminación cuando las normas no hacen distinción alguna. La adopción de un nuevo modelo implica el abandono total de la animadversión u hostilidad como el elemento subjetivo del tipo; esto significa que la delimitación del elemento subjetivo de estos delitos se concreta ahora más allá de la hostilidad individual del sujeto activo y puede enmarcarse en el contexto prejuicioso en donde se presentan las formas estructurales de la discriminación.”³⁰ (Subraya fuera de texto.)

El caso de Sergio demostró que ninguna institución escapa a la probable normalización de una conducta de abuso escolar como la afrontada por Sergio a través de un acto institucional como un proceso disciplinario y todo lo que de allí derivó. La negativa de una alta corte como el Consejo de Estado a resolver de fondo la solicitud de amparo interpuesta por la madre de Sergio permite establecer que la carrera por eliminar los prejuicios que reafirman ciertas dinámicas del orden social deben ir mucho más allá de la política criminal. Y, más bien, reflejarse en acciones afirmativas que, al menos desde las más distinguidas autoridades judiciales, regresen un equilibrio a estos procesos sociales. Ejercicio que no fue muy solvente para el caso de, nada más ni nada menos, el honorable Consejo de Estado. Luego entonces, si la rama judicial, al más alto nivel, no se encuentra exenta de normalizar estos casos de abuso; mal podría exigirse lo contrario de un puñado de ciudadanos corrientes que ostentan determinadas potestades en una u otra institución u organización.

³⁰ “Del Odio al Prejuicio: Reflexiones Sobre la Subjetividad y su Prueba en los Instrumentos Penales Antidiscriminación”, Samuel Augusto Escobar Beltrán, En: <http://www.scielo.org.co/pdf/esju/v18n2/v18n2a06.pdf>

Procesos de discriminación estructural que, como lo expuso el caso de Sergio requieren de un contexto para su detección, pues son difíciles de reconocer e identificar. Situación que no es requisito *sinne* *quanon* para una investigación de carácter penal donde la situación fáctica contemplada es mucho más reducida y delimitada. Ya por los “tecnicismos” relativos al sujeto activo o el verbo rector, los parámetros de construcción de un ‘contexto’ que identifique la discriminación son remotos. Sin mencionar que, en el caso concreto de la discriminación en contra de Sergio; la apertura de la investigación por actos discriminatorios contra miembros de la institución educativa no tuvo ningún efecto en la situación de abuso propiamente dicha. Pues, paralelo a su apertura, y como antes se mencionó, justamente el recurso de amparo expuso que el fenómeno discriminatorio se perpetuó *postmortem*. De manera que, el icónico caso de discriminación estructural en que se ha convertido el de Sergio permite establecer que la vía penal no es el mejor de los instrumentos para contener estos comportamientos sociales.

Entre otras, porque si bien constituyen la expresión de un criterio prejuicioso en torno a un grupo o miembro del mismo, dicho criterio es subyacente a un comportamiento; este sí explícito, como, por ejemplo, un acto institucional. Así lo señalaron las definiciones antes ofrecidas sobre discriminación estructural; la misma responde a dinámicas usualmente no explícitas, más bien, simbólicas. Situación que no permite más que admitir que la preocupación trazada por el Magistrado que salvó su voto es coherente frente a los intereses constitucionales en conflicto. Y, constituye, más bien, una pertinente forma de reconocer la necesidad de sensibilizar a las autoridades judiciales en torno a la equilibrada ponderación entre derechos fundamentales en colisión. Materia que excede la genuina naturaleza del derecho penal e invoca la cordura, tanto de entes administrativos como judiciales, en la valoración de comportamientos que, si bien responden al ejercicio de determinadas prerrogativas constitucionales, se materializan en procesos discriminatorios en la práctica.

Las siguientes palabras del Magistrado que salvó su voto evidencian la necesidad de obrar con cautela en casos de discriminación estructural; al considerar que la orden emitida a las instituciones educativas, en general, en punto de una revisión exhaustiva de sus manuales de convivencia se traduce una extralimitación de las funciones de la Corte:

“De igual manera, esto también implica un respeto por la opción ideológica del Colegio, y muchas veces por su libertad religiosa. *En este mismo orden de ideas, existe en la Constitución el derecho, primero, de las instituciones educativas por optar por un modelo religioso e ideológico en particular, situación que se refleja en las normas contenidas en el manual de convivencia. En segundo lugar, existe un derecho correlativo de los padres de optar por el tipo de educación que desean dar a su hijo. (...)*De tal manera, esta Corporación no es la competente para interferir en dicha autonomía, por cuanto es necesario que, dependiendo de la vocación religiosa o de los ideales específicos del establecimiento educativo de que se trate, el mismo pueda tener la libertad para definir cuáles serán los contenidos de sus manuales de convivencia, siempre y cuando las autoridades de los planteles respeten los derechos y garantías fundamentales y los fines constitucionales que persigue la educación, como derecho y como servicio público. Por tal motivo, la Corte no tenía la facultad de imponer a los colegios la manera en que deben regular la disciplina y la convivencia escolar.”³¹ (Cursiva fuera de texto.)

Más allá de señalar la favorabilidad o no del criterio de la Corte, lo que se quiere destacar es que las decisiones judiciales que se enfrentan a procesos de discriminación estructural

³¹ Sentencia de Revisión de Tutela T-478 de 2015, Magistrada Ponente: Gloria Stella Ortiz Delgado.

ameritan un análisis complejo; y no siempre coincide la solución de la problemática con la receta que se propone por los seguidores de las antropologías del delito, el código penal. Donde pueden ponerse en riesgo otras libertades colectivas e individuales que aluden a la libertad de conciencia, de pensamiento, de opinión, o de expresión.

Lo anterior, ya que es patente que este tipo de discriminación opera a través de inclinaciones, percepciones, prejuicios y estereotipos, que, no por sesgados son per se cuestionables constitucionalmente; ni mucho menos, relevantes, per se, en términos punitivos. Motivo por el cual no puede entenderse la cabida del derecho penal en ausencia de una animosidad explícita expresada por el sujeto activo de la conducta discriminatoria. La maximización del derecho penal en ese sentido acabaría por legitimar un criterio de peligrosidad por el carácter digno de un derecho penal de autor y no del acto. Es por ello pertinente recordar la siguiente descripción que sobre el fenómeno de discriminación estructural emite la Corte:

“Podría afirmarse que falencias de orden institucional que tienen un efecto o un impacto discriminatorio, pueden derivar en una atribución de responsabilidad individual de carácter penal. Así, podría argumentarse que la construcción de calles sin rampas podría ser atribuible a una entidad pública encargada del diseño y ejecución de tales obras, y que a su vez, dentro de la propia institución podría individualizarse a la persona o personas responsables de tal irregularidad. No obstante, este argumento se enfrenta a varias dificultades: (i) **en primer lugar, los delitos impugnados son dolosos, por lo que su configuración en estas hipótesis de falencias institucionales vendría a ser tan solo un ejercicio imaginativo;** (ii) y en segundo lugar, dentro de la realidad de las dinámicas institucionales, usualmente **el diseño y ejecución de políticas es el resultado de la concurrencia de múltiples cursos de acción individual no individualizables;** en el ejemplo de la construcción de calles sin rampas, por ejemplo, desde un punto de vista causal, viene a ser el resultado de la actuación de asesores de distinto tipo, de contratistas particulares encargados de elaborar unos diseños, de la actuación de los interventores de los contratistas encargados de los diseños, y en general, de toda una **red difusa de actuaciones individuales.**”³²

Así, las más de las veces, como en el caso de Sergio, el efecto discriminador de estas políticas, en términos prácticos, sólo aparece frente al estudio de un contexto determinado. Dicho de otro modo, de acuerdo a la norma del manual de convivencia, cualquier estudiante habría sido señalado por falta grave al exhibir una muestra de afecto. Hasta aquí, la igualdad, entendida como igualdad de trato, no permitiría vislumbrar la animosidad requerida para crímenes de odio como el de discriminación. El caso de Sergio, si se reconstruye suficientemente, como lo hizo la Corte, muestra que los sucesos que acompañaron el efecto discriminatorio del trato que le fue ofrecido, ocurrieron en razón de la ausencia de un trato diferente. Conclusión que implica un estudio del principio de igualdad en torno al contexto en que se presentaron las decisiones institucionales; materia que supera el análisis de la responsabilidad penal. No sólo por implicar una ponderación entre derechos fundamentales, propia de las competencias de un juez de tutela, sino, porque implica descubrir y tener en cuenta una relación simbólica de los hechos; ajena al análisis de la teoría del caso en materia penal.

De esta forma, la red difusa de actuaciones a que alude la Corte es precisamente el ‘contexto’ que ofrece una lectura a dichos símbolos. Sin los cuales no habría manera de visibilizar el

³² C-671 de 2014, Magistrado Ponente Luis Guillermo Guerrero Pérez.

efecto discriminador de las conductas, en principio neutrales; como en este caso, la “simple” aplicación de una norma del manual de convivencia. La Corte no construyó este contexto a través del número de víctimas, pues el análisis de la tutela obligaba un estudio del caso de Sergio únicamente. Pero, sí lo formó a partir de una serie de respuestas institucionales que, sumadas todas ellas, acabaron por impedir el restablecimiento de los derechos del menor³³. Entre ellos, su derecho a la educación pasaría a un segundo plano; al hacerse ostensible la vulneración a su buen nombre y su derecho a la intimidad.

De manera que, la forma de hacer visibles estos procesos discriminatorios se encuentra, precisamente, en un estudio que supere las características de la responsabilidad penal que, en el caso de Sergio, no logró detener, aún postmortem, el proceso discriminatorio. De esta manera, la Corte pudo proponerse un análisis más amplio, por ejemplo, en lo relativo al suicidio del menor. Ya que la discusión que resuelve la Corte es en clave de derechos fundamentales, se propuso determinar lo siguiente: *“En este caso no solo hay un reto de ofrecer una solución particular al caso sino que, como se verá más adelante, existe la obligación de determinar si una falla estructural en el sistema educativo colombiano fue una causa eficiente para llevar a Sergio a tomar la decisión de suicidarse.”* Este tipo de valoraciones no le son posibles a la responsabilidad penal pues esta se encuentra configurada para establecer responsabilidades individuales de acuerdo a una participación, en principio, intencional de los intervinientes. Quienes, además, son personas individualmente consideradas, no instituciones. Y, las fallas estructurales analizadas por la Corte, no responden a dicha naturaleza en forma contundente.

Así, en el marco del estudio del caso como uno que se subsume en un fenómeno de discriminación estructural la Corte se permite un análisis en razón a la relevancia simbólica de los sucesos, aquella que invoca un análisis del subtexto de las manifestaciones visibles de los involucrados. Entre ellos, las instituciones. De esta forma, el suicidio de Sergio adquiere una relevancia, en principio, foránea para la dogmática penal. Para la cual, a primera vista, un resultado autolesivo como este no es susceptible de responsabilidad penal, por ejemplo. El

³³ “La entidad en ningún momento reparó en el hecho de que la relación entre dos adolescentes de 16 años, era consentida, porque eran pareja, - como quedó demostrado en las conversaciones que sostuvieron Sergio y Horacio en el chat, de las charlas iniciales con las psicólogas en donde lo reconocieron abiertamente y en las alocuciones del colegio, en donde la institución reconoce que los jóvenes tenían una relación -, sino que decidió, en contravención a la verdad, auspiciar la idea del aparente acoso sexual de Sergio para incidir en la separación de los menores. (...)Desde esa perspectiva, la Corte considera que el manejo que le dio el Colegio a la denuncia de acoso sexual, fue abiertamente errática. No solo utilizó la denuncia como un medio de prueba en el proceso disciplinario de Sergio, sino que manejó la información sin la delicadeza y seriedad que ameritaba. El Colegio dio crédito a la denuncia penal sin más, (...)Llama la atención, además, que en lugar de impulsar un acompañamiento pedagógico en favor del joven, el colegio procedió a denunciar adicionalmente por abandono de hogar en la Comisaría de Familia, a la madre de Sergio, bajo el supuesto de que el menor convivía la mayor parte del tiempo junto a su abuela. (...)Si bien una decisión semejante es competencia de los Colegios, porque deben desplegar estas atribuciones legales en defensa de los menores, considera la Sala claramente reprochable, que en abierto desconocimiento de la difícil situación que pasaba el menor y su familia, no sólo con ocasión de la terminación de su relación sentimental, sino con la iniciación de un proceso disciplinario y uno penal en contra del joven, la respuesta de la entidad educativa hubiese sido además, cuestionar la integridad de su núcleo familiar y darle pleno crédito a una denuncia de acoso sexual de los padres de Horacio.” Sentencia de Revisión de Tutela T-478 de 2015, Magistrada Ponente: Gloria Stella Ortiz Delgado.

análisis de la Corte sí permite preguntarse por los prejuicios y los estereotipos normalizados en ciertos ámbitos sociales y que, para el caso de Sergio, pasaron desapercibidos por las más renombradas cortes hasta surtido el excepcional trámite de revisión.

Una forma de establecer la necesidad de este análisis es precisamente que la discriminación a la que fue sometido Sergio se legitima, a través de la normalización de estos sesgos perceptivos en el marco de una función institucional. Pero, como respuesta a un orden social preestablecido, es decir, sin que el carácter intencional sea un requisito. De allí, que se requiera una relación de dominación o subordinación que lo facilite, como en el caso de Sergio la relación entre estudiantes y docentes. Una mejor ilustración del valor simbólico de los sucesos se encuentra en el siguiente pasaje:

*“Se legitima (la discriminación estructural) a través de un orden simbólico. A pesar de lo anterior la justificación de las prácticas discriminatorias rara vez se hace en el nombre de los intereses de los grupos y las relaciones de poder, sino que se plantea en el **ámbito de lo simbólico**, es decir, en el universo de estereotipos, creencias, y prejuicios que atribuyen a los grupos discriminados una posición inferior y, por tanto, legitiman el trato desigual que reciben. Así, por ejemplo, el racismo reproduce relaciones de poder asimétricas de un grupo racial sobre otro, pero no suele justificarse en función de estas relaciones, sino en un **orden simbólico** que atribuye a los grupos raciales discriminados rasgos de inferioridad que justifican su dominación y exclusión.”*³⁴(Negrilla y paréntesis fuera de texto).

De esta manera, el estudio ‘simbólico’ de las reacciones institucionales confirmó que la situación de Sergio estuvo marcada por un criterio moral relativo a la forma como escogió su vida afectiva. Dicha postura fue expresada en la forma desproporcional como el colegio apoyó vías judiciales para controlar un evento que habría ameritado mucho menos esfuerzo; de no ser por el ambiente tradicional que promovía activamente la institución a sus alumnos. Postura institucional que, como lo demostró el salvamento de voto, denota otras libertades contempladas por la Carta. De manera que, la observación conforme a la cual el colegio actuó desproporcionadamente, es producto del desarrollo y de las aplicaciones constitucionales del principio de igualdad.

Un razonamiento muy alejado del requisito de lesividad, que se emplea en materia penal y que se interesa más por el efectivo daño propiciado por el autor a los bienes jurídicos protegidos por el tipo penal. Y que, para el evento de actos discriminatorios, involucra la efectiva lesión a los derechos a la vida y la integridad personal. Una lesión muy difícil de probar en el caso de Sergio si quisiera tomarse como ‘resultado’ de la conducta discriminatoria un acaecimiento auto lesivo como el suicidio. Lo anterior, sin ánimo de negar el hecho de que una teoría del caso puede construirse, para el tipo penal de actos discriminatorios, a partir de la privación arbitraria a un menor de su derecho a la educación. Y, a partir de allí, de su derecho a una vida digna. Donde, en todo caso, habría que establecer la arbitrariedad en clave punitiva pues, de nuevo, el colegio empleó los conductos regulares establecidos para “casos similares”.

³⁴ “Discriminación Estructural y Desigualdad Social”, Patricio Solís, https://www.conapred.org.mx/documentos_cedoc/Discriminacionestructural%20accs.pdf

Lo que se quiere establecer es que determinados aspectos de la situación de Sergio no podrían ser abarcados por el derecho penal de la misma forma en que los abarcó el derecho constitucional; a través del análisis de la situación como modelo de discriminación estructural. Y quiere señalarse como prueba de ello la necesidad de interponer un recurso de amparo por cuanto el fenómeno discriminatorio permaneció en el tiempo, aun luego del fallecimiento de Sergio, y pese a la existencia de una investigación penal por actos discriminatorios.

Como se mencionó, el tipo penal de discriminación requiere, y así lo señaló la Corte en el análisis de constitucionalidad que le ofreció, de un elemento subjetivo como la animosidad; que debe, necesariamente, manifestarse en forma expresa.³⁵ Situación que no ocurre con los procesos de discriminación estructural como el de Sergio. Donde se entiende que, independientemente de la intención, en la práctica y desde un sentido material, operan a nivel social determinadas etiquetas, prejuicios o estereotipos que favorecen un “establecimiento” colectivo (establishment/status quo) que no cuestiona determinadas dinámicas.

Aunque los actos administrativos o las decisiones de instancia no lo especifiquen expresamente, sí puede deducirse de un análisis en clave de derechos fundamentales la falta de inclusión. Como si fuese una consecuencia secundaria de algo aparentemente necesario; se evidencia el efecto simbólico del señalamiento institucional. Como el proceso disciplinario de Sergio, aparentemente legítimo, pero discriminatorio. Aunque no secundario, sólo subyacente; pues por más simbólica que sea la expresión no significa que no afecte derechos fundamentales cuya viabilidad es la única forma de convivir en sociedad. Y, tampoco necesario, pues su simbolismo precisamente radica en que son una herencia de procesos históricos superados, al menos formalmente, de acuerdo a mandatos categóricos que permanecen en la constitución.³⁶ De manera que, no por “normales”, no por “tradicionales”,

³⁵ “En similar sentido, ante una demanda de inconstitucionalidad presentada por la exclusión de las personas con discapacidad, la Corte Constitucional (2014) consideró que el modelo de discriminación sancionado por estos tipos penales es uno que se enmarca en la criminalidad del odio. Según este modelo, los reatos en mención requieren del odio individual del sujeto activo, cuya intencionalidad se manifiesta mediante actos claros e inequívocos, de manera que se atacan las formas más visibles y notorias de la discriminación. Por ello, la Corte considera que no puede corregir la exclusión de las personas con discapacidad, en tanto los patrones de discriminación que las afectan no se ajustan al modelo del odio.” “Del Odio al Prejuicio: Reflexiones Sobre la Subjetividad y su Prueba en los Instrumentos Penales Antidiscriminación”, Samuel Augusto Escobar Beltrán, En: <http://www.scielo.org.co/pdf/esju/v18n2/v18n2a06.pdf>

³⁶ Sobre la Discriminación Estructural: “Tiene un carácter histórico. *El orden social sobre el que se apoya la discriminación no es sólo producto de la situación presente, sino que además está fundado en prácticas de trato desigual que se han repetido por generaciones y en muchos casos incluso por siglos y milenios.*

Esta herencia histórica se refleja en la posición social de desventaja, material y simbólica, de los grupos discriminados. No es necesario, por tanto, que las prácticas de discriminación pervivan en el presente para que la discriminación siga teniendo consecuencias; basta con no revertir los efectos de las discriminaciones del pasado para que las desventajas acumuladas operen en el presente contra los grupos discriminados. “Discriminación Estructural y Desigualdad Social”, Patricio Solís, https://www.conapred.org.mx/documentos_cedoc/Discriminacionestructural%20accs.pdf

o “convencionales” que sean estas respuestas del orden social, son razonables, o, mejor, constitucionalmente aceptables.

Como la imposición de orientación sicológica por la decisión voluntaria de permanecer en una relación de pareja en forma consentida, sólo por tratarse de una pareja “diferente”. En el siguiente aparte quedan claros los hallazgos de la Corte, en punto de la relación simbólica trazada por el escalonamiento procesal y judicial del trato ofrecido a la situación de Sergio, con fundamento en la escrupulosidad de la cosmovisión promovida por el plantel educativo:

“El proceso disciplinario fue utilizado en consecuencia, como un medio para reprimir una expresión de la personalidad del joven que, como el ejercicio libre, consentido y voluntario de la sexualidad, es compatible con las garantías constitucionales de nuestro ordenamiento. En ese orden de ideas, se desconocieron en el proceso, los derechos al libre desarrollo de la personalidad y dignidad de Sergio, así como la igualdad, porque se configuró una **actitud institucional de acoso** que terminó por expresarse a través de una posición discriminatoria consagrada en las acciones y omisiones descritas en el presente capítulo. (...en el acápite de conclusiones...) No es concebible, dentro de un Estado Social de Derecho, que la trágica muerte de un joven **producto de la incomprensión**, sea una nueva razón, para reconocer nuestro compromiso en **evitar que la realidad masiva, reiterada y estructural de la violación de los derechos fundamentales** de las niñas, los niños y los adolescentes en nuestro país, continúe. Es imposible aspirar a una sociedad robusta, deliberativa, plural y democrática si nuestros ciudadanos son formados a partir del **sobresalto y la incomprensión**.”³⁷ (Negrilla y paréntesis fuera de texto.)

Lo anterior, es de extrema importancia puesto que es justo este estudio, el estudio de lo que no aparece obvio, de lo que no se dice, pero permanece simbólicamente, lo que permitió a la Corte relacionar el proceso discriminatorio enfrentado por Sergio con su posterior suicidio. Resultado, este último apenas metafórico en materia de responsabilidad penal, considerando la difícil prueba de una causalidad, en específico de la causalidad síquica, entre las decisiones tomadas por las distintas entidades involucradas y el último acto de Sergio. Entre otras por, como las denominó la Corte, la red difusa de intervinientes; pues el asunto superó las demarcaciones del colegio y sumó a la Fiscalía General de la Nación, la Comisaría de Familia, y la Secretaría de Educación. Y, aunque se lograra la responsabilidad penal por el evento suicidio, subsistirían las preguntas político criminales en torno al criterio de necesidad y merecimiento de pena, por ejemplo. Así, la Corte, muy decantada en el análisis, admitió lo siguiente:

“Ante esto, **no cabe duda de que existe un déficit estructural de protección frente a estos fenómenos ligados con la identidad sexual**, pues ni el Ministerio de Educación Nacional ni las Secretarías Departamentales utilizaron las normas ya existentes y diseñadas para evitar precisamente situaciones como la que ocupa la atención de la Sala en esta oportunidad, **en un caso que idealmente podría haber tenido un desenlace diferente**.”³⁸

³⁷ Sentencia de Revisión de Tutela T-478 de 2015, Magistrada Ponente: Gloria Stella Ortiz Delgado.

³⁸ Ibid.

De manera que, la reflexión que quiere ofrecerse frente a los argumentos expuestos es que los jueces constitucionales pueden actuar como muros de contención frente a situaciones de abuso como estas. Pero sólo en la medida en que no se generalice una intervención directa en la restricción de otros derechos fundamentales que se encuentren en conflicto; aunque deban restringirse para un caso concreto.

De esta forma, no parece cautelosa la orden de la Corte en punto de una revisión generalizada a todos los manuales de convivencia. Pero sí la identificación del caso como uno que hace parte de procesos de discriminación estructural, que no responden fácilmente al modelo de animosidad establecido por la responsabilidad penal; como lo pretenden algunos autores. Entre otras, por constituir la vía punitiva, a su vez, una respuesta ineficaz frente al fenómeno. Como claramente lo demostró el caso de Sergio, donde ni su ausencia ni una investigación penal en curso implicaron el cese del proceso discriminatorio. Con relación a la vía constitucional vs. la vía punitiva quiere destacarse lo señalado por la Corte en el siguiente sentido:

“Así las cosas, la Sala considera que concurren cuatro circunstancias que permiten concluir que la acción de tutela es idónea para proteger los derechos fundamentales de las personas que invocan ante la justicia penal ser víctimas de hostigamiento y discriminación. En primer lugar, cuando el caso involucre la conculcación de los derechos de algún menor de edad el estándar de subsidiariedad fijado por el artículo 86 de la Carta se atenúa en la medida en que se debe materializar la prevalencia de sus derechos, de acuerdo a lo fijado en el artículo 44 de la misma. En segundo lugar, los procesos penales y constitucionales guardan diferencias importantes en su naturaleza pues mientras los primeros buscan individualizar conductas de acuerdo a las tarifas legales del Código Penal, los segundos buscan encontrar vulneraciones en los derechos fundamentales de los ciudadanos sin importar si se derivan de actuaciones dolosas y culposas. La tercera diferencia, que justifica la subsidiariedad de la tutela en casos donde existe un proceso penal por discriminación, es que las personas jurídicas no son sujetos imputables de acuerdo a la teoría clásica de la pena. En efecto, sólo mediante la tutela se puede determinar si una entidad omitió su deber de respetar los derechos fundamentales de los ciudadanos y, así, tomar un remedio judicial que va más allá de la sanción penal.”³⁹ (Subraya fuera de texto.)

De esta forma, quisiera concluirse que la responsabilidad penal es una vía defectuosa para la contención de procesos de discriminación estructural. Entre las razones antes ofrecidas, también por un simple criterio de dañosidad social. Pues la normalización de este tipo de discriminación es tal que puede aparecer invisible hasta para un simple examen de tipicidad. O, como lo expresaría un reconocido tratadista: “La adecuación social es en cierto modo la falsilla de los tipos penales: representa el ámbito “normal” de la libertad de acción social, que les sirve de base y es supuesto (tácitamente) por ellos. **Por ello quedan también excluidas de los tipos penales las acciones socialmente adecuadas aunque pudieran ser aún subsumidas en ellos, según su tenor literal.**”⁴⁰

³⁹ Sentencia de Revisión de Tutela T-478 de 2015, Magistrada Ponente: Gloria Stella Ortiz Delgado.

⁴⁰ En: Sánchez Herrera, Esiquio Manuel, “La Dogmática de la Teoría del Delito, Evolución Científica del Sistema del Delito”, Universidad Externado de Colombia, Página 148.

En todo caso, no es menos preocupante el uso de la vía punitiva en situaciones como esta, que necesariamente implican el cuestionamiento del ejercicio de otras libertades constitucionales. Materia que afecta directamente el cimiento mismo de la responsabilidad penal; pues ella requiere de la libertad del comportamiento para su configuración. De limitarse las libertades amparadas constitucionalmente por una excesiva constitucionalización del derecho penal, ya no habría penas que imponer; pues no podría tildarse un solo acto como libre. O, en palabras de Engisch: “Según cuanto precede, y si vemos bien, resulta que en la cuestión de la libertad no sobrepasamos un non liquet⁴¹. Tenemos que confesar que los más importantes intentos recientes de hacer -digámoslo de nuevo con cuidado- **ontológicamente verosímil la libertad como presupuesto de la responsabilidad jurídico- penal, han proporcionado solo una semiplena probatio. Pues una y otra vez tropezamos con el fenómeno de que la libertad, en la cual se supone basado el delito, se deja entender como una clase de determinación, lo que entonces da razón al determinismo.**”⁴² (Negrilla fuera de Texto.)

De manera que, debe concederse al conflicto entre derechos fundamentales una sana ponderación, que supere el análisis penal y satisfaga la convivencia entre libertades dispuestas por la Constitución. De allí, que surja la necesidad de tratar un segundo problema, en cuanto a actos discriminatorios se trata, el problema de las palabras. Por cuanto para la Corte las situaciones discriminatorias se perfeccionan a través del lenguaje. En la valoración sobre la constitucionalidad del tipo penal de actos discriminatorios la Corte afirmó lo siguiente:

*“Es cierto que los artículos 3 y 4 de la Ley 1482 de 2011 no contemplan expresamente la penalización del **“hate speech”**. Sin embargo, en razón de su diseño y concepción, únicamente podrían encuadrar dentro del tipo penal, este tipo de conductas discriminatorias. En efecto, como en ambos delitos se exige que la conducta se ejecute en razón de una condición como la raza, la etnia, la nacionalidad, el sexo, la orientación sexual, la religión o la ideología política o filosófica, y tal motivación debe ser probada y determinante de la conducta típica, el discurso que hace evidente esta motivación constituye el escenario por excelencia en el cual se podrían realizar las conductas descritas en los tipos penales impugnados. Así, el impedimento para que una persona ingrese a un lugar de acceso público en razón de su raza o de su orientación sexual sólo podría ser penalizado cuando se hace patente la correspondiente motivación, y normalmente este ocurre a través del lenguaje.”⁴³* (Negrilla, cursiva y subraya fuera de texto.)

Situación que permite evidenciar no sólo las zonas grises y de conflicto entre el tipo penal de actos discriminatorios y otras libertades. Sino la relación que puede existir entre valorar las

⁴¹ Se puede traducir como laguna o algo que no está claro (it is not clear).

⁴² “La teoría de la libertad de la voluntad en la actual doctrina filosófica de derecho penal”, Karl Engisch, editorial B de F, 2008, estudio preliminar, pág. 93.

⁴³ C-671 de 2014, Magistrado Ponente: Luis Guillermo Guerrero Pérez.

palabras como discriminatorias y un efectivo ejercicio de censura a la libertad de expresión; a través de la responsabilidad penal, so pena del uso del llamado “hate speech”. Asunto que será valorado en los próximos dos capítulos.

Capítulo 2: La discriminación como política criminal simbólica.

De manera que, si para la Corte los móviles de discriminación se demuestran típicamente a través del “hate speech” o <discurso de odio>⁴⁴, este debe ser un asunto valorado, también, desde los criterios dogmáticos que tradicionalmente han regido la responsabilidad penal individual. El primero que se quisiera abordar por este escrito responde a la tendencia que elige la Corte de valorar un discurso como contenido suficiente de conducta penalmente relevante al señalar que *“el discurso que hace evidente esta motivación (la motivación discriminatoria) constituye el escenario por excelencia en el cual se podrían realizar las conductas descritas en los tipos penales”*⁴⁵.

Cabe traer a colación algunos ejemplos discursivos para evidenciar la importancia del tema; ya que, según la Corte, los motivos discriminatorios ‘se hacen patentes por excelencia, normalmente, a través del lenguaje’⁴⁶. A manera de ejemplo, si se supusiera que un restaurante de comida árabe desestimula el ingreso de musulmanes a través de una suerte de letreros expuestos al interior del establecimiento y del siguiente tenor, ¿podría predicarse la responsabilidad penal del propietario por discriminación? Supóngase que los letreros

⁴⁴ “Uno de los temas más discutido por parte de los teóricos de la libertad de expresión en Estados Unidos es el de los posibles límites al denominado *hate speech* este concepto alude a aquellas expresiones ofensivas dirigidas contra grupos humanos que han sido históricamente discriminados por motivos de género u opción sexual, raza, religión o situaciones similares. Lo que distingue al *hate speech* de otros conceptos semejantes (como las *fighting words*), y lo vuelve problemático, es que las expresiones están dirigidas contra grupos y no contra individuos de forma particular, por lo cual no pueden subsumirse dentro de las figuras de la difamación, la calumnia o la injuria.” “Lenguaje sexista y el hate speech: un pretexto para discutir sobre los límites de la libertad de expresión y de la tolerancia liberal.”, Betzabé Marciani Burgos, Revista Derecho del Estado, No. 30, enero-junio de 2013, Pág. 159.

⁴⁵ C-671 de 2014.

⁴⁶ “Es cierto que los artículos 3 y 4 de la Ley 1482 de 2011 no contemplan expresamente la penalización del *“hate speech”*. Sin embargo, en razón de su diseño y concepción, únicamente podrían encuadrar dentro del tipo penal, este tipo de conductas discriminatorias. En efecto, como en ambos delitos se exige que la conducta se ejecute en razón de una condición como la raza, la etnia, la nacionalidad, el sexo, la orientación sexual, la religión o la ideología política o filosófica, y tal motivación debe ser probada y determinante de la conducta típica, *el discurso que hace evidente esta motivación constituye el escenario por excelencia en el cual se podrían realizar las conductas descritas en los tipos penales impugnados. Así, el impedimento para que una persona ingrese a un lugar de acceso público en razón de su raza o de su orientación sexual sólo podría ser penalizado cuando se hace patente la correspondiente motivación, y normalmente este ocurre a través del lenguaje.*” (Negrilla fuera de texto.) C-671 de 2014.

expresan lo siguiente: “El islam, como una entidad cultural y religiosa no tiene ningún lugar en América Latina.” “Ni yo ni mi partido vamos a permitir que los musulmanes se conviertan en una fuerza cultural aquí. Eso no es compatible con la ley básica o con valores de occidente.” “En este restaurante no preferimos las burkas, preferimos los bikinis.” Estos letrados, de acuerdo a lo planteado por la Corte podrían exponer en forma suficiente la intención de discriminar a comensales de origen musulmán. En principio, un criterio discriminatorio, y, de acuerdo a la amplitud del tipo penal de discriminación, un criterio penalmente relevante.

Admitir lo anterior implica, necesariamente, considerar al discurso, al lenguaje, como criterio suficiente de conducta penalmente relevante. Este postulado parte del principio de que la ofensa, transmitida por palabras es susceptible de control a través del derecho penal. Lo cierto es que el discurso no tiene un significado ni objetivo ni universalizable. Por ejemplo, si el propietario del restaurante tratara a un comensal como musulmán basado únicamente en su aspecto físico, este podría no ofenderse sino echarse a reír; por la más absoluta sorpresa ante la comparación, pues, su complexión no podría ser más colombiana, por ejemplo.

Algo parecido a lo que ocurre en los bares y los filtros impuestos para su ingreso. Una mujer puede ofenderse porque un vigilante jura que es menor de edad por su estatura; y su documento tiene una foto irreconocible. O, puede sentirse alagada; pues con franqueza supera los treinta. Motivo por el cual el hecho de que el hombre de seguridad le diga “aquí no entran bebes consentidas solo mujeres” no podría más que hacerla reír. De esta forma, lo que busca demostrarse es que todos portamos y proyectamos prejuicios.

Tal vez el propietario del restaurante de comida árabe tiene una ‘fijación’ con los musulmanes motivada en una experiencia traumática, por ejemplo, no lo sabemos. Lo anterior no lo justifica, no lo legitima, pero demuestra que el derecho penal no es el instrumento idóneo para abordar su sesgo frente a la cultura musulmana. El prejuicio es algo con lo que a todos nos ha correspondido luchar, ni si quiera la ciencia es una excepción a esta realidad:

“If scientific objectivity were founded, as the sociologistic theory of knowledge naively assumes, upon the individual scientist’s impartiality or objectivity, then we should have to say good-bye to it. Indeed we must be in a way more radically skeptical than the sociology of knowledge; *for there is no doubt that we are all suffering under our own system of prejudices* (or ‘total ideologies’, if this term is preferred); *that we all take many things as self-evident*, that we accept them uncritically and even with the naïve and cocksure belief that criticism is quite unnecessary; and scientists are no exception to this rule, even though they may have superficially purged themselves from some of their prejudices in their particular field.”¹⁷

De manera que, si a la ciencia propiamente dicha no le es posible conseguir la objetividad, como lo describió Popper en la cita anterior; pretender deshacerse del prejuicio en el discurso a través del derecho penal conlleva un retroceso, al menos en términos jurídicos. Ya que el hecho de que el derecho penal pueda erigirse como neutral frente a los contenidos del discurso favorece, precisamente, los desarrollos que impulsan a la sociedad hacia nuevos caminos, incluso de orden cultural, como los que se pretenden: la aceptación de la diversidad en todas sus formas.

¹⁷ “The Open Society and It’s Enemies. The High Tide of Prophecy: Hegel, Marx, and the Aftermath. Volume II.” Karl Popper, George Routledge & Sons Ltd., London, 1972, pag. 205.

La norma relativa a actos discriminatorios pretende generar mayores niveles de inclusión, precisamente, sacrificando la igualdad de todos los individuos a expresar su opinión. El hecho de vincular la censura a la libertad de expresión a través del derecho penal con el aumento de la capacidad de grupos vulnerados para desenvolverse en sociedad implica ofrecer al derecho penal facultades que este no posee. Es decir, propicia la función simbólica⁴⁸ del derecho penal por oposición a permitir políticas públicas que verdaderamente puedan traducirse en la efectiva inclusión económica, laboral, de salud, de educación, por mencionar algunas, de grupos tradicionalmente excluidos. El siguiente es un acercamiento a la función simbólica antes aludida:

“En tanto que esta función implica (prevención general positiva) más que un mero adiestramiento y cruda modificación de comportamientos, está obligada a realizar una intervención simbólica sobre sus destinatarios (el delincuente condenado en el caso de la resocialización y todos en los modelos preventivo-generales). Debe implantar una determinada visión del derecho penal en las mentes de la gente, que enfatice la invulnerabilidad, la igualdad y la libertad, ya que de otra forma no puede esperarse una aceptación de las partes. *Cuanto más exigentes se formulen los fines preventivos de la pena* (resocialización del delincuente; intimidación de la capacidad delictiva; reafirmación de las normas fundamentales), *cuanto más extensos sean sus fines, tanto más claramente aparece su contenido simbólico*: persiguen, con la ayuda de una intervención instrumental del derecho penal (en cierto modo acorde con esta práctica), transmitir (cognitiva y emotivamente) el mensaje de una vida de fidelidad al derecho.”⁴⁹ (Primer paréntesis y cursiva fuera de texto.)

Así, la pretensión de ‘educar’ a la sociedad en punto de la aceptación a la diversidad en general demuestra lo extremo de la medida; pues la privación de la libertad no tiene nada de simbólico en materia de responsabilidad penal individual. Tampoco el etiquetamiento social, propio de una sanción de esta naturaleza.⁵⁰ Uno de los mayores y más peligrosos efectos simbólicos de la norma lo ofrece el hecho de que el discurso se contemple como *conducta*

⁴⁸ “Y, finalmente, también la nueva criminología tiene que ver con símbolos; al amparo de las teorías del “labeling approach”, las cuales pueden ser vistas como variantes de la criminología crítica, sostienen los teóricos del llamado “interaccionismo simbólico” que la criminalidad no es un objeto preexistente, sino el resultado de una determinada interacción en la cual el legislador tiene un papel activo y en la que el proceso tiene un papel fundamentalmente simbólico, de adscripción de etiquetas y estigmas al ofensor.” “Derecho Penal Simbólico y Protección de Bienes Jurídicos”, Winfried Hassemer, Nuevo Foro Penal, Número 51, 1991, Pág.18.

⁴⁹ “Derecho Penal Simbólico y Protección de Bienes Jurídicos”, Winfried Hassemer, Nuevo Foro Penal, Número 51, 1991, Pág. 21.

⁵⁰ “La etiqueta así impuesta (criminal), genera características especiales al decir de Payne. Actúa en primer lugar como un pasadizo que encausa el comportamiento del individuo en una determinada dirección; igualmente, los transporta de un rol a otro, de la posición y función que tenía en la sociedad a desarrollar los nuevos comportamientos que deben responder a su marca reciente. Actúa también como prisiones, como muros infranqueables que mantienen al individuo dentro del papel asignado en la etiqueta, aun cuando ya no realice tales comportamientos. Debe continuar marcado como criminal, pese a que su conducta futura no se adecúe a las descripciones legales, y siempre se esperará de él, más tarde o más temprano, la realización de un nuevo hecho delictivo. Su conducta, inicialmente desviada o no, se ve enriquecida con otras características que no tiene: el ladrón será igualmente estafador, el asesino fácilmente puede ser catalogado como falsario, etc. Por lo demás, se contagia a las personas que más cerca del desviado desarrollen sus actividades, respondiendo al adagio popular del “dime con quien andas y te diré quién eres”. “Apuntes para una discusión del tema: Aspectos criminológicos de la libertad de prensa,” Iván González Amado, Revista Derecho Penal y Criminología, Volumen 11, Septiembre/Diciembre 1989, Pág. 182.

en términos penales. No podría considerarse el discurso, por más odio que promulgue, una conducta relevante en términos penales. Por cuanto no ha producido lesión alguna al bien jurídico protegido por el tipo penal de discriminación, vida e integridad personal.

¿Cómo podría establecerse la culpa, por ejemplo, o que esa persona pudo “obrar” de otra forma? ¿Tal vez habría que encontrar otro orador que habría dicho ‘lo mismo’ en forma distinta, en forma neutral? ¿Cómo podría defenderse la opinión del segundo orador y no del primero sin desconocer el derecho a la libertad de opinión? ¿No será, más bien, que camino a la categorización punitiva de las opiniones que sí son respetuosas de grupos históricamente discriminados y las que no, en búsqueda de mayor igualdad e inclusión, se desconoce, en forma irreversible, el derecho de opinión de quien piensa diferente? Las consecuencias de esta situación son profundamente peligrosas si se tiene en cuenta que se ofrece, al derecho penal, la capacidad implícita de convertirse en instrumento de censura. Dicho de otra forma:

“Dworkin es enfático sobre la necesidad de no confundir la libertad negativa, ni su vulneración, con otras figuras. Con relación a esta confusión, Dworkin evoca las siguientes palabras de Isaiah Berlin: Debo sentirme culpable, y con razón, si en determinadas circunstancias no estoy dispuesto a realizar este sacrificio. Pero un sacrificio no entraña un aumento de lo que se sacrifica (es decir, la libertad) por muy grande que sea su necesidad moral o lo que la compase. Cada cosa es lo que es: la libertad es libertad, y no igualdad, equidad, justicia, cultura, felicidad humana o una conciencia tranquila (Berlin, 1958, 21).”⁵¹

Precisamente el simbolismo al que se sujeta la norma; no porque se sacrifique la libertad de opinión se obtendrá un mayor contenido de lo que se sacrifica, la igualdad. No porque el prejuicio en el discurso se haya convertido en una conducta penalmente relevante habrá mayor inclusión a grupos históricamente discriminados. Estas tareas son ajenas al derecho penal y propias de una política pública más activa y más genuina en cuanto a la inclusión. En ocasiones estos tipos penales parecen generar la ilusión de que efectivamente “*algo*” se hace en pro de los indígenas, las negritudes, las mujeres; pero lo cierto es que todas estas pretensiones desbordan la capacidad del derecho penal. Ni qué decir sobre el problema de la moralidad, o mejor, la exigencia de un superior contenido moral en el contenido del discurso que se dirige a otro. A veces no se admite que la búsqueda de superioridad moral también se convierte en un problema de inhumanidad.

Por ejemplo, el caso de una joven con una compleja situación económica, que buscaba graduarse y ayudar a su familia. Presionada por su situación, y en una profunda depresión porque el procurador para quien trabajaba hacía ya varios meses no le firmaba el nombramiento y la posesión de su judicatura; comenzó a congregarse en una comunidad de testigos de jehová, solo buscando un poco de fe. La mala suerte estuvo trazada por la relación que comenzaría a sostener con el hijo del pastor de la congregación.

El señalamiento discursivo y conductual al interior de su nuevo ‘entorno social’ fue tan significativo que acabó por agregarse a sus problemas. Un día, luego de servir el almuerzo al hijo del pastor subió las escaleras y se colgó del collar del perro que este tenía por mascota. ¿Qué debe entonces entenderse de estos discursos moralmente sesgados, los religiosos, que

⁵¹ “Lenguaje sexista y el hate speech: un pretexto para discutir sobre los límites de la libertad de expresión y de la tolerancia liberal.”, Betzabé Marciani Burgos, Revista Derecho del Estado, No. 30, enero-junio de 2013, Pág. 178.

no son penalmente relevantes porque no se dirigen a miembros de grupos históricamente marginados? ¿Qué igualdad existe en el señalamiento del discurso de odio por el tipo penal si se excluyen este tipo de casos de responsabilidad penal alguna? Tal vez Popper tiene razón, la convicción de que el derecho penal, o en sus palabras, cualquier ciencia, puede ayudar a eliminar los prejuicios es verdaderamente perjudicial. Lo señaló en las siguientes palabras:

“As opposed to this, the sociology of knowledge hopes to reform the social sciences by making the social scientists aware of the social forces and ideologies which unconsciously beset them. But the main trouble about prejudices is that there is no such direct way to get rid of them. For how shall we ever know that we have made progress? Is it not a common experience that those who are most convinced of having got rid of their prejudices are more prejudiced? *The idea that a sociological or psychological or anthropological or any other study of prejudices may help us to rid ourselves of them is quite mistaken; for many who pursue these studies are full of prejudice; and not only does self-analysis not help us to overcome the unconscious determination of our views, it often leads to even more subtle self-deception.*”⁵² (Cursiva fuera de texto.)

De la realidad antes expuesta por Popper resta únicamente establecer que, priorizando la relevancia penal de algunos discursos, habrá de encontrarse otros tantos dignos de persecución, pues el prejuicio es un fantasma humano inevitable. Y, así, el único resultado predecible será la censura a cualquier discurso que se encuentre en contravía de quien tiene el poder de censurarlo. El ejemplo es bastante descriptivo si se tiene en cuenta que el discurso discriminatorio al cual estuvo sujeta esta joven al interior de la comunidad testigo de Jehová no respondía propiamente a un discurso de odio. Pero, no por ello, menos discriminatorio. Ya quisiera el derecho penal establecer lo que esa comunidad considera un discurso religioso, uno prejuicioso, y uno discriminatorio. El todo es que el discurso y la cosmovisión del grupo fueron suficientes para la perturbación psicológica que resultó en suicidio.

Popper tiene una mejor idea sobre lo que implica *pretender* que dentro de una comunidad se establezca la regla de ‘quererse’ unos a otros⁵³; relevante aquí en términos del ‘cariño’ con el que deben construirse las palabras que se dirigen a grupos o personas que inspiran un sesgo perceptivo, so pena de incurrir en lo que la Corte denomina discurso de odio:

“This, of course, is not the only argument against the idea of a rule of love. To love a person means to wish to make him happy. But of all political ideals, that of making people happy is perhaps the most dangerous one. It leads invariably to the attempt to impose our scale of ‘higher’ values upon others, in order to make them realize what seems to us of greatest importance for their happiness; in order, as it were, to save their souls. That is to say, it leads to Utopianism and romanticism. We all feel certain that everybody would be happy in the beautiful community of our dreams; and no doubt there would be heaven on earth if we could all love one another. But,

⁵² “The Open Society and It’s Enemies. The High Tide of Prophecy: Hegel, Marx, and the Aftermath. Volume II.” Karl Popper, George Routledge & Sons Ltd., London, 1972, pag. 211

⁵³ “El simple interrogante por la conducta prohibida y su realización en el «caso de punibilidad» ha culminado en la actualidad en un juicio de tremenda complejidad y de innumerables ingresos metodológicos. Ese juicio, por lo demás, reafirma o por el contrario pone en crisis, ante cada caso en concreto, los propios límites del derecho penal y manifiesta con indudable nitidez *hasta donde está dispuesto a ingresar el Poder Penal del Estado en la vida de cada ser humano.*” “La relevancia del comportamiento alternativo conforme a derecho en la imputación objetiva del delito imprudente”, Maximiliano Adolfo Rusconi, Pág. 62, [file:///C:/Users/asus/Downloads/Dialnet-LaRelevanciaDelComportamientoAlternativoConformeAD-174675%20\(1\).pdf](file:///C:/Users/asus/Downloads/Dialnet-LaRelevanciaDelComportamientoAlternativoConformeAD-174675%20(1).pdf)

(as I said in chapter 9) **the attempt to make heaven on earth invariably produces hell. It leads to intolerance. It leads to religious wars, and to the saving of souls through the inquisition. And it is, I believe, based on a complete misunderstanding of our moral duties.**"⁵⁴ (Negrilla fuera de texto.)

De esta forma, queda demostrado que el umbral moral al cual, pretende la Corte, respondan los contenidos discursivos no puede elevarse a la categoría de conducta penalmente relevante pues, aunque se inspire en las mejores intenciones, no se traduce más que en la imposición de valores que implican la negación del otro. O, al menos de su discurso. No se trata de una *conducta penalmente relevante* sino de una valoración moral a determinados contenidos discursivos. Valoración moral que la Corte propone considerar como acción relevante en términos penales.

Así, tener al propietario del restaurante de comida árabe como autor de discriminación porque 'pudo' dar ingreso a los musulmanes en su establecimiento, bajo un criterio de igualdad, no configura conducta alguna penalmente relevante. No puede tildarse de penalmente relevante una conducta porque no fue lo que pudo haber sido en términos hipotéticos.

Esto quiere decir que, de admitir la posición de la Corte sobre el discurso de odio, se aceptaría que primero se genera la interpretación del discurso y luego se <crea> la conducta que lo permite encajar en el tenor de lo dispuesto en el tipo penal de discriminación. La condena punitiva del discurso en los parámetros planteados por la Corte es una conducta hipotética que, como lo establece Rusconi: "... sucede que -en cada caso concreto- esa conducta correcta con la cual comparar la incorrecta no existe y nunca existirá. Esa es la dificultad ¡insuperable!"⁵⁵ Dicho de otra forma, los letreros del establecimiento no establecen la islamofobia del propietario del restaurante sino el etiquetamiento de ese discurso como islamofóbico motivado sólo en que una persona lo suficientemente 'incluyente' no los habría puesto allí en primer lugar. Así, la Corte ha generado una conducta hipotética relevante para el derecho penal; Jakobs lo expresa de una mejor forma con el siguiente ejemplo:

"Otra crítica que merece ser atendida es aquella que formula Günther Jakobs. Según Jakobs no suena muy convincente que una «*relación real*» sea descrita adecuadamente mediante la utilización de una hipótesis: «debería ser palmario que es errónea la fórmula habitualmente usada según la cual un comportamiento no permitido explica un curso lesivo cuando éste no habría tenido lugar sin el comportamiento. No resulta comprensible... cómo una relación real puede ser adecuadamente descrita mediante la remisión de una

⁵⁴ "The Open Society and It's Enemies. The High Tide of Prophecy: Hegel, Marx, and the Aftermath. Volume II", Karl Popper, George Routledge & Sons Ltd., London, 1972, Pág. 223.

⁵⁵ "La relevancia del comportamiento alternativo conforme a derecho en la imputación objetiva del delito imprudente", Maximiliano Adolfo Rusconi, Pág. 66, [file:///C:/Users/asus/Downloads/Dialnet-LaRelevanciaDelComportamientoAlternativoConformeAD-174675%20\(1\).pdf](file:///C:/Users/asus/Downloads/Dialnet-LaRelevanciaDelComportamientoAlternativoConformeAD-174675%20(1).pdf)

hipótesis. Esto rige aquí al igual que en los demás ámbitos. *A modo de ejemplo: el verdadero amor hacia alguien no se manifiesta en que esa persona, sin ser otra, no sería amada.*»⁵⁶ (Cursiva fuera de texto.)

De esta forma, la conducta adquiere relevancia típica en forma hipotética pues se valora al emisor del discurso por lo que ‘pudo’ haber dicho en forma no discriminatoria. Asunto que realmente genera una interpretación arbitraria de la *conducta* considerada relevante en términos penales. Esto por cuanto el primer problema al que se enfrenta el derecho penal es la homogenización del criterio, la homogenización de las interpretaciones del discurso.

Lo anterior, ya que no hay nada en el lenguaje que pueda ser objetivo; siempre estará sujeto a interpretación. Así lo demuestra el ejemplo antes expuesto de la comunidad de testigos de jehová. Las palabras, el discurso, fue relevante pese a su contenido, en principio, exento de odio. Y, no por ello, menos discriminatorio. Así, no sólo es difícil establecer qué aspecto es penalmente relevante del discurso, también es compleja la selección de las ‘víctimas’ del mismo. Esto por cuanto no todas las personas expuestas al mismo discurso adoptan decisiones como la antes expuesta. En todo caso, se contempla la relevancia de dicha decisión en pro del análisis del tipo y obviando la polémica discusión sobre la injerencia del derecho penal en estas materias; por cuanto el caso culmina en un resultado auto lesivo.

Es importante la decisión en términos fácticos, ¿se trata del contenido del discurso o de la interpretación del mismo por la víctima? Toda vez que este tipo de criterio delimitaría la amplitud del tipo y del sentido que la Corte quiere ofrecerle. Pues el tipo penal ampara el bien jurídico vida e integridad personal. Situación que no parece tan relevante en la importancia que la Corte ha ofrecido al concepto de discurso de odio; pero que sí trazaría un precedente penal de relevancia. Si se tiene en cuenta el análisis ofrecido al caso de Sergio Urrego por la misma Corte, por ejemplo, y ya mencionado en el capítulo uno. Así, este tipo de análisis y la solución a dichas preguntas podría ofrecer una delimitación mayor de la responsabilidad penal individual por discriminación. Que, en últimas, legitimaría el uso de la última ratio constitucional para conductas tan amplias, normativamente, como el tipo penal de actos discriminatorios. Situación que ofrecería seguridad jurídica, favoreciendo el principio de tipicidad y, por lo tanto, de legalidad estricta.

Es relevante preguntarse cómo se establecen las ‘víctimas’ del discurso de odio por cuanto éste propugna por la ampliación de las víctimas dando por sentado que el mensaje se refiere a todo el subgrupo, sean estas comunidades afro, mujeres, homosexuales etc.. Esta característica es lo que hace todavía más arbitraria la relevancia penal de la conducta pues el discurso se plantea como penalmente relevante con o sin víctimas ‘reales’.⁵⁷ Como lo

⁵⁶ “La relevancia del comportamiento alternativo conforme a derecho en la imputación objetiva del delito imprudente”, Maximiliano Adolfo Rusconi, Pág. 65, [file:///C:/Users/asus/Downloads/Dialnet-LaRelevanciaDelComportamientoAlternativoConformeAD-174675%20\(1\).pdf](file:///C:/Users/asus/Downloads/Dialnet-LaRelevanciaDelComportamientoAlternativoConformeAD-174675%20(1).pdf)

⁵⁷ “Las *lighting words* (palabras de pelea) son un tipo de expresión que la jurisprudencia norteamericana considera excluida *a priori* de la protección constitucional que brinda la Primera Enmienda. Las *lighting words* aluden a aquellas expresiones ofensivas que tienden a incitar una reacción violenta o una “ruptura inminente de la paz” (Lawrence, 2000, 26-30). Sin embargo, este último significado presenta algunos problemas. El mayor de todos es que establece la necesidad de evaluar la posibilidad de que se produzca una respuesta inminente y violenta por parte del sujeto afectado, con lo cual se protege a aquellos sujetos que, en principio son capaces de responder a las expresiones agresivas y se deja sin protección a aquellos que, por sentirse intimidados o por timidez, son menos proclives a responder a las agresiones.” “Lenguaje sexista y el hate speech: un pretexto para

estableció Jakobs: “*«las conclusiones obtenidas a través de una operación con hipótesis suelen ser arbitrarias, pues por regla general se dispone de varias modalidades alternativas de comportamiento permitido con sus respectivas y distintas consecuencias, de modo que el resultado puede ser manipulado a través de la selección de determinado comportamiento de ese arsenal...»*”⁵⁸ (Cursiva fuera de texto.) **Claro, establecer que alguien es responsable de discriminación porque dijo lo que quería decir en la forma en que lo quería decir, no es más que castigarlo por lo que pudo haber dicho y efectivamente no dijo. Una conducta hipotética.**

Se compromete aún más la neutralidad del derecho penal si se tiene en cuenta que la categoría de “discurso de odio” se utiliza para proteger ciertos grupos históricamente marginados (como se explicó en el primer pie de página de éste capítulo, que ofrece una definición de hate speech). Aquí existe un proceso interpretativo defendido por la Corte y por el uso que se ha ofrecido al tipo penal de discriminación, mediante el cual, no sólo la conducta sino también las víctimas son ‘creadas’ de forma hipotética. Esto se expresa en el hecho de que es irrelevante a quién va dirigido el discurso; el hecho de que esa persona (a quien va dirigido el discurso) pertenezca a un grupo históricamente marginado implica que el contenido discursivo afecta, igualmente, a dicho colectivo.

Así, se protege a través de la relevancia penal que se ofrece al discurso de odio, un escenario hipotético: el hecho de que el discurso de odio afecta, también, a aquellos a quienes no se dirige en forma necesaria. Se genera una especie de metaconcepto⁵⁹ en esta interpretación, conforme a la cual, el discurso de odio se refiere, también, al grupo del cual es miembro ese ‘ofendido’. O, peor aún, el ‘ofendido’ puede ser indeterminado, y basta con que se ofenda al grupo. La conducta penalmente relevante se crea hipotéticamente a partir de un metaconcepto, de donde se infiere que el discurso que discrimina a un miembro de un grupo determinado discrimina, también, al grupo. Así, se establece que no sólo se discrimina en términos penalmente relevantes a la persona a quien va dirigido el discurso sino al grupo en su totalidad. La expresión por antonomasia, de un derecho penal simbólico y peligrosista donde no hay conducta y no son necesarias las víctimas. Dicho de otro modo:

“Bajo esta presión preventiva el legislador intenta encontrar alivio por dos medios: los delitos de peligro abstracto y el derecho penal simbólico. Se ha intentado buscar este alivio por medio de los delitos de peligro abstracto, los cuales, en los ámbitos aquí tratados, han eliminado prácticamente los clásicos delitos de resultado. *Encubren la ausencia de fuerza fáctica del derecho penal para proteger bienes jurídicos, al suprimir el vínculo*

discutir sobre los límites de la libertad de expresión y de la tolerancia liberal.”, Betzabé Marciani Burgos, Revista Derecho del Estado, No. 30, enero-junio de 2013, Pág. 171, Pie de Página 19.

⁵⁸ “La relevancia del comportamiento alternativo conforme a derecho en la imputación objetiva del delito imprudente”, Maximiliano Adolfo Rusconi, Pág. 66, [file:///C:/Users/asus/Downloads/Dialnet-LaRelevanciaDelComportamientoAlternativoConformeAD-174675%20\(1\).pdf](file:///C:/Users/asus/Downloads/Dialnet-LaRelevanciaDelComportamientoAlternativoConformeAD-174675%20(1).pdf)

⁵⁹ “El homicidio por odio se produce en contra de las minorías. La característica que tiene es que no importa el individuo. Hay dos lesiones: Una al muerto, y otra, por el metamensaje a toda la colectividad.” En: http://www.clarin.com/sociedad/Zaffaroni-crece-existe-femicidio-Argentina_0_1369063374.html

entre comportamiento criminalizado y lesión del bien jurídico. El injusto penal no es la comprobable causación de un perjuicio sino una actividad que el legislador ha criminalizado; si en la elección de esta actividad existe o no la potencialidad o el peligro abstracto de lesión no puede ser discutido en el ámbito de aplicación de la norma, sino que es sólo un elemento de evaluación en la promulgación de la norma. En segundo lugar, *los delitos de peligro abstracto facilitan la cuestión a efectos preventivos siempre molesta, de la atribución. Dispensan la prueba de un daño (y con ello la causalidad del comportamiento) y facilitan por ende la atribución.* Que con ello debilitan la posición del autor y atentan contra un bastión del derecho penal clásico es tan obvio como discutible. Que ello alivie la presión preventiva, como se pretende, está aún menos claro; ya que precisamente en el ámbito en el cual se dictan delitos de peligro abstracto con particular celo -medio ambiente y tráfico de drogas- las quejas sobre los “déficits en la aplicación” se han convertido en una constante música de acompañamiento.”⁶⁰ (Cursiva fuera de texto.)

En opinión de un experto en política pública tal vez un tipo penal de esta naturaleza no impacta a grupos históricamente discriminados como lo harían políticas públicas dirigidas concretamente a su inclusión; fundamento básico del efecto simbólico y de peligro abstracto de este tipo penal.⁶¹ Sin mencionar el verdadero determinismo histórico que defiende la Corte al expresar la relevancia punitiva del discurso de odio. Determinismo histórico en la medida en que se asume la discriminación a un grupo en razón de acontecimientos pasados, de los cuales, se deduce la “lesión”, causada por el discurso de odio.

Dicho de otro modo, el discurso de odio está circunscrito en la presunción conforme a la cual se establece que, en razón a que algo fue, será, indefectiblemente. Situación con la que únicamente logra imponerse una interpretación discriminatoria a un discurso con o sin víctimas directas y, por lo tanto, con un autor también supuesto. Como lo señala Rusconi “Y, en uno y otro caso, la cuestión fundamental sigue siendo la comparación de los efectos de la acción real, *con las*

⁶⁰ El derecho penal simbólico no aligera este proceso, sino que lo fortalece. La ganancia preventiva que lleva consigo no se produce respecto de la protección de bienes jurídicos sino respecto de la imagen del legislador o del “*empresario moral*”. Lo que se consigue cuando el derecho penal simbólico efectúa este engaño entre funciones latentes y funciones manifiestas es que la pregunta crítica sobre la capacidad real del derecho penal para proteger bienes jurídicos ni si quiera se plantee. La legislación penal y la ejecución penal como pura fanfarronada: no hace falta fundamentar extensamente por qué esta salida al dilema de la prevención es una vía equivocada. Un derecho penal simbólico que ceda sus funciones manifiestas en favor de las latentes traiciona los principios del derecho penal liberal, especialmente el principio de protección de bienes jurídicos y mina la confianza de la población en la administración de justicia.” “Derecho Penal Simbólico y Protección de Bienes Jurídicos”, Winfried Hassemer, Nuevo Foro Penal, Número 51, 1991, Pág. 29 a 30.

⁶¹ “En la determinación de la pena no se puede entender su principio fundamental de “defensa del ordenamiento jurídico” (§§47, 56 III, 59 I num. 3 StGB) sin tomar en consideración sus facetas simbólicas: la “conservación de la confianza del pueblo en la invulnerabilidad del derecho y en la protección del ordenamiento jurídico frente a ataques delictivos”, los que a pesar de estar instrumentalmente formulados son alcanzables, si acaso por medio de intervenciones simbólicas. La conservación y promoción de la confianza y fidelidad en el derecho son procesos comunicativos y de largo alcance, con una plétora de variables cognitivas y emotivas, un engranaje, en el cual las decisiones penales representan solo un minúsculo tornillo (del cual no siempre se sabe en qué dirección gira).” “Derecho Penal Simbólico y Protección de Bienes Jurídicos”, Winfried Hassemer, Nuevo Foro Penal, Número 51, 1991, Pág. 20 a 21.

eventuales consecuencias de una **acción «creada»** por el intérprete sólo a efectos de evaluar normativamente el curso causal analizado.”⁶² (Cursiva fuera de texto.) De manera que el señalamiento de estos grupos históricamente discriminados como víctimas simbólicas más bien perpetúa una situación histórica en un ámbito de interpretación jurídica. Asunto que no sólo re victimiza, regresa a las víctimas siempre a un estado de vulneración anterior, producto del determinismo histórico antes aludido; sino que recicla la discriminación; por oposición a eliminarla, la mantiene vigente. Amplifica sus víctimas y la relevancia ofrecida a los victimarios.

Popper compara este tipo de determinismo histórico, cargado de supuestos, con una especie de proceso de ‘adivinación de la fortuna’ así:

“It must be noted that it is not so much the abstract, theoretical doctrine of *determinism* which led Marx astray, but rather the practical influence of this doctrine upon his view of scientific method, upon his view of the aims and possibilities of a social science. The abstract idea of ‘causes’ which ‘determine’ social developments is as such quite harmless as long as it does not lead to *historicism*. And indeed, there is no reason whatever why this idea should lead us to adopt a historicist attitude towards social institutions, *in strange contrast to the obviously technological attitude taken up by everybody, and especially by determinists, towards mechanical or electrical machinery*. **There is no reason why we should believe that, of all sciences, social science is capable of realizing the age-old dream of revealing what the future has in store for us. This belief in scientific fortune-telling is not founded on determinism alone; its other foundation is the confusion between *scientific prediction*, as we know it from physics or astronomy, and large-scale historical prophecy, which foretells in broad lines the main tendencies of the future development of society.** These two kinds of prediction are very different ...”⁶³ (Negrilla fuera de texto.)

Como lo establece Popper no puede caerse en el historicismo para explicar un fenómeno como la discriminación pues, como han permitido establecerlo los ejemplos ofrecidos hasta el momento, la discriminación no siempre responde a estos criterios. El criterio histórico, que pretende contemplar la Corte para la determinación de responsabilidad penal, ante el discurso de odio, por ejemplo, responde más a un criterio determinista y no a una genuina ‘conducta’ proscrita por el código. Basta analizar las siguientes palabras pronunciadas por un concejal para evidenciar el determinismo histórico al que se sujeta la conducta de discriminación amparada, conforme a la interpretación de la Corte, en la persecución punitiva del discurso de odio:

⁶² “La relevancia del comportamiento alternativo conforme a derecho en la imputación objetiva del delito imprudente”, Maximiliano Adolfo Rusconi, Pág. 65, [file:///C:/Users/asus/Downloads/Dialnet-LaRelevanciaDelComportamientoAlternativoConformeAD-174675%20\(1\).pdf](file:///C:/Users/asus/Downloads/Dialnet-LaRelevanciaDelComportamientoAlternativoConformeAD-174675%20(1).pdf)

⁶³ “The Open Society and It’s Enemies. The High Tide of Prophecy: Hegel, Marx, and the Aftermath. Volume II,” Karl Popper, George Routledge & Sons Ltd., London, 1972, Pags. 81 y 82.

“Siendo sinceros grupos difíciles de manejar como las negritudes, los desplazados y los indígenas, son un cáncer que tiene el gobierno nacional y mundial.”⁶⁴

La expuesta es una opinión verdaderamente irrespetuosa y lamentable, pero, cabe la pregunta, si por ese sólo hecho se la debe convertir en digna de persecución penal. Es paradigmático cómo para el juez de primera instancia lo expresado por el concejal constituyó un comportamiento irrevocablemente racista y, por lo tanto, penalmente relevante. Y, para la segunda instancia fue clara la necesidad de absolver al concejal, de la misma responsabilidad, por la opinión expresada. Lo dispuesto por la Corte en punto de que “Estas leyes fueron concebidas, al menos inicialmente, teniendo como telón de fondo experiencias particularmente graves y traumáticas, como el exterminio judío por los nazis, la limpieza étnica en Bosnia, el genocidio en Ruanda, o el *apartheid*. Diseñadas estas leyes bajo este referente, han sido trasladadas a otros contextos en los que la discriminación presenta unos contornos especiales, como ocurre justamente con la Ley 1482 de 2012”⁶⁵, no ayuda mucho a explicar la legitimidad de la persecución penal de la conducta⁶⁶.

Una de las primeras razones por las cuales aparece desproporcionada la persecución penal de este dicho es que la relevancia penal del mismo no se ampara en la lesión de bien jurídico alguno. Paradójicamente, Roxin aclara y explica la naturaleza del derecho penal como

⁶⁴http://www.bbc.com/mundo/ultimas_noticias/2014/11/141128_ultmot_colombia_condena_concejal_racismo_lv

⁶⁵ C-671 de 2014.

⁶⁶ “Las normas de conducta son legítimas solamente si se puede demostrar que es legítimo (en mi opinión: haciendo referencia a los derechos de otros, véase Hörmle, 2005, p 65 ss.) restringir la libertad individual de acción. Queda por aclarar cómo son las cosas respecto a la norma de sanción. **El hecho de que esta se dirija a la generalidad y no destaque a nadie de entre la masa no es suficiente para una legitimación que se pueda aceptar sin problemas** (de otra opinión, Leyendecker, 2002, p. 82). Se podría cuestionar si una ley que no prevé solamente llamamientos, sino también amenazas de pena, se basa en una comprensión adecuada de la relación Estado Ciudadano. La palabra “amenaza” genera dudas (Hassemer, 2009, p. 108) y, en concreto, dudas que no solamente se refieren al grupo de aquellos que están, potencialmente, dispuestos a cometer el hecho, sino también al conjunto de todos aquellos que están sujetos al poder punitivo. ¿Es acertada la objeción de Heggel según la cual los ciudadanos serían tratados como perros a los que se les levanta el palo (Hegel, adición al § 99; Duff 1998, p. 184 y s.)? Es la prevención general de intimidación necesariamente “intimidación” y “cruda” (así, Hassemer, 2000, p. 208 s.; Hassemer, 1998, p.34)? Una respuesta afirmativa se concreta exclusivamente en el concepto “amenaza”. Sin embargo, el significado de las normas de sanción no está vinculado a la etiqueta “prevención general de intimidación”. En un Estado de derecho moderno que no se basa en la idea de un desequilibrio de poder entre “autoridad” y “súbditos”, es más adecuada la denominación “anuncio de sanciones”. Tales anuncios hacen las veces de incentivos que desempeñan un papel en el seno de complejos mecanismos de decisión. A diferencia de lo que ocurre con los animales, respecto a los cuales solamente es posible una conducción de la conducta a través de un mecanismo fijo de estímulo-reacción, en el caso de los humanos que actúan se puede presuponer más. **Es decisivo, en primer lugar, que las personas (en general) comprenden el sentido de la exigencia de conducta que se encuentra en la base** y, en segundo lugar, que también pueden entenderse las reglas de astucia [Klugheitsregel] como *motivos* (Greco, 2009, p. 379ss.; en un sentido semejante, Kuhlén, 1998, p.60 s.) En la interacción personal entre dos individuos, la inclusión de reglas de astucia puede parecer eventualmente una manipulación desleal, falta de ética. Ahora bien, en contra de lo que sostiene Duff (Duff, 1998, p.185), de ello no hay que deducir que el Estado tiene que orientar la comunicación con todos los ciudadanos, que se halla vertida en las normas, según altas pretensiones morales respecto al trato humano. En esa medida, no son reprochables estándares más prácticos que presuponen *tanto* la receptividad moral *como* la tendencia a la evitación de perjuicios.” “Teorías de la Pena”, Tatjana Hörmle, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, Centro de Investigación en Filosofía y Derecho, 2015, Págs. 20,21,22.

protector de bienes jurídicos, situación que presenta como una *victoria histórica* y lo hace de la siguiente forma:

“La ciencia del derecho penal alemán de la postguerra intentó limitar el poder de intervención jurídico-penal de la mano de la teoría del bien jurídico. *La idea principal fue que el derecho penal debe proteger solamente bienes jurídicos concretos y no convicciones políticas o morales, doctrinas religiosas, concepciones ideológicas del mundo o simples sentimientos.*”⁶⁷

De esta forma, se hace observable el continuo desarrollo simbólico que ha recibido el tipo penal de discriminación donde, disposiciones de este orden, han adoptado la forma de un derecho penal que no define las conductas que proscribe y da por presupuestas tanto a las víctimas como a la lesión. En todo caso, esta conducta, que aquí ha querido denominarse hipotética, no garantiza la efectiva sanción penal al “evento discriminatorio”; piénsese en el caso de Sergio, la joven testigo de jehova, y el concejal, por ejemplo. Así, se perpetua su auténtico simbolismo.

Es fácil entender por qué ello ocurre, la conducta no es valorada en cuanto a lo que efectivamente desplegó la persona a quien quiere señalarse como autor; sino ante un hipotético hombre medio, que no estuvo presente en los sucesos y claramente no actuó. Las palabras de Rusconi son mucho más descriptivas en esta construcción: “Para argumentar con el ejemplo «sentimental» de Jakobs, podríamos decir que a menudo, en el ámbito de una relación de pareja, una conducta de una de las dos personas es analizada bajo el prisma de la *actuación hipotética* de un «*buen amante*», un «*buen marido*», etc. Si la conducta sale triunfante de esta comparación, podríamos decir que el conflicto, en parte, está superado.”⁶⁸

A partir de estos efectos simbólicos del tipo penal de discriminación se da por sentada la primera regla del derecho penal, rescatada en el primer capítulo, promocionada por Engisch, la aplicación del derecho penal requiere, necesariamente, ‘hacer ontológicamente verosímil la libertad’. Esto es presupuesto necesario de la privación de libertad como sanción, que, dicho sea de paso, no tiene nada de simbólico; se encuentra efectivamente contemplada en la norma. Hassemer describe el simbolismo al que se quiere aludir en la siguiente forma:

““Simbólico” en sentido crítico es por consiguiente un derecho penal en el cual las funciones latentes predominen sobre las manifiestas: del cual puede esperarse que realice a través de la norma y su aplicación otros objetivos, fuera de los descritos en ella. Con lo cual se entiende -como ya expresa la determinación del concepto- por “*funciones manifiestas*” llanamente las condiciones objetivas de realización de la norma, las que esta misma alcanza en su formulación: una regulación del conjunto global de casos singulares que caen en el ámbito de aplicación de la norma, esto es, la protección del *bien jurídico* previsto en ella. Las “*funciones latentes*” a diferencia son múltiples, se sobreponen parcialmente unas a otras y son descritas ampliamente en la literatura: desde la satisfacción de una “necesidad de actuar” a un apaciguamiento de la población hasta la demostración de un Estado fuerte. La previsibilidad de la aplicación de la norma se mide en la cantidad y cualidad de las condiciones objetivas las que están a disposición de la realización objetiva instrumental de la norma. *Una predominancia de las funciones latentes fundamenta lo que aquí denomino “engaño” o*

⁶⁷ “¿La protección de bienes jurídicos como misión del derecho penal? Claus Roxin, Pág. 65

⁶⁸ “La relevancia del comportamiento alternativo conforme a derecho en la imputación objetiva del delito imprudente”, Maximiliano Adolfo Rusconi, Pág. 66, En: [file:///C:/Users/asus/Downloads/Dialnet-LaRelevanciaDelComportamientoAlternativoConformeAD-174675%20\(1\).pdf](file:///C:/Users/asus/Downloads/Dialnet-LaRelevanciaDelComportamientoAlternativoConformeAD-174675%20(1).pdf)

“apariencia”: los fines descritos en la regulación de la norma son -comparativamente- distintos de los que se esperaban de hecho; no se puede uno fiar de la norma tal y como esta se presenta. Finalmente, en esta concreción de “simbólico” no se trata sólo del proceso de aplicación de las normas, sino frecuentemente ya de su formulación y publicación: en algunas normas (como § 220^a StGB) apenas se espera aplicación alguna.”⁶⁹ (Última cursiva fuera de texto.)

De esta forma, se ofrece al derecho penal la facultad de establecer a discreción qué constituye libertad de opinión y qué discurso de odio, con el fin de identificar simbólicamente la conducta penalmente relevante. Una atribución arbitraria concedida al derecho penal a partir de una efectiva priorización de las funciones latentes de la norma; que procura controlar una realidad sin permearla. En otras palabras, no se demuestra que la responsabilidad penal sea la solución a los problemas de inclusión, sólo se detectan sus *expresiones*, se les adjudica determinado tiempo de privación de la libertad, sin abordar el problema de la discriminación en sí mismo. Basta contemplar el caso de Sergio, de la joven en la comunidad Testigo de Jehová, del concejal. En palabras de Zaffaroni:

“Una cosa es afirmar que es mucho mejor expresar el saber en forma de metáfora, porque nunca podemos alcanzar la realidad, debido a la enorme interrelación de “todo” (perspectiva holística), con lo cual el saber se hace mucho más prudente y menos autoritario, y otra muy diferente es usar la metáfora, combinada en ficciones (invenciones), para extraer consecuencias asertivas y terminantes acerca de una realidad a la que no se presta la menor atención... La primera actitud es la de quien, ante una masa plétórica de realidad, se comporta con prudencia; la segunda es la de quien ante un vacío de realidad, lo rellena con su imaginación. Esta segunda actitud es la que caracteriza al discurso jurídico penal.”⁷⁰

Del análisis anterior es evidente que el simbolismo, propio de la aplicación de la norma, no solamente no se traduce en una política de inclusión, sino que, además, el fenómeno discriminatorio propiamente dicho escapa, también, a su control. Esto por cuanto los fenómenos discriminatorios suelen ser procesos grupales; que inciden en múltiples contextos y en los que existe, normalmente, una colectiva aceptación del maltrato, la pormenorización, el etiquetamiento, y la dominación. Piénsese, por ejemplo, en un caso de aporofobia. Por lo general los comensales de un restaurante no evitan el maltrato de los habitantes de calle que irrumpen en el establecimiento, más bien lo procuran.

Lo mismo ocurre en cualquier evento discriminatorio, no se presenta de forma individual, como pretende “construirlo” la Corte a partir del prisma del discurso de odio. Sino que, se trata de un escenario que goza de la aceptación, más o menos genérica de un grupo o colectivo. Asunto que escapa, verdaderamente, al planteamiento del tipo penal de discriminación. El siguiente doctrinante expone las dificultades prácticas del tipo penal, antes explicadas, en las siguientes palabras: “La primera, porque la intervención del sistema penal se ha basado en un concepto de discriminación individual que no alcanza a explicar ni a combatir por completo este fenómeno, ni contribuye a paliar sus efectos sociales; un concepto individual que resulta especialmente rentable

⁶⁹ “Derecho Penal Simbólico y Protección de Bienes Jurídicos”, Winfried Hassemer, Nuevo Foro Penal, Número 51, 1991, Pag. 24.

⁷⁰ “En Busca de las Penas Perdidas, Deslegitimación y Dogmática Jurídico-Penal”, Eugenio Raúl Zaffaroni, Editorial Temis, 1990.

para la semántica jurídica, a efectos de aplicar restricciones penales simbólicas acordes con el principio de culpabilidad por el hecho (C. P./art. 12).⁷¹

De esta forma, se hace todavía más complejo el abordaje de estas situaciones sociales. Pues no sólo el tipo penal favorece una aplicación meramente simbólica de la responsabilidad penal, sino que, infortunadamente, en oportunidades, estos fenómenos no tienen una incidencia en la persona en los términos en los que el derecho penal considera una efectiva lesión a un bien jurídico que legitime, de suyo, una efectiva privación de la libertad. El ejemplo expuesto del concejal, antes analizado, es muy dicente en este sentido. En todo caso, habría que preguntarse si a un miembro del congreso, cuya función consiste precisamente en crear políticas públicas, no le es dable sostener opiniones en torno a sujetos objeto de políticas públicas. Precisamente, como los indígenas, las negritudes, los desplazados. Cabría preguntarse si sus funciones no hacen indispensable que se formule este tipo de opiniones en torno a materias de interés público, por ejemplo.

Pero, piénsese en un escenario de colegio donde, precisamente, la alumna que sufre de anorexia decide raparse todo el cabello. El rector le llamó la atención por cuanto el manual de convivencia habla de un “atuendo tradicional”. Sin mencionar que, se pudo evidenciar, se encontraban impactados porque, conforme a los usos y costumbres, las niñas “deben” tener el cabello largo. Además, el reciente “atuendo” expone, aún más, que con casi 17 años pesa menos de 38 kgrs. a pesar de sus 1.65 de estatura. Todas las demás expresiones de discriminación a partir del evento se dejan al buen juicio del lector. El efecto de un proceso discriminatorio en un escenario como este no puede ser subestimado y, sin embargo, el derecho penal no podría emprender acción alguna, por no evidenciarse, un principio de lesividad que legitime sus consecuencias; no al menos en términos del derecho a la vida y la integridad personal. De nuevo, en aras al manual de convivencia, al menos en términos de igualdad formal, el rector está legitimado para el llamado de atención.

Ahora, no porque no exista una efectiva lesión a un bien jurídico que legitime la puesta en marcha del poder punitivo del estado los fenómenos discriminatorios dejan de ser relevantes para los distintos organismos de control. Simplemente, precisamente la característica vedada del fenómeno, esa soterrada aceptación que recibe, convierte al derecho penal en un instrumento inidóneo de control efectivo. Dicha ‘aceptación’ implica, necesariamente una multiplicidad de intervenciones que favorecen la desacreditación y que, por tanto, desbordan la categoría de responsabilidad penal individual. Piénsese por ejemplo en los eventos de discriminación escolar, siempre tan silenciosos y con efectos tan irreversibles.

El derecho penal no atiende la situación porque lamentablemente la moral colectiva y la dignidad no son ideales que legitimen, en abstracto, o, quizás, per se, la aplicación de penas privativas de la libertad. El principio de lesividad en el marco del derecho penal no puede darse por “demostrado” a partir del mero uso de un discurso, de odio, por ejemplo, pues,

⁷¹ En “Delitos contra la vida y la integridad personal, de las lesiones personales, aborto, lesiones al feto, abandono de personas, omisión de socorro, manipulación genética y delitos de discriminación”, Ricardo Posada Maya, Grupo Editorial Ibañez, 2015, pág. 191.

justamente, es lo que legitima la consecuente privación de la libertad individual. Tatjana Hörnle reflexiona sobre la materia en el siguiente sentido:

“Además, la pregunta formulada de manera general sobre *el fin* de la pena es inapropiada para dar a una investigación una forma razonable. Lo necesario es, más bien, desglosar dicha pregunta general en preguntas concretas, para evitar hacer consideraciones sobre “el sentido de la pena” que, si se contemplan de manera más precisa, solamente atañen a aspectos parciales. En especial, hay que diferenciar entre las preguntas: “¿*Debe el Estado, en primer lugar, amenazar con penas y, en segundo lugar, imponerlas?*” ¿*Hay (considerando también las cargas económicas para la generalidad) razones convincentes para mantener la práctica de la imposición estatal de pena?*” y “*puede haber prohibiciones jurídico-penales y condenas de los tribunales penales (considerando lo que con ello se exige de las personas afectadas)?*”⁷²

El fundamento más importante de la discusión que se plantea es el discernimiento que se ha generado, en la doctrina en general, sobre el hecho de que el derecho penal debe permanecer neutral frente a categorías que procuren el establecimiento de una moral colectiva determinada. De este discernimiento se desprenden grandes victorias, que incluso, desarrollan el derecho a la igualdad. Entre ellas, la exclusión del homosexualismo como conducta penalmente relevante, por ejemplo.⁷³ No solamente el respeto a la orientación sexual constituyó un progreso del derecho penal⁷⁴, sino el respeto a la expresión de la propia individualidad, de donde se desprenden derechos fundamentales como la libertad de pensamiento, de expresión, de opinión y de credo.

Y, así, podrían mencionarse más ejemplos donde la política criminal superó su rol opresor para, a cambio, auspiciar criterios de inclusión. Piénsese, por ejemplo, en el adulterio, donde el señalamiento político criminal iba dirigido sólo a las mujeres. Paradójicamente, un tipo

⁷² “Teorías de la Pena” Tatjana Hörnle, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, Centro de Investigación en Filosofía y Derecho, 2015, Pag. 15.

⁷³ “Si bien el legislador alemán no asumió esta idea programática, al menos reformó íntegramente en los años siguientes el derecho penal alemán en el ámbito sexual bajo la influencia de la teoría de la protección de bienes jurídicos. Desde entonces la sección correspondiente de nuestro Código Penal ya no se titula “Delitos y contravenciones contra la moralidad” sino “Hechos punibles contra la autodeterminación sexual”. *Es decir, la “moralidad” ya no es protegida jurídico penalmente porque no es un bien jurídico*, de manera que, por ejemplo, la homosexualidad entre adultos (entonces tenida como inmoral), el intercambio de cónyuges, los actos sexuales con animales y otros atentados contra la moral han sido, de forma consecuente, dispensados de pena.” (Cursiva fuera de texto) “¿La protección de bienes jurídicos como misión del derecho penal? Claus Roxin, Pag. 65 - 66.

⁷⁴ “La reforma del derecho penal en el ámbito sexual concluida en el año 1973 llevó a la doctrina del bien jurídico al punto culminante de su reconocimiento en Alemania, aunque esto sea negado por algunos de los adversarios de la teoría del bien jurídico con la afirmación de que la punibilidad de la homosexualidad entre adultos se suprimió, no porque un comportamiento semejante no lesione los bienes jurídicos de alguien, sino porque las convicciones cambiaron y este comportamiento ya no se consideró como inmoral. En efecto, la homosexualidad se tiene hoy en día en Alemania como una forma especial, éticamente neutral, de orientación sexual. *Sin embargo, esto fue, en gran parte, la consecuencia de la despenalización y no su causa*; pocos años antes de la supresión de la punibilidad el proyecto gubernamental para un nuevo Código Penal en el año 1962 calificó la homosexualidad como un “comportamiento ético especialmente reprochable e ignominioso según la convicción general.” (Cursiva fuera de texto.) “¿La protección de bienes jurídicos como misión del derecho penal? Claus Roxin, Pág. 66.

penal con fundamento en el honor. Resulta abrumador, si se piensa en el icónico caso de Sergio y otros que nos ocupan, aún hoy, en torno al derecho a la honra del otro. De manera que, atender el problema de las palabras desde el derecho penal, no parece traducirse, necesariamente, en una mejor comprensión en torno al derecho a la dignidad, la honra o el buen nombre. En cambio, la neutralidad del derecho penal, en lo que finalmente concluyeron los ejemplos aquí mencionados, parece realizar un mayor aporte en torno a la, cada vez más necesaria, categoría de igualdad material.

Solía considerarse una garantía la aspiración de un ciudadano a que su opinión no se censurase por razones políticas, filosóficas, religiosas, etc. Si se tiene en cuenta la calidad del emisor del mensaje sobre ‘los cánceres’ de Colombia es flagrante el ánimo de censura con que se reclama en contra del funcionario el funcionamiento del engranaje punitivo del Estado. Esta situación envía un mensaje preocupante en términos democráticos, como por ejemplo que, justamente, las personas que deben, por antonomasia, someter a consideración temas de interés público tendrán censura en el debate ‘sobre las minorías’. Precisamente el debate permite la depuración de las políticas que sirven o no al interés público. Y, no propiamente por tratarse de minorías o no, pues lo que garantiza la democracia es el debate **libre** en torno a temas de interés público. De modo que, en términos democráticos, no deberían sobrevenir expresiones que puedan vedarse del debate, aunque su contenido, en principio, incomode. Es precisamente a estos funcionarios a quien se les debe permitir la polémica, la polarización. Otros países se han planteado la misma preocupación en torno a las palabras, con la fortuna de no perpetuar el análisis al interior del derecho penal.

Téngase en cuenta por ejemplo el caso estadounidense Snyder Vs. Phelps del año 2011. Una comunidad religiosa (Westboro Baptist Church) tomó la decisión de asistir a los funerales de soldados homosexuales caídos en combate con la misión de ‘evangelizar’ a los no alineados. Así, en la vía pública más cercana exponían sus pancartas con dichos como los siguientes: Thank God for 9/11, thank God for dead soldiers, God hates fags, your going to hell, y cosas similares.⁷⁵ La Corte Suprema estadounidense amparó el derecho a la libertad de expresión del grupo religioso por considerar que comunicaban mensajes en torno a temas de interés público y en forma pacífica sobre la vía pública. Así, la Corte Suprema de EE. UU recordó que la protección de la primera enmienda a la libertad de expresión implica que, no porque moleste el contenido del discurso, se puede inferir que el mismo no es titular de protección.

De esta forma, quiere resaltarse que el debate no sólo es legítimo en cualquier ámbito; sino que debería gozar de protección, incluso en mayor medida, en cabeza de personas que el poder constituyente originario ha elegido en plena identificación con sus posturas políticas o su determinada cosmovisión; como ocurre con la investidura de concejal. De esta manera, se considera desproporcionada la asunción conforme a la cual, de la emisión de una opinión sesgada a cerca de minorías o grupos históricamente marginados, se desprende indefectiblemente la conclusión de que se está en presencia de un fenómeno de discriminación como la homofobia, la misoginia o el racismo. O que estas inferencias, a partir de un discurso de tal naturaleza contengan, per sé, la capacidad de probar la responsabilidad penal individual por discriminación.

⁷⁵ Los cargos de la demanda fueron Defamation, publicity given to private life, intentional infliction o emotional distress, intrusion upon seclusion, civil conspiracy.

Una política criminal de este orden implicaría un regreso al derecho penal de autor (tema que se valorará en el capítulo 3). Sin mencionar que poner en marcha el funcionamiento del derecho penal con base en la locución emitida por el concejal, confiere la atribución de la responsabilidad penal individual como mecanismo de censura al discurso. So pena de criminalizar el discurso de odio se reprime un derecho fundamental en la implementación de un estado democrático.

La libertad de expresión es precisamente el instrumento que permite debilitar los argumentos de quien defiende posiciones de este tipo. No podrían objetarse públicamente dichas observaciones si no se conocieran sus argumentos. En todo caso, combatir este tipo de cosmovisiones es aún más difícil si permanecen en reserva. Asunto que ocurre con frecuencia en política pues, por un lado, se defienden minorías, y por otro, se evade la responsabilidad de generar políticas públicas que los impacten. Este tipo de colectivos son dejados a merced de un tipo penal meramente simbólico como el tipo penal de discriminación. Popper destaca la importancia de la neutralidad en la valoración de contenidos discursivos de la siguiente forma:

“Rationalism is therefore bound up with the idea that the other fellow has a right to be heard, and to defend his arguments. It thus implies the recognition of the claim to tolerance, at least of those who are not intolerant themselves. One does not kill a man when one adopts the attitude of first listening to his arguments. (Kant was right when he based the ‘Golden Rule’ in the idea of reason.) Also the idea of impartiality leads to that of responsibility; we have not only to listen to arguments, but we have a duty to respond, to answer, were our actions affect others. *Ultimately, in this way, rationalism is linked up with the recognition of the necessity of social institutions to protect freedom of criticism, freedom of thought, and thus the freedom of men.*”⁷⁶

La capacidad de censura al discurso desde el derecho penal no solamente contradice derechos relacionados con la libertad de expresión, como la libertad de credo, de pensamiento y de opinión; sino que, facilita la concreción de los riesgos del fortalecimiento del poder punitivo del Estado, entre ellos, la inspección al carácter. Así, no puede concederse esta prerrogativa al derecho penal sin generar, a la larga, un desconocimiento de otros derechos de orden constitucional a quien alimenta un discurso sesgado, alienado, o determinista. Una prerrogativa en este sentido desconoce la naturaleza constitucional de la responsabilidad penal como última ratio y la necesidad de una efectiva lesión a un bien jurídico para su puesta en funcionamiento; tan característico de tipos penales simbólicos como el que se analiza.

Y es que categorías como el honor, la dignidad, y el buen nombre han sido, por antonomasia, prioridad del derecho constitucional. Esta jurisprudencia ha ofrecido una mayor descripción tanto de las obligaciones como de los derechos que en este sentido tienen los organismos del estado y los propios ciudadanos. Materias que, como se estableció, escapan a las propias capacidades del derecho penal, diseñado para contener los casos más extremos de daño social. Entre otras, es compleja la validez del rol del derecho penal en la censura a contenidos discursivos si se tiene en cuenta que, por un lado se agrupan los propósitos de inclusión a grupos históricamente vulnerados, y, por otro, la permisibilidad política y jurídica de la exclusión a través del derecho penal. Materia que demuestra la arbitrariedad en el protagonismo propuesto al derecho penal. Ténganse en cuenta para la

⁷⁶ Op. Cit. Pag. 225

demostración de lo anteriormente señalado las siguientes palabras de la representante de un grupo político religioso minoritario:

“Si ven un predicador sin un brazo, no se van a agradecer mucho. Por la conciencia, otros días por estética, no lo ponemos en el púlpito (...) el espíritu santo es el que ordena a cada uno estar predicando. Entonces, el minusválido sabe que no puede pasar al púlpito. No irá a ponernos una demanda porque sabe que sería ridículo y podría hacerlo, pero, ¿al final qué?. Dios le castiga y le pone la mano (...)”⁷⁷.

La conversación que sostenía la “representante” de la Iglesia de Dios Ministerial de Jesucristo Internacional y, a su vez, del partido político MIRA discriminaba como inadecuada la postulación de una persona con habilidades diferentes al rol de pastor. La conducta fue utilizada como argumento de la demanda de inconstitucionalidad contra los tipos penales de actos de racismo y discriminación (134^a) y hostigamiento por motivos de raza, religión, ideología política, u origen nacional étnico o cultural (134^b). La demanda de inconstitucionalidad se fundamentó en el hecho de que el tipo penal no incluyó las habilidades diferentes, comúnmente denominadas discapacidades, como categoría en los tipos penales de actos discriminatorios y hostigamiento por motivos discriminatorios.

En aras de demostrar la dificultad de la censura al discurso desde el derecho penal quisiera resaltarse el hecho de que la Corte, con miras a evitar un análisis de fondo frente al contenido del discurso en cita, estableció que la discriminación que soporta la población con habilidades diferentes es, en un mayor porcentaje, una discriminación de carácter estructural. Motivo por el cual no encontró que la exclusión de la categoría de discapacidad fundamentara la inconstitucionalidad de los tipos penales. Aunque este problema fue resuelto posteriormente por el congreso aquí se pretende señalar la sentencia C-671 de 2014, emitida por la honorable Corte Constitucional, como una muestra más de la aplicación meramente simbólica del tipo penal de discriminación.

Estos ejemplos, tanto el relativo al concejal como el de la “representante” del grupo político MIRA, demuestran la arbitrariedad en el uso de la responsabilidad penal como mecanismo de control para fenómenos como el discriminatorio. No sólo constituyen una ratificación de los efectos simbólicos de la norma. Además demuestran que, aunque se expongan las mejores intenciones de acuerdo a la inclusión social de este tipo de grupos, como justificación legitimadora del tipo, el derecho penal puede convertirse en un instrumento verdaderamente re victimizador.

Como lo demuestra esta sentencia. Este fallo invisibilizó la problemática de la población discapacitada en razón a que la discriminación de la que es sujeto este colectivo, según la Corte, hace parte de “otra” categoría de discriminación, la discriminación estructural. Esta última, de acuerdo a lo señalado por la Corte, no sancionada por los tipos penales. En el capítulo 1 de este documento quedó demostrado cómo uno de los casos más icónicos de discriminación, el caso de Sergio, implicó muchas decisiones “estructurales”, institucionales que incidieron en el “resultado”. Realmente mal podría esperarse excluir este tipo de

⁷⁷ C-671 de 2014.

discriminación de la valoración penal de la conducta y no inferir de ello su efecto re victimizador.

Lo que aquí quiere señalarse es que, contemplar la discriminación como conducta penalmente relevante a partir de la pesquisa al discurso de odio tiene, además de un efecto simbólico, un efecto re victimizador por cuanto, como lo demostró este fallo, la enorme amplitud del tipo concede el desconocimiento subjetivo de la relevancia punitiva de ciertas modalidades de discriminación. Este efecto inesperado del tipo penal se explica de acuerdo a la propia naturaleza constitucional de la responsabilidad penal, la de última ratio.

Por consiguiente, la responsabilidad penal procura la protección de bienes jurídicos y no de conceptos relacionados con la dignidad, el honor o, incluso el buen nombre asuntos que sí tienen mucho que ver con los procesos discriminatorios. Infortunadamente, el derecho penal es insuficiente para la protección de estos derechos en abstracto pues la privación de la libertad, como última ratio, requiere de un juicio de proporcionalidad donde la lesión a los bienes jurídicos legitime la aplicación de la sanción.

Situación que no se presenta en muchos fenómenos discriminatorios pues, como se explicó, se trata de un proceso que goza de la complacencia de un grupo y escapa a los parámetros trazados para la responsabilidad penal individual. Como lo describen los escenarios más graves de discriminación, los casos de auto lesión, escapan a la valoración del derecho penal por cuanto no suelen contemplarse como conducta o acción en términos dogmático penales. Asunto que demuestra que la responsabilidad penal no es un instrumento idóneo para combatir estas materias. Roxin se refiere a la falta de protección de bienes jurídicos de tipos penales de este resorte de la siguiente forma:

“En séptimo lugar, *las leyes penales simbólicas no buscan la protección de bienes jurídicos*. Yo entiendo como tipos penales simbólicos las leyes que no son necesarias para el aseguramiento de una vida en comunidad y que, por el contrario, *persiguen fines que están por fuera del derecho penal*, como el apaciguamiento del elector o una presentación favorecedora del Estado. Solamente nombro como ejemplo una regulación del Código Penal alemán que castiga con pena la negación o la resta de importancia de los delitos de genocidio cometidos bajo el régimen del nacionalsocialismo. No obstante, la negación total o parcial de hechos históricos, que incluso no comprende la aceptación de delitos, no menoscaba la vida en comunidad de los hombres que viven hoy en día, cuanto más que estos hechos fueron probados y su verdad histórica reconocida en general. El verdadero sentido de la norma es presentar a la Alemania de hoy como un estado depurado que no oculta ni olvida los crímenes de la época de Hitler. Esto es una intención loable, sin embargo, su persecución no sirve a la protección de bienes jurídicos. El empleo del derecho penal para un fin semejante no es entonces legítimo.”⁷⁸

Esto ocurre también al tipo penal de discriminación cuando, por su sola sanción, se procura la protección de la dignidad, por ejemplo. Se pierde de vista que la dignidad es, a su vez, un ideal normativo, frente al cual poca influencia ejerce el derecho penal. De esta forma, no podría concederse a la sociedad el derecho a la libertad de expresión, por un lado. Y, por

⁷⁸ “¿La protección de bienes jurídicos como misión del derecho penal? Claus Roxin, Pág. 73.

otro, establecer, desde el derecho penal, que sólo quienes tengan algo ‘bueno’⁷⁹ que decir a los demás tienen derecho a expresarse. La intención constitucional de este tipo de prerrogativas es, justamente, que el derecho permanezca neutral frente a los contenidos del discurso. Por cuanto por esta vía se permite la expresión de la propia individualidad.

Tan “censurada” en los procesos discriminatorios aquí expuestos; con enorme participación de jueces, entes educativos, y comunidades religiosas. El rescate a esa individualidad, que sólo permite una concepción liberal⁸⁰ de la libertad de expresión, permite entender que no puede establecerse, en materia de contenidos discursivos, una norma conforme a la cual se tiene derecho sólo al discurso que no moleste, no incomode, no desagrade o no mortifique. Ya que este contiene también opiniones, pensamientos, credos, y se encuentra a su vez, protegido. Con relación a esto Dworkin expone la siguiente reflexión:

“The argument of principle I just described, however, goes far beyond justifying limited constraints on speech like that one. It demands prohibiting any expression or display that might reasonably be thought to embarrass anyone or lower others’ esteem for them or their own self-respect. *The idea that people have that right is absurd.* Of course it would be good if everyone liked and respected everyone else who merited that response. But we cannot recognize a right to respect, or a right to be free from the effects of speech that makes respect less likely, without wholly subverting the central ideals of the culture of independence and denying the ethical individualism that that culture protects. Popular opinions and prejudices of any society will always be hurtful to some of its members. Terrible insults are offered every day, in some American community or other, to creationists and religious fundamentalists, to people who believe that homosexuality is deeply sinful or that sex is proper only within marriage, to those who think that God forbids surgery or penicillin or demands holy wars, to people who think that Norman Rockwell was the only great artist of the century, or that Hallmark cards are moving or that Sousa marches are great music, to people who are short or fat or just plain slow. People of a thousand different convictions or shapes or tastes understandably feel ridiculed or insulted by every level of speech and publication in every decent democracy in the world.”⁸¹ (Cursiva fuera de texto.)

⁷⁹ “France is much worse. It has laws on the books that effectively grant the state the right to determine Historical Truth and to punish deviation from it, laws that Stalin and Goebbels would have admired. These laws are used regularly though selectively. Primarily they are used, with much cynical posturing, to punish questioning of the Nazi Holocaust. The term “cynical” is entirely appropriate. Right at the same time the intellectual classes remain silent about France’s own participation in monstrous slaughters, which we would certainly call genocide if perpetrated by enemies. We are, in fact, witnessing the cynicism right at this moment. Far worse than denying the Holocaust would be punishing the victims, exactly what France is now doing, by illegally expelling Roma – Gypsies – to misery in Romania. They too were victims of the Holocaust, much in the manner of Jews. This too passes without comment.”⁷⁹

⁸⁰ “*Liberalism based on neutrality takes as fundamental the idea that government must not take sides on moral issues, and it supports only such egalitarian measures as can be shown to be the result of that principle. Liberalism based on equality takes as fundamental that government treat its citizens as equals, and insists on moral neutrality only to the degree that equality requires it.*” (Cursiva fuera de texto.) “A matter of principle”, “Why liberals should care about equality”, Ronald Dworkin, The Alden Press, Oxford, Great Britain, 1996, Pág. 205.

⁸¹ Ibid. Pág. 259.

Es importante el concepto de democracia al que alude Dworkin; pues una concepción liberal de la libertad de expresión presupone una participación democrática a todo tipo de expresión⁸². Democrática no en el sentido de una verdadera dictadura de las mayorías, o de las mayorías en favor de las minorías como en este caso, sino de un profundo respeto a la propia individualidad, la propia preferencia. En todo caso, no exenta del debate público, del derecho a réplica y de contradicción. Dicho de otra forma, este estudio se inclina por establecer que mal puede modificarse el ‘arquetipo’ de los grupos llamados a opinar, debatir, ridiculizar, polarizar, a través de la generación de “nuevos” arquetipos. Ello no genera un efecto incluyente y tampoco una expansión del derecho a la igualdad, Dworkin reflexiona sobre esto en el siguiente sentido:

“In this essay I shall set out what I believe are the main principles of liberalism based on equality. This form of liberalism insists that government must treat people as equals in the following sense. *It must impose no sacrifice or constraint on any citizen in virtue of an argument that the citizen could not accept without abandoning his sense of equal worth.* This abstract principle requires liberals to oppose the moralism of the New Right, because no self-respecting person who believes that a particular way to live is most valuable for him can accept that this way of life is base or degrading. No self-respecting atheist can agree that a community in which religion is mandatory is for that reason finer, and no one who is homosexual that the eradication of homosexuality makes the community purer.”⁸³

En todo caso los intentos de establecer la “moralidad pública” desde el derecho penal, como en el caso de la prohibición del discurso de odio a través del tipo penal de actos discriminatorios, han reanudado el debate sobre si estos tipos penales efectivamente protegen bienes jurídicos⁸⁴. Ya que, censurar el discurso frente a unas categorías y no frente a

⁸² “These are relational conditions: they describe how an individual must be treated by a genuine political community in order that he or she be a moral member of that Community. A political community cannot count anyone as a moral member unless it gives that person a part in any collective decision, a stake in it, and independence from it. First, each person must have an opportunity to make a difference in the collective decisions, and the force of his role - the magnitude of the difference he can make— must not be structurally fixed or limited in ways that reflect assumptions about his worth or talent or ability, or the soundness of his convictions or tastes. It also insists, as several of the chapters in Part III argue, on free speech and expression for all opinion, not just on formal political occasions, but in the informal life of the community as well.” (Subraya fuera de texto.) “Freedom’s Law: The Moral Reading of the American Constitution”, Ronald Dworkin, Oxford University Press, 1996, Pág. 224, 225.

⁸³ “A matter of principle”, “Why liberals should care about equality”, Ronald Dworkin, The Alden Press, Oxford, Great Britain, 1996, Pág. 205 a 206.

⁸⁴ “En octavo lugar, las regulaciones de tabúes tampoco son bienes jurídicos, y por ello no deben ser protegidas por medio del derecho penal. Yo traigo a colación solamente el ejemplo provocador del incesto que está sancionado con pena en el derecho alemán y con frecuencia a nivel internacional a pesar de que no es manifiesto cuáles son los daños que surgen cuando, por ejemplo, hermano y hermana, como adultos y de común acuerdo, tienen relaciones sexuales entre sí. La fundamentación que a menudo se antepone de que se debe evitar malformaciones de la prole no es fundada. Pues, en primer lugar, de una relación semejante no resultan hijos por regla general; en segundo lugar y dado el caso, estos hijos sufrirán malformaciones en casos muy extraordinarios; y en tercer lugar, a parte de esto el Estado no intenta evitar daños hereditarios de la mano de normas jurídico-penales a causa del respeto a la esfera privada humana. Esta regulación protege entonces un tabú transmitido desde los tiempos primitivos de la socialización humana que, independientemente del derecho penal, hoy también es respetado casi sin excepción; sin embargo, para su protección jurídico-criminal no existe

otras, parece, más bien, un ejercicio a discreción del poder punitivo del Estado. El honorable magistrado Carlos Gaviria Díaz expondría esta preocupación del siguiente modo:

“Reflexionando sobre la prohibición del incesto en una sociedad democrática, se preguntaba: “Unas pocas inquietudes ponen de presente lo que implícitamente se afirma en la pregunta. i) *¿Cómo se conoce esa “moralidad pública”?* *¿Existe algún criterio objetivo para reconocerla*, análogo a la regla de reconocimiento propuesta por Hart como instrumento conceptual que permite identificar las normas de un ordenamiento jurídico? ii) Y si tal es el caso, *¿cómo saber con certeza, o con un alto grado de probabilidad, que esa “moralidad pública” que repudia el incesto, clama porque se le desestime con una sanción penal?* Porque bien puede ocurrir que a alguien le pregunten, verbigracia, cómo juzga el adulterio y responda: “me parece censurable”. Pero si se le inquiriere: “y se debe castigar?”, conteste: “ese es un asunto de cada uno.” *¿Y que tal el homosexualismo, tan generalmente repudiado, acerca del cual ha dicho la Corte (con el voto favorable de algunos magistrados adalides de la “moralidad pública”) que ni si quiera puede consagrarse como causal de mala conducta?* iii) Y dentro de una sociedad pluralista como la colombiana, cabe preguntar: *¿Hay una sola moralidad pública o hay varias?* *Si hay una sola, ¿quién la determina?* *Y si hay varias, ¿Cuál prevalece y por qué?*”⁸⁵

Es importante que el derecho permanezca neutral frente a los contenidos ya que, como lo expuso Carlos Gaviria en forma muy descriptiva a través del ejemplo, no se cuenta con un instrumento estable para establecer la moralidad pública desde el derecho penal⁸⁶. Dicho de otra forma, el tabú⁸⁷ que pretende establecer la Corte ofreciendo la persecución penal al discurso de odio, no constituye un bien jurídico objeto de protección del derecho penal por las múltiples dificultades que han sido señaladas. La anterior reflexión evoca una observación expuesta por Simone de Beauvoir en algunos de sus señalamientos sobre igualdad. No se trata sólo de conquistar los mismos derechos para la ‘diferencia’, ¿por qué no otros?.

El paralelo que se propone parte del poder tácito de censura que se confiere al tipo penal de actos discriminatorios, en la interpretación que sobre su constitucionalidad realizara la Corte. Se emplea la misma institución que se impuso frente a las minorías para evangelizarlas, convertirlas, o simplemente alienarlas; ahora, “al servicio de ellas”. La censura a la libertad de pensamiento, de opinión, de expresión. ¿Por qué no otras instituciones? La censura fue mecanismo de opresión por motivos de raza, convicción política y filosófica, religión; ¿por qué no reclamar el despliegue de un poder distinto a la censura en favor de la diferencia? Sin mencionar que el criterio de *hate speech* que se propone como la demostración, por

un motivo suficiente, como ya se reconoció en la época de la Ilustración.” “¿La protección de bienes jurídicos como misión del derecho penal? Claus Roxin, Pág. 74.

⁸⁵ Corte Constitucional Aclaración de Voto de la Sentencia C-404 de 1998. M.P. Carlos Gaviria.

⁸⁶ “It is obviously inconsistent with respecting citizens as responsible moral agents to dictate what they can read on the basis of some official judgment about what will improve or destroy their characters, or what would cause them to have incorrect views about social matters.” “Freedom’s Law: The Moral Reading of the American Constitution”, Ronald Dworkin, Oxford University Press, 1996, Pág. 207- 208.

⁸⁷ “Una protección del sentimiento que vaya más allá de lo expuesto no puede ser función del derecho penal, pues el hombre moderno vive en una sociedad multicultural en la que también la tolerancia frente a concepciones del mundo contrarias a la propia es una de las condiciones de su existencia. Por esto, se pasa de la raya cuando el derecho penal alemán sanciona el que alguien provoque escándalo público realizando una acción sexual o el enviar a alguien una publicación pornográfica sin que éste la haya requerido. Muchas otras cosas pueden ser desagradables para alguien, y precisamente el problema en los casos expuestos se puede solucionar por sí mismo haciéndose el de la vista gorda o tirando el material. En todo caso, la libertad y la seguridad de la vida en comunidad no se afecta de esta forma, aquí la punición es una reacción desmesurada. Los acosos periféricos serán, a lo más, objeto del derecho de policía.” (Cursiva fuera de texto.) “¿La protección de bienes jurídicos como misión del derecho penal? Claus Roxin, Pág.72.

autonomasia, del dolo en actos discriminatorios es una categoría importada de países que la emplean en el ámbito civil, en casos de difamación, daño emocional o daño punitivo. No sólo la categoría se importa, sino que se desnaturaliza; superponiéndola en el ámbito penal, a criterios constitucionales, como el de última ratio⁸⁸.

Valdría la pena despojarse de la categoría de víctima del estereotipo y dar paso a fenómenos ya conocidos en el arte de la expresión. Por ejemplo, Josephine Baker, la primera superstar negra. Exageró el estereotipo hasta ridiculizarlo; nunca fue su víctima, se reía de él. Tal vez las caricaturas de Charlie Ebdó; según los analistas una expresión en contra del extremismo, no del islamismo, con contenido humorístico. Incluso las expresiones de los jugadores de fútbol americano en contra de la inequidad por motivos racistas; quienes se arrodillan frente al himno nacional americano enviando su señal de protesta en los partidos televisados, al mejor estilo de Martin Luther King.

Realmente, las situaciones de inequidad que apremian a estos colectivos podrían visibilizarse más si se comprendiera que no basta con el reconocimiento de los derechos en la carta magna, deben reclamarse (Chomsky). Tema que no parece ofrecer suficiente empoderamiento a las víctimas a través del tipo penal de actos discriminatorios pues, conceptualmente, la jurisdicción penal es invocada, precisamente, para sustraer de las víctimas el conflicto y, ofrecerlo, a merced de la decisión del funcionario de Estado de turno. Asunto que suscita la siguiente cita de un artículo sobre determinismo histórico:

“Pero esto ha sido de siempre. El agachar la cabeza ante el turbión de hechos que, al agigantarse, nos empequeñecen; el advertir de repente, en el avanzar por la historia, que nos falta pie; el aturdirse ante el maremágnun de potencias contrarias que nos solicitan; el alzar la vista al cielo, sin encontrarlo; el sentirnos arrollados, desorientados, faltos de punto alguno de referencia, ciegos a toda luz capaz de guiarnos... *Es natural, entonces, abandonarse, proclamando el fin de todo. Pero es también olvidar el inmenso caudal de recursos que dentro de nosotros podemos encontrar. En realidad, no se da ahí sino el lógico azoramiento del nadador inexperto que se encuentra, de súbito, demasiado alejado de la orilla, y en su turbación, más que ahogarse, se hace ahogar.*”⁸⁹ (Cursiva fuera de texto.)

Por ello, es importante generar una estrategia de respuesta al statu-quo también amparada en la libertad de expresión. Esto se quiere expresar muy en el sentido de lo referido por Popper (citado con anterioridad) cuando se refiere a que “the idea of impartiality leads to that of responsibility”, o lo referido en algunas alocuciones de Dworkin donde establece que existe una diferencia entre “a matter of principle and a matter of interest”. La refutación al statu-quo es una verdadera responsabilidad del ciudadano. En el siguiente pasaje, que alude a la teoría de la acción comunicativa de Habermas se puede entender la relevancia de expresar la diferencia en ese sentido:

⁸⁸ “Yo parto de que las fronteras de la autorización de intervención jurídico-penal deben resultar de la función social del derecho penal. Lo que está más allá de esta función no debe ser lógicamente objeto del derecho penal. La función del derecho penal consiste en garantizar a sus ciudadanos una existencia pacífica, libre y socialmente segura, *siempre y cuando estas metas no puedan ser alcanzadas con otras medidas político-sociales que afecten en menor medida la libertad de los ciudadanos.* Esta descripción de funciones corresponde, según mi opinión, con el entendimiento mismo de todas las democracias parlamentarias actuales, por lo que entonces no necesita de una fundamentación teórica más amplia.” (Cursiva fuera de texto.) “¿La protección de bienes jurídicos como misión del derecho penal? Claus Roxin, Pág. 68.

⁸⁹ “Sobre el Determinismo Histórico (Ante unas palabras de su Santidad)”, José María García Escudero; Pág. 495, <file:///C:/Users/asus/Downloads/Dialnet-SobreElDeterminismoHistorico-2127262.pdf>

“El lenguaje posee una dimensión pragmática muy importante, la mayor parte de las expresiones lingüísticas de los sujetos se orientan a la acción, se utiliza para *hacer*, de acuerdo al contexto en el que se producen. Berger y Luckmann (1968) en su obra *“La construcción social de la realidad”*, quienes estudian de manera detallada la construcción social a través de los mecanismos lingüísticos, concluyen que los mundos en los que los sujetos viven no están ahí esperando a ser vistos, por aludir a tendencias ingenuas de la investigación sociológica, es decir, los mundos no son simplemente fenómenos naturales y objetivos, sino que están contruidos mediante toda una compleja gama de prácticas y convenciones sociales diferentes. En suma, todo proceso de conocimiento y de comunicación se realiza dentro de un contexto social que lo mediatiza y lo condiciona.”⁹⁰(Cursiva del texto, Subraya fuera de texto.)

Es por ello que el lenguaje no debe limitarse pues este se erige como herramienta importante para modificar ciertos usos en la sociedad, moldearla, y es probable que en ese devenir genere una cultura⁹¹ del respeto al otro pese a su “discordancia”. Por oposición a pretender derivar una ‘cultura del respeto’ a través de la amenaza de sanción punitiva⁹². Sanción punitiva determinada en fenómenos históricos que no abordan la problemática real de los procesos discriminatorios. La blasfemia ya fue un criterio político criminal importante; es la libertad la que permanece inexplorada, la libertad de respuesta, de réplica, de contradicción, de objeción; porque implica resistencia, estamina y resiliencia frente al opresor. Incluso por quienes deberían negar el rol de víctimas propuesto por el tipo. La libertad es un criterio que debería protegerse incluso de una injerencia “de buena fe” o, con las mejores intenciones, del derecho penal. Dicho de otra forma: “Y esto es lo que aquí me importa dejar bien sentado. No si el probable futuro dará la razón a la nueva Edad Media de Berdiaeff o a la nueva Roma de Spengler, si acierta

⁹⁰ “Los derechos humanos como prácticas discursivas: un enfoque desde la teoría de la acción comunicativa de Jürgen Habermas”, Ricardo Escobar Delgado, Revista Diálogos de Saberes ISSN 0124-0021, julio-diciembre de 2009, Pág. 159.

⁹¹ “Habermas (1998) define la *cultura* como un acervo de saber en que los participantes en la comunicación se abastecen de interpretaciones para entenderse sobre algo en el mundo. La reproducción cultural del mundo de la vida se encarga de que, en su dimensión semántica, las nuevas situaciones que se presenten queden puestas en relación con los estados del mundo ya existentes. Se trata de asegurar la continuidad de la tradición.” (Cursiva del texto, subraya fuera de texto.) “Los derechos humanos como prácticas discursivas: un enfoque desde la teoría de la acción comunicativa de Jürgen Habermas”, Ricardo Escobar Delgado, Revista Diálogos de Saberes ISSN 0124-0021, julio-diciembre de 2009, Pág. 164.

⁹² “Es difícil poner en duda que las leyes penales están al servicio de un fin: se trata de un acto de comunicación. Lo único que hay que discutir es quién es el destinatario y cuál es el contenido del mensaje. Hay dos explicaciones imaginables. Según un planteamiento minimalista, las leyes penales *solamente* contienen una autorización e indicación para las autoridades de persecución penal. La explicación alternativa ve en ellas (además) un mensaje para quienes están sometidos al poder punitivo del Estado. (...) Un planteamiento minimalista no es apropiado en un Estado constitucional y de Derecho contemporáneo. En especial, si las leyes penales se tuvieran que entender únicamente como autorizaciones en la relación entre ejecutivo y legislativo, no se entendería la prohibición de retroactividad (art.103 apdo. Ley Fundamental). Las informaciones que se encuentran en las leyes penales se dirigen también a las personas físicas (potencialmente) afectadas por ellas, que están sujetas a las pretensiones de regulación de las leyes.

Las leyes penales deben expresar formal y públicamente valores esenciales de la comunidad y dar a los ciudadanos buenas razones para comportarse de una determinada manera (Duff, 1998,p. 184 ss.; crítico frente a tales planteamientos, Greco, 2009, p. 398 ss.). Con independencia de si se parte de la existencia de normas primarias de comportamiento, hay que partir de que, en todo caso, las normas de sanción deben operar dirigiendo el comportamiento. Para hacer referencia a esto es usual el concepto de la prevención general de intimidación; tras él, se esconde la idea de que los anuncios de pena tienen un efecto intimidatorio.” (Cursiva del texto. Subraya fuera de texto.) “Teorías de la Pena” Tatjana Hörnle, Pag. 17.

Hauriou al proclamar al bien más coherente que el mal o Donoso al afirmar el triunfo natural del mal sobre el bien; sino que, en cualquier supuesto, lo que suceda será el resultado de un proceso libre.”⁹³

Parte importante de los procesos discriminatorios consiste, justamente, en la ausencia de dominio de la víctima sobre las circunstancias. Normalmente, la víctima conoce perfectamente a sus agresores, a sus ofensores. Realmente, en términos político criminales ofrecer la problemática y su solución al poder punitivo del Estado justamente aumenta su incapacidad de respuesta. El poder punitivo se apodera de su dicho y desplaza su significancia por lo que, en nombre de sus propios parámetros, es ‘relevante’ para el Estado. Allí no se vislumbra un abordaje de la problemática de la víctima sino de su re significación, de lo que para el derecho penal significa esa problemática.

Sin mencionar que, la apertura de investigación no subroga a la víctima en el enfrentamiento del problema. En todo caso, mientras no tenga opción tendrá que hacer frente a sus vecinos, sus compañeros de estudio, de trabajo, otros feligreses. Ellos, a su vez tendrán nuevas formas de reacción frente a la investigación propiamente dicha. En muchas ocasiones, conforme a lo demostrado por las sentencias antes analizadas (tanto en este capítulo como en el anterior), nada garantiza que una decisión judicial no se materialice en la justificación de la re victimización y el abandono de la víctima. No sin antes poner en tela de juicio su dicho frente al de los ofensores; como es propio de los escenarios del debido proceso que el Estado debe propiciar para justificar su intervención.

Algunos analistas de la libertad de expresión han llegado a afirmar que, precisamente, la no formulación de aquellas preguntas que “incomodan” constituye una razón suficiente para la prórroga ilegítima de “anti-ciudadanos” en el poder. Para explicar lo anterior vale la pena exponer el desenlace de un argumento propuesto por Claudia López en debate público durante una sesión del congreso en junio de 2018. López le reprochaba al senador Alfredo Ramos Malla haberse declarado impedido para el debate a un proyecto de ley sobre Bacrim (bandas criminales). López argumentó que parapolítica y bacrim eran temas distintos y no debió declararse impedido a menos que el senador (Ramos Malla) pretendiera aplicar la norma a su padre, investigado por parapolítica.

Los medios, no centraron su atención en el argumento presentado, un argumento que propugnaba por la transparencia en las razones “imperceptibles” del impedimento. La prensa desvió la atención a dicha situación y se centró en un argumento de corrección política presentado por Claudia López al escuchar el hijueputaso que le propinara su interlocutor (Ramos Malla). A partir de ahí se invisibilizó el debate político inicial y se redefinió la problemática en términos de violencia de género y machismo. Estos últimos fueron los argumentos que propagó la prensa. Así, se restó relevancia al debate inicial y al

⁹³ “Sobre el Determinismo Histórico (Ante unas palabras de su Santidad)”, José María García Escudero; Pág. 500, <file:///C:/Users/asus/Downloads/Dialnet-SobreElDeterminismoHistorico-2127262.pdf>

hecho de que la investidura de López legitimaba su discurso, para dar paso a que la ofensa no se desarrolló en torno a su investidura sino en torno a su condición de mujer.⁹⁴

La nueva discusión, planteada por la prensa y por López, suscitó un problema de legitimidad; que no se presentó en el momento en que ambos se referían a sus diferencias desde su investidura. ¿Es posible que López redefina la ofensa recibida como una ofensa a todas las mujeres y por su condición de tales? Esto se convierte en un problema de legitimidad de la representación de López ante todas las mujeres colombianas⁹⁵. Pues, cabe preguntarse, si para la mujer media colombiana López representa la femineidad por antonomasia. El siguiente análisis explica de mejor forma la permisividad que ha recibido el hate speech como ejercicio con efectos de censura para el debate de temas de interés público:

“Más allá de esta evolución de la jurisprudencia hacia una actitud más permisiva respecto al insulto, el problema en el caso del *hate speech* es que el concepto de insulto desarrollado por la jurisprudencia está referido a expresiones dirigidas contra individuos concretos, pero no así contra grupos. A esto hay que sumar la importante influencia de las teorías democrático-políticas a cerca de la libertad de expresión en la cultura jurídica norteamericana (teorías que fundamentan la libertad de expresión, más que en un derecho individual, en su función de garantía del sistema democrático y que, por tanto, le otorgan una posición privilegiada frente a otros derechos o intereses). Todo esto provoca que la tendencia dominante, tanto en la jurisprudencia como en la doctrina, sea la permitir el *hate speech*.”⁹⁶

La situación antedicha permite la reflexión sobre dos conceptos distintos y que evidencian el sobredimensionamiento y la distorsión de la problemática por parte de la prensa, tal vez incluso de las partes. El primero, el concepto de insulto y el segundo, de discurso de odio. La respuesta de la senadora permite señalar que su inconveniente con el senador no hace parte de lo que se conoce como discurso de odio pues, como lo refiere la cita, este discurso va dirigido al grupo y no al individuo; como efectivamente ocurrió con López. El segundo inconveniente en la interpretación de López se encuentra en la pretensión de que la ofensa a ella dirigida se realizó en su calidad de mujer y como exteriorización de una cosmovisión

⁹⁴ “Los medios de comunicación - el cuarto poder - tienen, pues, grande injerencia en los procesos de etiquetamiento; a tal punto, que controlan aun cuando sea indirectamente, el proceso de selección para determinar a quién ha de etiquetarse como desviado, a quién ha de librarse de dicha marca, con todas las consecuencias que uno y otro camino acarrear. Tampoco en este punto, y pese a lo anterior, abogamos por una supresión o limitación a la libertad de prensa. La necesitamos, pero es preciso enmarcarla dentro de los límites de la responsabilidad para evitar que sujetos inocentes sean perjudicados permanentemente con el manejo irresponsable de la información.” “Apuntes para una discusión del tema: Aspectos criminológicos de la libertad de prensa,” Iván González Amado, Revista Derecho Penal y Criminología, Volumen 11, Septiembre/Diciembre 1989, Pág. 182.

⁹⁵ Algunos ejemplos de femineidad que enlista Wikipedia son la comprensión, la delicadeza, la muestra de afecto, la educación y los cuidados de la decendencia.

⁹⁶ “Lenguaje sexista y el hate speech: un pretexto para discutir sobre los límites de la libertad de expresión y de la tolerancia liberal.”, Betzabé Marciani Burgos, Revista Derecho del Estado, No. 30, enero-junio de 2013, Pág. 161.

machista o patriarcal. Su intención de impersonalizar el debate genera un problema de legitimación en su dicho. Ya que es claro que su investidura de congresista legitimó la discusión, no así su condición de mujer. Pues no se entiende cómo, a partir del insulto, López pasa a representar a todas las mujeres como víctimas. Lo anterior, de acuerdo a lo señalado por López en la prensa conforme a la suposición de que, ‘si hubiese sido hombre, su dicho habría sido aplaudido por corajudo, por ‘verraco’ y no reprimido con un hijueputaso’. Se regresa aquí a los ejemplos expuestos por Jakobs sobre el hipotético “buen amante”, porque cómo sabemos las mujeres que López es el “ideal de mujer” o que su respuesta nos representa más como mujeres y menos como ciudadanas.

Salta a la vista la subjetividad en la redefinición de la discusión, pues, en el caso de López, se demuestra el impacto en escenarios democráticos de incrementar la importancia de la corrección política en las palabras. Lo anterior, ya que habría que preguntarse, en el caso de la senadora, si se refiere a todas las mujeres, a las mujeres homosexuales, o las mujeres heterosexuales. Y, en todo caso, la formulación de la pregunta aparecería “censurada”. Porque solicitar la distinción de estos roles es negar anticipadamente la calidad de todas las mujeres como ‘víctimas’ del sistema patriarcal, o su calidad de minoría, para quienes las consideran tal. Es decir, preguntar por las mujeres a las que se refiere López, sería tildado per sé discriminador.

De manera que, no sólo la discusión política se distorsiona y el mensaje pretendido sobre la relevancia de la transparencia en las conductas que se despliegan en los debates permanece inabordable. Sino que, se convierte en una problemática relativa a establecer el metaconcepto de mujer que se quiere defender y si la senadora efectivamente lo representa o no. Con todas las implicaciones políticas que señalar un debate de este tipo conlleva; pues, generar la pregunta de suyo se considera pusilánime por motivos de corrección política. Así el argumento simplemente se descarta. La situación parece imposible y, a todas luces la problemática desborda la mera semántica de las palabras.

Tal vez, sólo tal vez, López restó importancia a su dicho como individuo y, tal vez, sólo tal vez, perdió la oportunidad de defender lo que la hace positivamente diferente, esa divergencia en favor de la transparencia entre un grupo bastante homogéneo de abusos de poder, de autoridad, de investidura. Dicho de otra forma, López cedió su argumento a la imposición de preferencias externas, que, en ella, son aparentes pues claramente en ella no hay nada ‘convencional’ ni como mujer ni como ciudadana que ostenta una investidura política.⁹⁷ Dworkin analiza esa pérdida de relevancia sobre el individuo por su individualidad, valga la redundancia, como una disminución del derecho de igualdad en las siguientes palabras:

⁹⁷ Si desde el principio se acusa al derecho penal de convertir los cánones masculinos en paradigmas de "normalidad", permitiendo así una perpetuación de las posiciones de poder y subordinación existentes en la sociedad, no resulta fácil comprender cómo esa misma herramienta " puede jugar un papel destacado en la eliminación o atenuación de tales desigualdades fácticas. (...) En el fondo, el empleo del derecho penal para este tipo de "misiones proteccionistas" resulta un uso paternalista y paradójico del derecho, más nocivo que beneficioso para los grupos vulnerables que manipulan su némesis como vía de protección. No es claro que la intervención del derecho penal sea una práctica satisfactoria para resolver este tipo de hechos o manifestaciones sociales. En: “Delitos contra la vida y la integridad personal de las lesiones personales, aborto, lesiones al feto, abandono de personas, omisión de socorro, manipulación genética y delitos de discriminación”, Ricardo Posada Maya, Grupo Editorial Ibañez, 2015, pág. 192.

“Let us assume that in this manner the liberal either refines or partially retracts his original selection of a market economy. He must now consider the second of the two familiar institutions he first selected, which is representative democracy. Democracy is justified because it enforces the right of each person to respect and concern as an individual; but in practice the decisions of a democratic majority may often violate that right, according to the liberal theory of what the right requires. Suppose a legislature elected by a majority decides to make criminal some act (like speaking in favor of an unpopular political position, or participating in eccentric sexual practices), not because the act deprives others of opportunities they want, but because the majority disapproves of those views or that sexual morality. The political decision, in other words, reflects not just some accommodation of the *personal* preferences of everyone, in such a way as to make the opportunities of all as nearly equal as may be, but the domination of one set of *external* preferences, that is, preferences people have about what others shall do or have. The decision invades rather than enforces the right of citizens to be treated as equals.”⁹⁸ (Cursiva del texto. Subraya fuera de texto.)

De acuerdo a lo anterior, debe considerarse que la intención de impersonalizar el mensaje recibido por la senadora restó fuerza a lo que ella efectivamente representaba y simbolizaba. De manera que, como lo anticipa Dworkin, al invocar la victimización de la mujer como colectivo, la senadora, como sujeto interesado en el debate, lejos de acceder en mayores condiciones de igualdad frente a sus interlocutores, se minimiza en pro de un colectivo que genuinamente no representa. A diferencia de aquel al que tenía legítimo acceso a través de su investidura. Así, se considera más sano retomar el concepto de *connotación* de las palabras, antes que la despersonalización del discurso; que pretende un análisis semántico que se superponga al mensaje efectivamente emitido al sujeto interesado.

No ocurre lo mismo frente a los mensajes generalizados como el del “cáncer que tiene el gobierno nacional y mundial” toda vez que lo que aquí quiere expresarse es una visión política frente a una temática determinada; asunto que no debería invocar la participación del derecho penal. Lo mismo ocurre ante las distintas inferencias que quieren extraerse de hechos históricos o eventos dramáticos de la humanidad. Son la exteriorización de una bandera política alienada en la ignorancia, no solo de la historia mundial sino de la realidad misma. Podría tomarse como ejemplo de lo anterior el siguiente caso:

“En España, el Tribunal Constitucional consideró, en el conocido caso Violeta Friedman, que las expresiones ofensivas dirigidas contra los judíos, como colectividad, afectan el derecho al honor y los valores de la igualdad y de la dignidad humana. El caso se originó a raíz de ciertas opiniones expresadas por León Degrelle, un ex miembro de las SS, y aparecidas en la revista *Tiempo*. Degrelle afirmó que la matanza de los judíos en los campos de concentración Nazi nunca había ocurrido y que todo era una invención de ellos. Algunas de sus frases fueron: “¿Los judíos? Mire usted, los alemanes no se llevaron a judíos belgas, sino extranjeros. [...] Y evidentemente, si hay tantos ahora, resulta difícil creer que hayan salido tan vivos de los hornos crematorios. El problema con los judíos es que quieren ser siempre las víctimas, los eternos perseguidos, si no tienen enemigos, los inventan.”⁹⁹

⁹⁸ “A matter of principle”, “Liberalism”, Ronald Dworkin, The Alden Press, Oxford, Great Britain, 1996, Pág. 196.

⁹⁹ “Violeta Friedman, una mujer judía que había estado internada en el campo de concentración de Auschwitz (donde murió la mayor parte de su familia) interpuso una demanda por violación de su derecho al honor. La primera y la segunda instancias judiciales, así como el Tribunal Supremo, desestimaron la demanda por no existir legitimación activa de la demandante, por lo cual la señora Friedman recurrió en amparo ante el Tribunal Constitucional que, finalmente, le dio la razón. El Tribunal Constitucional negó la protección constitucional de algunas expresiones de León Degrelle (de su derecho a la libertad de expresión) debido a que vulneraban los valores constitucionales de la igualdad y de la dignidad humana.” En: “Lenguaje sexista y el hate

Evidentemente el argumento no puede ser más mezquino pero, la fortaleza de su contrarrespuesta mal podría partir de un evento donde se procure perpetuar el rol de víctima; situación pretendida por el victimario en forma preliminar. Las corrientes que propugnan por la penalización a la negación de hechos históricos en general lo hacen bajo la convicción de que no hacerlo propiciaría su reproducción. Un argumento propio del determinismo histórico que explica el simbolismo¹⁰⁰ del que parte la censura al discurso de odio y frente al cual se quisieran contraponer las siguientes palabras: “La rebelión de Lutero no era -Balmes nos explica- cosa de mayor entidad que cualquier otra de tantas y tantas herejías anteriormente vencidas por la iglesia. Como ellas, pudo ser vencida. Y si quien resulto serlo fue la potencia campeona de la causa contraria, no se debió a ninguna suerte de fatalismos, sino a una cuestión de contingencias que, al igual que de una parte, pudieron haberse decidido de la opuesta.”¹⁰¹

De manera que, el efecto tácito de censura que implica auspiciar la relevancia penal del discurso de odio es mucho más contraproducente que benéfico para los procesos democráticos y de inclusión que se pretenden afianzar a través de su reprobación. Auspicia la idea de que, en una democracia, alguien tiene el derecho a silenciarlo por no pronunciarse de acuerdo a una determinada bandera, mayoritaria o minoritaria, pero en últimas, adherida a una preforma, a un libreto, a un guion donde el ciudadano que no responde a la media carece de libertad para ser el escritor. De esta forma, personas como Sergio, fuera de la norma, no tendrían derecho a ser escuchadas. En palabras de Dworkin:

“But censorship is different. We must not endorse the principle that opinion may be banned when those in power are persuaded that it is false *and that some group would be deeply and understandably wounded by its publication*. The creationists who banned Darwin from the Tennessee public schools in the 1920s were just as convinced about biological history as we are about German history, and they, too, acted to protect people who felt humiliated at the center of their being by the disgraceful new teaching. The Moslem fundamentalists who banned Salman Rushdie¹⁰² were convinced that he was wrong too, and they, too, acted to protect people who had suffered deeply from what they took to be outrageous insult. Every blasphemy law, every book-burning, every witch hunt of the right or left, has been defended on the same ground: that it protects fundamental values

speech: un pretexto para discutir sobre los límites de la libertad de expresión y de la tolerancia liberal.”, Betzabé Marciani Burgos, Revista Derecho del Estado, No. 30, enero-junio de 2013, Pág. 162 a 163.

¹⁰⁰ “Esta perspectiva es compartida también por *Anna Elisabetta Galeotti, para quien la prohibición legal significaría una forma simbólica de reconocimiento e inclusión de los miembros de los grupos desfavorecidos y tradicionalmente excluidos...* Para Galeotti... La prohibición del *hate speech* representa un gesto público en contra de la complicidad y complacencia de los ataques racistas o sexistas que perjudican el proceso de inclusión, independientemente de que se logre el objetivo de erradicarlos (de ahí que se trate de medidas simbólicas).” (Cursiva fuera de texto.) En: “Lenguaje sexista y el hate speech: un pretexto para discutir sobre los límites de la libertad de expresión y de la tolerancia liberal.”, Betzabé Marciani Burgos, Revista Derecho del Estado, No. 30, enero-junio de 2013, Pág. 173.

¹⁰¹ “Sobre el Determinismo Histórico (Ante unas palabras de su Santidad)”, José María García Escudero; Pág. 498, En: <file:///C:/Users/asus/Downloads/Dialnet-SobreElDeterminismoHistorico-2127262.pdf>

¹⁰² Autor de la Novela “Los Versos Satánicos”, es un británico hindú que tuvo que permanecer mucho tiempo oculto pues fue amenazado de muerte por musulmanes extremistas que interpretaron su novela como una ofensa a su religión.

from desecration. *Beware principles you can trust only in the hands of people who think as you do.*¹⁰⁸ (Negrilla fuera de texto.)

Capítulo 3: La Discriminación en Contenidos Discursivos.

En este capítulo podrá evidenciarse la rapidez con la que se transforman determinadas victorias constitucionales. Lo que antes era considerado libertad de expresión hoy sólo se contempla como opinión, si y sólo si, respeta el derecho a no ser discriminado. De esta manera, se agudiza la victimización alrededor del discurso, por oposición a la maestría del mismo al momento de contradecir, de discrepar, de oponerse. No sólo es relevante asumir que la no sanción penal del discurso de odio favorecerá una tragedia como la del genocidio en la segunda guerra; sino que, conforme a los precursores del tipo penal de discriminación, se debe dar por sentado que las opiniones ‘agresivas’ perpetúan, en general, el sometimiento a las minorías.

¹⁰⁸ “Freedom’s Law: The Moral Reading of the American Constitution”, Ronald Dworkin, Oxford University Press, 1996, Pag. 225.

Lo anterior, pese a que opiniones de esta naturaleza han sido expuestas al interior de cuerpos orgánicos de la democracia; donde debería poder adelantarse la discusión de cualquier tema de público interés. De esta forma, se pasa del mero determinismo histórico a convertir una opinión ofrecida en un debate público en discurso de odio pese al contenido de la discusión para la que fue postulado y a pesar del contexto en que se emitió el mensaje.

Así, para abordar ‘el problema de las palabras’ se recordará la célebre frase pronunciada por otro concejal que, si bien no recibió una denuncia penal por discriminación (al haber pedido disculpas por todos los medios posibles), sí fue catalogado en toda la prensa nacional como el ejemplo, por antonomasia, de discriminación en contenidos discursivos. El *escenario* propuesto es muy similar al ocurrido en un caso antes mencionado, también de un concejal, que calificó a las minorías como cánceres de la sociedad. Y quien en primera instancia fue efectivamente condenado por discriminación.

Es decir, el análisis propuesto se configura a partir de la pretensión de los precursores del tipo penal de discriminación de encontrar penalmente relevantes contenidos discursivos, con fundamento únicamente en el contenido semántico de sus palabras; porque consideran que sólo este criterio las puede convertir en hate speech. Se trata de un caso que, al ser calificado por la gran mayoría como un caso de discriminación, ayuda a estudiar la propuesta de este documento en punto de que la responsabilidad penal individual no puede servir de instrumento de censura a la libertad de expresión. El caso es el siguiente, en la empresa de afirmar que las normas debían cumplirse y que los recursos destinados a la tercera edad no eran la excepción, el concejal expuso la siguiente frase controversial:

“Las mujeres son como las leyes, para violarlas”.¹⁰⁴

Si no se hubiesen escuchado las risas, si el propio emisor de estas palabras no se hubiese burlado a su vez de lo que decía. Aquí, también habría, como en todo lo que tiene que ver con el lenguaje, dificultades para establecer de forma categórica, que se trataba de un chiste. En todo caso, para este análisis será suficiente el hecho de que la mitad del auditorio liberara una carcajada. Y es que, debe admitirse, si el comentario no hubiese sido ridículo a ultranza, nadie habría reído. Establecida esta realidad, que en efecto la frase pretendía un mensaje jocoso pese a la semántica hostil de la alineación de sus palabras, es necesario entonces aproximarse al chiste como categoría.

La verdad, en muchas ocasiones no se sabe por qué algo causa gracia y es la intención del documento analizarlo para la frase expuesta. Aquí, se presenta una premisa errónea que pretende relacionarse con una segunda, para derivar de dicha comparación una conclusión contradictoria. Es decir, lo que tanta gracia causó al auditorio tiene que ver con la implícita contradicción en el dicho. Se trata, en este caso, del empleo de la reducción al absurdo para forjar un argumento. Se parte de una premisa absurda que pretende relacionarse con una segunda premisa para derivar de ellas una conclusión falsa. Independientemente de los reparos morales que pueda suscitar el dicho en análisis, incluyendo aquellos relativos a la

¹⁰⁴ <https://www.elspectador.com/noticias/nacional/las-mujeres-son-como-las-leyes-para-violarlas-concejalarisardense-articulo-697917>

discriminación de la mujer, el dicho en sí fue una herramienta discursiva que ofreció sentido al mensaje del representante del siguiente modo: precisamente *negando* lo que enunciaba. La forma más sencilla de desglosar el comunicado puede encontrarse en el estudio del concepto de chiste; de su significado. Respecto a esta categoría Freud afirma lo siguiente:

“En el desarrollo de esta última determinante aparece la antítesis de «sentido y desatino». Lo que en un momento hemos aceptado como sensato se nos muestra inmediatamente falto de todo sentido. Tal es la esencia, en este caso, del proceso cómico (págs. 85 y siguientes). «Un dicho nos parece chistoso cuando le atribuimos una significación con necesidad psicológica y en el acto de atribuírsela tenemos que *negársela*. El concepto de tal significación puede fijarse de diversos modos. Prestamos a un dicho un sentido y sabemos que lógicamente no puede corresponderle. Encontramos en él una verdad, que luego, ciñéndonos a las leyes de la experiencia o a los hábitos generales de nuestro pensamiento, nos es imposible reconocer en él. *Le concedemos una consecuencia lógica o práctica que sobrepasa su verdadero contenido, y negamos enseguida tal consecuencia en cuanto examinamos la constitución del dicho en sí*. El proceso psicológico que el dicho chistoso provoca en nosotros y en el que reposa el sentimiento de la comicidad consiste siempre en el inmediato paso de los actos de prestar un sentido, *tener por verdadero o conceder una consecuencia a la consciencia o impresión de una relativa nulidad*».¹⁰⁵ (Cursiva fuera de texto.)

Por supuesto, hay múltiples formas de emitir un mensaje, pero las pautas del chiste o del dicho tendencioso implican un ahorro de gasto que, paradójicamente, no es tan voluntario pues, como quedará establecido, el empleo del chiste, del dicho, es netamente un acto del inconsciente tanto de su emisor, como de su intérprete, al reírse. Sin embargo, es un alivio que pueda afirmarse que el enunciado emitido por el concejal y tan criticado implica la negación de lo aseverado; precisamente por ello causa gracia. Al concederse a un enunciado falso una conclusión contradictoria lo que el representante efectivamente pretendía era negar su afirmación; hacerla ostensiblemente inverosímil, así impedirle sentido o validez. Esta es una de las consecuencias del chiste como herramienta discursiva; la negación a través del absurdo. De manera que, mal podría valorarse el dicho sólo conforme al orden semántico de la alineación de sus palabras. Se trata de una falacia por reducción al absurdo que se conoce comúnmente como chiste. Por ello, el mensaje en el encriptado no concierne al significado literal de las palabras.

De cualquier forma, la reinterpretación ofrecida al chiste lanzado por el concejal es también legítima, pues, como se verá, todo lo relativo al lenguaje está sujeto a interpretación y, aunque el lenguaje sea universalible, continúa siendo una competencia adscrita al individuo.¹⁰⁶ Asunto

¹⁰⁵ “El chiste y su relación con el Inconsciente”, Sigmund Freud, file:///C:/Users/usuario/Desktop/segunda%20tesis/freud%20EL%20CHISTE%20Y%20SU%20REL.%20CON%20EL%20INCONSCIENTE.pdf

¹⁰⁶ “El *individualismo lingüístico* es una orientación metodológica dominante de la investigación lingüística chomskyana, explícita en dos aseveraciones hechas por Chomsky a lo largo de su recorrido teórico: la primera consiste en considerar a la lingüística como una rama de la psicología (CHOMSKY, 1975a: 160), ubicándola en un nivel de abstracción tal que la práctica científica concreta quede en un lugar remoto; y la segunda en afirmar que *el lenguaje no existe fuera de la representación mental de sus propios usuarios* (CHOMSKY, 1965-1968, versión ampliada 1972:95), negando su inscripción en un sistema de habla que legitime la principal pregunta de la naturaleza del orden sociocultural: la pregunta sobre la diversidad.(...)Este nuevo enfoque dado a la investigación lingüística conforma el primer estadio en la evolución de su teoría. Chomsky cambia la materia de la descripción lingüística: de un objeto independiente del hombre, como lo era el lenguaje para la lingüística prechomskyana, pasa a ser una facultad o capacidad humana.” “Avram Noam Chomsky, Lingüística, Política y Responsabilidad”, Genoveva Iriarte Esguerra, Instituto Caro y Cuervo, Universidad Nacional de Colombia. En: https://cvc.cervantes.es/lengua/thesaurus/pdf/49/TH_49_002_133_0.pdf, Pag. 371.

que precisamente explica las múltiples acepciones posibles a un mismo planteamiento gramático. Chomsky lo describe en forma más gráfica así: “Los colores y los sonidos y los significados lingüísticos pueden utilizarse para ver y describir el mundo, pero están definidos por la mente y tienen su origen en ella.”¹⁰⁷ De modo que, la reescritura que suministraron los opositores del chiste, al mensaje en el oculto, fue de naturaleza literal y exegética, un ángulo que destruye el chiste como herramienta discursiva y participa únicamente de la ubicación textual de sus palabras.

Esto evidencia que la reescritura del dicho bajo análisis, aquella ofrecida por los ‘agraviados’ en su nombre, responde a una condena al prejuicio en contra de las mujeres por el hecho de serlo. Ya que esto constituye, en sí mismo, discriminación. La discriminación (discursiva) a la que aluden los defensores de la censura al prejuicio en el marco de la responsabilidad penal individual se inclina, mayoritariamente, en dos ángulos: El primero, en el sentido de que estas expresiones restringen de forma arbitraria el derecho a la dignidad de las mujeres por el hecho de serlo¹⁰⁸, y, el segundo, relativo al hecho de que este tipo de alocuciones perpetúan el modelo patriarcal de sociedad que ha impedido el acceso de las mujeres a condiciones materiales de igualdad pese a ser titulares de ese reconocimiento de manera formal¹⁰⁹.

¹⁰⁷ “Chomsky, Lenguaje, Mente y Política,” McGilvray James, Editorial Laetoli S.L., 2006, Pág. 82.

¹⁰⁸ Para muchas feministas este tipo de comentarios son un indicador de una *ideología machista y patriarcal* que imposibilita el pleno ejercicio de los derechos de las mujeres particularmente el respeto a su dignidad. La siguiente autora española expone de la siguiente forma el fenómeno: Es importante añadir que no solamente se trata de poner el objetivo del bienestar social en el puesto de mando, sino de *liberarlo de las limitaciones que le vienen impuestas por la ideología, y en particular por la ideología de género*. En efecto, hay quien puede pensar que el bienestar social, la felicidad, puede darse en un mundo de familias tradicionales sin derecho al divorcio, al aborto, al empleo femenino... Sin embargo, objetivamente es demostrable que ese mundo solamente origina malestar, pobreza y sufrimiento. Por ejemplo, suele decirse que en las sociedades tradicionales las mujeres son las artífices de la cohesión y de la armonía social. *Pero esa afirmación lleva implícita la percepción incorrecta de que una sociedad puede estar cohesionada o ser armónica cuando mantiene esclavizada a la mitad de la población, cuando la violencia y los asesinatos de mujeres son tolerados, etc.* Quien afirma eso es que no está viendo nada más que la parte emergida del iceberg (mayormente masculina), ignorando el sufrimiento de la parte sumergida y, además, con una visión muy pobre de la felicidad. Maximizar el bienestar social es maximizar la equidad a todos los niveles, incluyendo la igualdad de género que tan frecuentemente resulta invisible. En: “Desiguales por Ley: las Políticas Públicas contra la Igualdad de Género, María Pazos Morán, los libros de la catarata, 2015, segunda edición, pág. 42-43.

¹⁰⁹ Dado que la igualdad para las mujeres debe ser material; en el ideario feminista, ser mujer constituye de por sí un rol del cual nadie puede burlarse. Lo anterior, porque se considera que así se perpetúa el sistema patriarcal, los parámetros culturales de sometimiento y sumisión, y una igualdad formal netamente aparente. La autora en cita menciona lo siguiente al respecto: “Visto desde ahora, podemos decir que aquellas políticas patriarcales del pasado, por ser descaradamente coercitivas, eran más fáciles de detectar. Pero con el reconocimiento de la *igualdad formal los mecanismos se hacen implícitos, se sofistican, se niega su existencia y, aún peor, conviven con declaraciones de intenciones en sentido contrario a los efectos reales de las políticas*. Así, durante varias décadas nuestro entendimiento estuvo confundido por un deslumbrante binomio: la combinación de la llamada *igualdad formal* y las *políticas de acción positiva* daba como resultado la ilusión de que las políticas públicas, además de no causar desigualdades, hacían todo lo posible por corregir las existentes. Este binomio entra en crisis cuando la comunidad internacional llega al convencimiento (acuñado en Beijing 1995 como *la perspectiva del mainstreaming de género*) de que.- 1) las políticas públicas no son neutrales en general, sino que producen y reproducen las desigualdades; y 2) las actuales políticas de igualdad, desde la marginalidad, no podrán nunca llegar a compensar esas desigualdades producidas por la *corriente principal*. Ibid. Pág. 33.

Aquí, el análisis textual del dicho, en términos de lo que “presuntamente significa” para el colectivo ‘mujeres’, destruye el chiste como herramienta discursiva. Lo anterior, ya que este análisis se ve obligado a descontextualizar el mensaje para priorizar su significado literal. Este análisis hace uso de una “presunción del significado para el colectivo mujeres”; ya que es claro que el lenguaje, como competencia individual, otorga a cada quien la capacidad de encontrar un significado lingüístico a cada juego de palabras. Ello incluye a cada mujer individualmente considerada; pues es claro que no todas habrán de sentirse víctimas del dicho. Sobre todo, si logran comprender el chiste como una herramienta para la negación; facultad explicada con anterioridad. Freud expone de mejor forma cómo el excesivo análisis del chiste acaba por destruirlo:

“El efecto del chiste es regularmente destruido con la aparición del interés intelectual, circunstancia que constituye una importante diferencia entre el chiste y las adivinanzas. La brevedad del chiste sería, como la del sueño, un necesario fenómeno concomitante de la condensación que en ambos tiene lugar; esto es, un resultado del proceso de condensación. A este origen debería también la brevedad del chiste su especialísimo carácter, que no nos es posible precisar más, pero que sentimos como algo muy singular. *Por fin, ahora nos hemos decidido a aceptar que tales condensaciones, puestas al servicio de la técnica del chiste, nacen automáticamente, sin intención determinada, en lo inconsciente durante el proceso mental.*”¹¹⁰

De manera que, “condenar” el impulso del concejal como una muestra inequívoca de su intención de perjudicar, a través de su señalamiento al colectivo ‘mujeres’, es la manera más indicada de destruir el mensaje encriptado en el chiste y de destruir el humor mismo con el que quiso enviarlo. Hubiese sido verdaderamente afortunado que alguna mujer tomara el micrófono y dijera ante el chistesito: “Ya que empezó The Suso’s Show, habrá que ver qué dice Yessica Yuyeymy sobre el particular!”.

Lo que ocurre con el humor, o el dicho tendencioso es que, precisamente, no todo el mundo puede ser su destinatario; pues el mensaje se habrá de interpretar en forma distinta para cada individuo. A pesar de las coincidencias entre unos y otros, demostrables por la risa, el lenguaje implica una competencia individual. Así como para Freud el chiste es una expresión del inconsciente, para Chomsky el lenguaje ‘que escuchamos’ no es un ejercicio consciente, en sus palabras: “There’s no conscious control on communication, you automatically interpret and represent what other is saying.”¹¹¹

Como lo señaló Freud, el chiste es destruido con la aparición del interés intelectual. El sobre análisis y la sobre valoración del mismo asegura de antemano que habrá quienes no puedan descifrar el mensaje en el encriptado. Lo mismo ocurre con la ironía como herramienta discursiva. Si se realiza un comentario irónico para dar a entender algo a través del sarcasmo,

¹¹⁰“El chiste y su relación con el Inconsciente”, Sigmund Freud, file:///C:/Users/usuario/Desktop/segunda%20tesis/freud%20EL%20CHISTE%20Y%20SU%20REL.%20CON%20EL%20INCONSCIENTE.pdf

¹¹¹ Un ejemplo de esto son los casos de Displaced Reference (cuando alguien se refiere a cosas que no están en el campo sensorial de su interlocutor, pero este puede representárselas para referirse a ellas -Ej. El escritorio de Noam) y de Discrete Infinity (los niños saben ciertas secuencias y luego no necesitan que se las enseñen, por eejp. 1,2,3,4.). En: <https://www.youtube.com/watch?v=7Sw15-vSY8E>

la burla o la ficción, y no se posee el conocimiento previo del que se requiere para absorber el comunicado, se pierde la ironía. Así, permanece sólo la dimensión textual de las palabras. Si se toma como ejemplo la afirmación antes postulada como una respuesta ideal al chistesito, a quien no logre identificar a Susso o a Yessica Yuyeimy no le será posible descriptar la ironía en la ficción propuesta. En palabras de James McGilvray:

“La ironía exige que una persona posea los mecanismos cognitivos requeridos para reconocer que lo que se dice no es cierto. Por tanto, no sólo presupone que la persona en cuestión posee los conceptos pertinentes, sino que es capaz de aplicarlos, pues comprende suficientemente de qué se está tratando para reconocer que lo dicho es falso, engañoso o, quizá, evasivo.”¹¹²

Así como la ironía está circunscrita a cierto conocimiento, el chiste se encuentra atado a la circunstancia y al evento en que es expuesto; a ese instante exclusivamente. De manera que, si se pretende entender un chiste, lo más indicado es apelar al sentido común¹¹³ y al contexto en el cual se esboza. Toda vez que, en el chiste, las palabras pueden adoptar otros valores, otro sentido. Al chiste no le incumbe en forma necesaria ningún concepto antropológico o sociológico de mujer, color o creencia política; como los que se pretenden introducir a la responsabilidad penal individual mediante la censura a la discriminación en contenidos discursivos. La discriminación en el discurso pretende demostrarse como penalmente relevante al establecer que obedece a la categoría de “hate speech”. Pero esta correspondencia se pretende abarcar por el derecho penal sin explicar su curso de legitimación. Es decir, cómo ello constituye una limitación constitucionalmente proporcional de la libertad de expresión, de pensamiento y de opinión que legitime la medida de privación de la libertad; ya catalogada como última ratio constitucional.

¹¹² “Chomsky, Lenguaje, Mente y Política,” McGilvray James, Editorial Laetoli S.L, 2006, Pág. 46.

¹¹³ “En este momento tenemos datos suficientes para aclarar algunas posibles confusiones sobre lo que piensa Chomsky cuando habla del *sentido común* y de la ciencia. A veces, el sentido común se entiende de manera demasiado localizada o sectaria, como en los casos en que alguien perteneciente a una cultura o una época determinadas identifica el sentido común con aquello que su comunidad considera obvio. *Pero el sentido común según lo entiende Chomsky es realmente común: se trata de una forma de comprensión propia de todos los seres humanos normales, al margen de su origen, cultura, formación, inteligencia general o ingenio.* Además, aunque para Chomsky la comprensión de sentido común es, sin duda, pertinente para la actividad humana y para las estrategias elaboradas por las personas para tratar con amigos y enemigos, no es una mera forma de prudencia o “actividad sensata”. Podemos informar a un amigo de que observar ciertas convenciones corteses o ser precavido (mira dónde pisas, aléjate de las bebidas fuertes) es una “mera cuestión de sentido común”. Pero Chomsky no lo ve así; esa es la sabiduría de padres, amigos y horóscopos. *El concepto de comprensión de sentido común, según lo emplea Chomsky apela a principios independientes de la cultura y poseídos en común por todos los seres humanos.* Es raro que ese conjunto de principios sea expuesto o declarado por alguien. Los únicos que lo intentan son algunos lingüistas, filósofos y antropólogos. Tampoco se trata de algo aprendido u obtenido por educación o formación. En cambio, es algo especificado en general de forma innata, y los niños pequeños lo adquieren a una edad realmente muy temprana. *Según Chomsky en “Lenguaje y naturaleza” (1995, pág.28) ese conjunto de principios equivale a “la manera en que la gente interpreta [entiende] la permanencia de los objetos, la naturaleza y las causas del movimiento, el pensamiento y la acción, etc. Se trata de la capacidad cognitiva básica que poseemos todos y en la que nos apoyamos para salir adelante en nuestro mundo.”* “Chomsky, Lenguaje, Mente y Política,” McGilvray James, Editorial Laetoli S.L, 2006, Pág. 55.

De manera que, así como la ironía y el chiste, el lenguaje en sí requiere de una comprensión de sentido común¹¹⁴. La característica ‘común’ en el sentido no implica una homogenización en la interpretación del discurso, como lo demuestra el análisis expuesto a partir del chiste. Más bien, alude a una capacidad en cabeza de cada individuo. Por ello, aunque susceptible de coincidencias, es compleja y subjetiva pues se origina en cada quien. De esta forma, el contexto en el que se alinean las palabras en un chiste puede responder a una distorsión del significado corriente de las mismas. Un juego perceptible sólo por el sentido común del auditorio y no por la orientación que el diccionario proporciona a la significación de las palabras. Así, como lo hizo el concejal, se puede lanzar un chiste para expresar una opinión corta y breve; pero, además, contraria al explícito y habitual significado de las palabras. Freud explica esta dimensión del chiste de la siguiente forma:

“Es tan grande en estos chistes la variedad de las pequeñas modificaciones posibles, que ninguno es igual a otro. Las palabras constituyen un material plástico de una gran maleabilidad. *Existen algunas que llegan a perder totalmente su primitiva significación cuando se emplean en un determinado contexto.* Un chiste de Lichtenberg se basa precisamente en esta circunstancia: «¿Cómo anda usted?» -preguntó el ciego al paralítico-. «Como usted ve» -respondió el paralítico al ciego... *el secreto del efecto de placer del chiste tendencioso consiste en el ahorro de gastos de coerción o cohibición.*”¹¹⁵ (Cursiva fuera de texto.)

Por ello, este placer del que habla Freud, se consume con la aparición del interés intelectual. Porque al mensaje inmerso en el chiste no se le puede atribuir un sentido lógico o aritmético; pues sólo puede encontrar significación a través del sentido común¹¹⁶. Otra forma de aludir a las creativas formas en que el chiste concibe nuevos significados o nuevos trayectos para el envío de un mensaje se encuentra en palabras de Freud así: “Muy importante es la descripción que de la brevedad del chiste hace Lipps (pág. 10): «El chiste dice lo que ha de decir; no siempre en pocas palabras, pero sí en menos de las necesarias; esto es, *en palabras que conforme a una estricta lógica o a la corriente manera de pensar y expresarse no son las suficientes. Por último, puede también decir todo lo que se propone silenciándolo totalmente.*”¹¹⁷ (Cursiva fuera de texto.)

¹¹⁴ “En quinto lugar, Chomsky es *constructivista*. Este aspecto deriva de su internalismo y su innatismo y equivale a la idea de que las cosas y el “mundo” de la comprensión por *el sentido común* y –de manera diferente- por la ciencia son en gran medida productos de nuestras mentes. Según expone en una entrevista aparecida en *Language and Politics*, se puede decir que la estructura de nuestra experiencia y nuestra comprensión de la experiencia es un reflejo de la naturaleza de nuestra mente, y que no podemos acceder a lo que es el mundo realmente. Todo cuanto podemos hacer es crear constructos y nos daremos por satisfechos con ellos si resulta que funcionan más o menos, y nos proporcionan algo que podríamos considerar una visión y una comprensión.” (LP Pag.468.) *La comprensión de sentido común es antropocéntrica y se halla al servicio de nuestros intereses.* Las ciencias intentan ser objetivas, pero tanto ellas como los fenómenos que los tratan –estos en un sentido diferente- son constructos o artefactos humanos elaborados por nosotros con el fin de comprender. En este sentido, sus mundos siguen siendo productos de nuestras mentes.” “Chomsky, Lenguaje, Mente y Política,” McGilvray James, Editorial Laetoli S.L, 2006, Pág. 30 a 31.

¹¹⁵ “El chiste y su relación con el Inconsciente”, Sigmund Freud, file:///C:/Users/usuario/Desktop/segunda%20tesis/freud%20EL%20CHISTE%20Y%20SU%20REL.%20CON%20EL%20INCONSCIENTE.pdf

¹¹⁶ “No hay duda de que el *sentido común* se basa también en otros conceptos, como los que le proporcionan otras capacidades cognitivas –por ejemplo, la visión (colores y formas) y el gusto (salado, amargo)-. Pero los suministrados por las lenguas naturales son, desde luego, esenciales para ese conjunto de maneras de entendernos a nosotros mismos y de entender nuestro mundo que solemos dar por garantizado.” “Chomsky, Lenguaje, Mente y Política,” McGilvray James, Editorial Laetoli S.L, 2006, Pág. 49.

¹¹⁷ “El chiste y su relación con el Inconsciente”, Sigmund Freud, file:///C:/Users/usuario/Desktop/segunda%20tesis/freud%20EL%20CHISTE%20Y%20SU%20REL.%20CON%20EL%20INCONSCIENTE.pdf

Así como Freud se permitió describir esta característica en el chiste, existen múltiples formas discursivas de “expresar” algo ‘silenciándolo totalmente’. Para demostrarlo se propone el análisis de un ejemplo relativo a los significados no convencionales de las palabras postulado por Habbermas y, el análisis del concepto de euphemism of Treadmill empleado con mayor visibilidad por Pinker. Lo anterior, con el ánimo de partir de una realidad expuesta por la Corte Constitucional en el sentido de que los casos de discriminación expuestos ante la FGN constituirían, por excelencia, escenarios de discriminación en contenidos discursivos (hate speech). En palabras de la Corte Constitucional:

*“El entendimiento dominante en la comunidad jurídica de la Ley 1482 de 2011 refuerza esta tesis, como lo demuestra el hecho de que los actos denunciados ante, y procesados por la Fiscalía General de la Nación, apuntan a esta faceta de la discriminación (discriminación en contenidos discursivos): las afirmaciones de un sacerdote sobre la ineptitud de las personas con orientación sexual diversa para adoptar, las de una congresista sobre el futuro del alma de Gabriel García Márquez y Fidel Castro en el infierno o sobre el eventual “síndrome de Estocolmo” que padecería una víctima de las FARC, la de un político sobre el “cáncer” que representa para el pueblo colombiano las problemáticas asociadas a los indígenas o a los desplazados, las de una líder religiosa sobre las enseñanzas de la Biblia sobre las limitaciones de las personas “sin un brazo” o “minusválidas”, las de un dirigente deportivo sobre el carácter enfermizo de la homosexualidad, o el comentario burlesco de un estudiante en twitter por la trágica muerte de 32 niños en un bus incendiado, **son el tipo de casos que han activado la función represiva del Estado.**”¹¹⁸ (Negrilla, Cursiva y Paréntesis fuera de texto.)*

Sin ánimo de justificar estas expresiones, menos aún de defenderlas, se pretende que los conceptos enlistados a lo largo del documento logren demostrar la improductividad de la puesta en marcha del sistema punitivo del Estado frente a fenómenos discursivos de esta naturaleza. Lo anterior por cuanto, como pretende demostrarse, el derecho penal como instrumento de censura es incapaz de controlar el fenómeno de discriminación. Al menos en sus expresiones más sofisticadas y sutiles, como lo demostró el caso de Sergio Urrego. Adicionalmente, el derecho penal escapa a la generación de escenarios de inclusión; ya que su incidencia es torpe frente a los prejuicios que originan este tipo de fenómeno como habrá de demostrarlo el próximo análisis.

Si se tomara el siguiente ejemplo, propuesto por Habbermas, introduciéndole un par de variables, podría evidenciarse la discreción de la anterior afirmación:

“La distinción entre entendimiento directo y dar -a entender indirecto puede entonces hacerse derivar de la diferencia entre significado convencional y no convencional. Pues en las situaciones que, como solemos decir, exigen un <<comportamiento>> el trato indirecto de unos individuos con otros exige precisamente un lenguaje altamente diferenciado.

Grice reconstruye una forma derivada de comunicación, que presupone ya aquello que pretende reconstruir: un entendimiento con ayuda de símbolos de significado idéntico.

Ejemplo: H tiene una voz horrible y sabe que <<no puede cantar bien. A es musicalmente muy sensible y H lo sabe. Pues bien, en una determinada situación H quiere que su amigo se vaya. H se lo da a entender cantando

¹¹⁸ C 671 de 2014.

una romanza, esto es, cantando de forma tan horripilante que A tiene, digamos, que sentirse aterrorizado>>. H da a su romanza en la situación indicada un determinado significado vinculando su emisión “x” a la intención:

- (1) de que su emisión x provoque por parte de A una determinada reacción (huir ante los graznidos de H),
- (2) de que A reconozca precisamente esta intención (1) de H.”¹¹⁹

El escenario propuesto por Habbermas demuestra las diversas formas en que puede emplearse el lenguaje para significar algo sin implicarlo semánticamente. Un fenómeno muy cercano a los casos de discriminación incapaces de atraer la atención de los organismos de control. En aquellos eventos también se envían mensajes muy parecidos al citado, en que H logra determinar la conducta de A. El fenómeno discriminatorio es ‘invisible’ por cuanto el control que quiere ejercerse frente a la conducta de otro, por lo general se encuentra amparado en lo dispuesto por otras normas. Así, ocurre que con gran facilidad se persigue y ridiculiza a un estudiante por su condición homosexual con el aval de un manual de convivencia que prohíbe las muestras de afecto; o se acosan parejas de un mismo sexo en establecimientos públicos porque una muestra de afecto se cataloga como acto sexual u obsceno refugiándose en el código de policía. Este tipo de escenarios, aquellos que implican un ostensible abuso de autoridad y que responden con certeza a una discriminación de tipo estructural son los que escapan al modelo de discriminación propuesto a partir del uso del hate speech; y que la corte atina en señalar como los casos de discriminación por antonomasia.

Si se aplicara una ligera variable o modificación al ejemplo propuesto por Habbermas se haría palpable la manera como se realiza un acto discriminatorio “silenciándolo totalmente”. Sólo imagine que A es, por ejemplo, una persona de color, una mujer, una persona transgenero o, tal vez, una señora en su burka, o, una figura política de izquierda reconocida. Todas características viables de protección por el tipo penal; pues este no circunscribe el fenómeno discriminatorio a determinadas variables. Así, la romanza comienza a sonar logrando que A se retire del establecimiento público. Este último, el establecimiento público, puede denominarlo iglesia, colegio, concierto, restaurante, el efecto es el mismo, discriminador.

Este ejercicio permite vislumbrar la poca incidencia del derecho penal en el control de determinados prejuicios. Tal vez la fe infundada que defiende la idea de que la penalización de este tipo de conductas ofrecerá cierto control al problema se origina en el desconocimiento del concepto y características del lenguaje. Por ejemplo, cotidianamente se ignora el hecho de que la utilización del lenguaje es libre en forma innata. McGilvray describe este descubrimiento de Chomsky en las siguientes palabras:

“Chomsky califica el segundo conjunto de observaciones como hechos del “aspecto creativo del uso del lenguaje”. Estos hechos son: 1) que las oraciones utilizadas por las personas para tratar de su mundo o para otras finalidades son ajenas a los estímulos (para pronunciar una oración concreta no se requiere un estímulo específico, o sobra cualquier estímulo); 2) que el conjunto de las oraciones que pueden ser producidas es ilimitado (no hay manera de circunscribir el conjunto de las oraciones, tanto si se relaciona con una circunstancia específica como si no); y 3) que la oraciones realmente producidas tienen como característica ser reconociblemente coherentes y apropiadas a las circunstancias del habla, sean las que fueren. *Este conjunto de*

¹¹⁹ “Teoría de la Acción Comunicativa: Complementos y Estudios Previos”, Jürgen Habbermas, Ediciones Cátedra, Sexta Edición, Madrid, 2011, Pag. 286, 287.

hechos apoya el internalismo, el individualismo y -por supuesto- la idea de que las personas son libres en sus actos (al menos en sus actos lingüísticos), lo que constituye una forma de libre albedrío. Por tanto, apoya también la idea de que las decisiones morales humanas son reales, y no meros epifenómenos de algún tipo de proceso determinista.”¹²⁰

Los expuestos son algunos ejemplos de cómo puede emplearse el lenguaje para emitir mensajes muy distintos al valor semántico de las palabras. Esta situación permite inferir que las posturas morales frente a determinados grupos lastimosamente no son construidas únicamente a través de valores sociales pertenecientes a un tiempo y un espacio dados. Las posturas morales de los individuos, y que suelen expresarse a través del lenguaje, *hate speech* o no, no obedecen, únicamente a posturas aprendidas.

Es decir, no son meras categorizaciones, algunas muy colombianas ya por despectivas, ya por cómicas, como costeños, cachacos, pastusos, boyacos, cristianos, indígenas, el asunto no es tan sencillo. Se trata de posturas morales, no de categorías; que en el evento de que se inculcaran sólo a través de fenómenos sociales con seguridad serían desaprendidas de la misma manera, en un salón de clase, en una clase de catequismo, o en un retiro espiritual al mejor estilo zen, o, ¿por qué? no en carnavales. Las posturas morales son, también, un reflejo de la propia experiencia y, por su puesto, de la moral propia.

El derecho a la moral individual es precisamente lo que consolida la coherencia del sistema y, sin él, mal podría asumirse que existe un derecho a la libertad de pensamiento, de opinión, de expresión, y todos aquellos derechos estrechamente relacionados como la libertad de religión, de afiliación política o filosófica... El uso del lenguaje ratifica estas libertades y permite que todos accedan a él en condiciones de igualdad, porque cada quien lo posee como competencia individual.

El siguiente concepto de lenguaje permite constatar su absoluta subjetividad, ésta en el sentido de que no admite otra realidad que la del sujeto pensante, quien lo interpreta, quien se dirige a su comprensión:

*“La anterior posición no sólo implica una visión subjetivista del lenguaje, sino también impone una estrategia investigativa particular. Primero, desde el punto de vista del objeto de estudio, los usuarios del lenguaje le confieren a las entidades lingüísticas las propiedades que de hecho tienen; segundo, desde el punto de vista del método, la descripción y explicación científica de tales propiedades debe hacerse desde un punto de vista psicológico. En otros términos, desde esta perspectiva, el lenguaje es una entidad subjetivamente constituida, cuyas propiedades no existen independientemente de nuestra concepción del lenguaje. Chomsky mismo lo señala: **el lenguaje no existe fuera de la representación mental que de él se hacen sus usuarios**, y sus propiedades deben ser aquellas que se le confieren por medio de los procesos mentales innatos del organismo que lo ha inventado y que lo reinventa en cada nueva generación (CHOMSKY, 1965-1968; 1975a: 95).”¹²¹*
(Cursiva y Negrilla fuera de texto.)

Es por ello, que la censura al discurso a través del derecho penal no ofrece un mecanismo ni de control ni de solución a los eventos de discriminación en contenidos discursivos. Al menos no sin negar la propia naturaleza humana, que le ofrece al lenguaje su contenido,

¹²⁰ “Chomsky, Lenguaje, Mente y Política,” McGilvray James, Editorial Laetoli S.L, 2006, Pág. 31 a 32.

¹²¹ Ibid Pag. 362.

significación, e interpretación. La persecución penal al lenguaje no sólo no es posible por su subjetividad, por su característica adimensional, como lo demuestra el ejemplo postulado por Habbermas, sino por su adaptabilidad a las propias circunstancias. El lenguaje, como se ha intentado demostrar, adquiere sentido de acuerdo al contexto en que se emplea, contexto que se encuentra indefectiblemente sujeto a interpretación pese a las coincidencias que puedan presentarse en el envío o recepción del mensaje. Esta característica es mejor explicada por MacGilvray en el siguiente sentido:

“En general, al poseer en nuestro vocabulario un elemento léxico o palabra particular, poseemos en su concepto un rico depósito implícito de conocimiento incorporado a él. (...) Cada uno de los miles de conceptos de las lenguas naturales que hallamos en nombres, verbos, preposiciones y adjetivos posee una estructura y una rica especificidad individual, y las posee de tal manera que, aunque sólo se revelen, quizá, en los empleos que se les dan, están ricamente especificados, **de tal modo que se adecuan a los intereses humanos. Además, se pueden combinar de múltiples formas según unos principios generales especificados asimismo de manera innata para producir -en potencia- una infinidad de oraciones.** De ese modo ofrecen un conjunto ilimitado de conceptos entretejidos mucho más rico, incluso, que las ya ricas reservas léxicas contenidas en ellos. Chomsky se refiere a esos conceptos ricos y cargados de interés con la denominación de *perspectivas*, utilizado por las personas para caracterizar su mundo y otros mundos ajenos o para muchos otros empleos. Los conceptos científicos, en cambio, son relativamente sobrios, están especificados extrínsecamente por referencia a su función en las teorías de las que forman parte, y limitados por la teoría en cuanto a sus propiedades combinatorias.”¹²²

Las *perspectivas* de las que habla Chomsky resultan apropiadas a este análisis por cuanto la extrema maleabilidad del lenguaje, su capacidad de adquirir cualquier significado de acuerdo a un contexto determinado y la infinidad de interpretaciones que puede recibir, maximizan, en forma arbitraria la potencial responsabilidad penal individual. Este panorama se torna complejo puesto que, al margen del auge que ha recibido la censura punitiva al hate speech, se encuentran otros derechos fundamentales, reconocidos en forma tajante por la Carta y por la Corte Constitucional. Esto es, los derechos a la libertad de pensamiento, de opinión y de expresión, por mencionar sólo algunos. Asunto que invoca una labor distinta a la del juez penal; consistente en establecer si una conducta es penalmente relevante y la correspondiente sanción de privación de la libertad.

Un juez penal no necesariamente ejerce una ponderación entre derechos fundamentales en conflicto. Invitación ofrecida por el sentido literal del tipo penal de discriminación, y por la inmensa amplitud que su ya naturaleza de tipo penal de peligro abstracto le permite. Pero, además, evidente en razón a sus infinitos ingredientes normativos, al referirse a la limitación de cualquier derecho y, por cualquier motivo discriminatorio. Pese a la inclusión de la conducta en el capítulo de delitos contra la vida y la integridad personal.

Todas estas, funciones relativas a una ponderación entre derechos fundamentales, funciones propias de un juez constitucional. Un juez con la competencia para valorar situaciones de discriminación que implican, en muchos casos, una participación tanto institucional como particular y grupal. Lo anterior ya que, difícilmente, los eventos de discriminación constituyen hechos aislados. Más bien se encuentran compuestos por una confluencia masiva

¹²² “Chomsky, Lenguaje, Mente y Política,” McGilvray James, Editorial Laetoli S.L., 2006, Pág. 53.

de elementos que van más allá del hate speech, traído a colación por la Corte, para convencerse del “dolo” en la conducta discriminatoria.

Los ejemplos expuestos hasta ahora permiten establecer que la intención de discriminar se camufla de muchas formas. Así, pretender conceder al sistema jurídico penal una verdadera condena al lenguaje resulta inoficioso; éste ya es libre en forma innata. Las situaciones de discriminación merecen un razonamiento en clave de derechos fundamentales y no en clave de privación de los mismos; rasgo propio del régimen punitivo. El funcionario penalista se encuentra llamado a disponer de la sanción señalada en el tipo. Estipulada, esto sí en forma necesaria, en clave de privación de la libertad; so pena de evidenciar impunidad.

El hecho de que la vulneración a *cualquier* derecho por razones discriminatorias legitime la privación de la libertad, última ratio constitucional, plasma una primera polémica para el funcionario penal, la ponderación. Esa pregunta que se formularía un funcionario diligente relativa a si cualquier derecho podría limitar el derecho a la libertad en aras al mínimo cumplimiento material del principio de proporcionalidad. Ejercicio que a todas luces propone el tipo penal pero que no constituye per se una función de la autoridad punitiva; pues ésta también se encuentra en la obligación de estipular la sanción dispuesta por el tipo en aras al principio de legalidad.

Esto, sin mencionar que, circunscribir una conducta penalmente relevante al concepto de lenguaje es de suyo convertirla en un acto arbitrario, sujeto a la más libre y voluntaria interpretación. Como lo han demostrado los ejemplos señalados, el lenguaje es una competencia individual, libre de modo innato y, por lo tanto, elástica, tanto a las circunstancias como a las propias intenciones. Nada adquiere significación en el lenguaje sin la propia imprenta del interlocutor. Abrir las puertas a la comprensión uniforme del lenguaje es de suyo legitimar el absurdo, el lenguaje no tiene dimensiones ni medidas¹²³. Menos podría cumplir las exigencias dogmático penales del concepto de acción y de conducta, relevantes en materia punitiva, y tan específicamente trazadas. Dicho de otra forma:

“A diferencia de los conceptos de la física de partículas elementales, no hay un conjunto predeterminado de circunstancias a las que se supone debería limitarse una lengua natural, ni existen restricciones respecto a los usos dados a tales conceptos. Además, si tomamos los miles de conceptos proporcionados por las lenguas naturales y, a continuación, tenemos en cuenta el hecho de que pueden combinarse de diversas maneras para proporcionar una infinitud potencial de conceptos racionales, el lenguaje natural parece capaz de “prever” casi cualquier circunstancia imaginable. En realidad, los conceptos de las lenguas naturales no son, por supuesto, de ámbito totalmente genérico, pues es difícil imaginar aplicaciones de los mismos al terreno de la física de partículas elementales (y, de manera similar, a los de las demás ciencias) que no sean una pura fantasía. Y, no

¹²³ “Esta concepción subjetivista del lenguaje como un fenómeno esencialmente construido y concebido por el sujeto, constituye el eje central del sistema filosófico chomskyano.” “Avram Noam Chomsky, Lingüística, Política y Responsabilidad”, Genoveva Iriarte Esguerra, Instituto Caro y Cuervo, Universidad Nacional de Colombia. En: https://cvc.cervantes.es/lengua/thesaurus/pdf/49/TH_49_002_133_0.pdf Pag. 363.

obstante, parecen serlo, lo cual se debe, sin duda, a que *nuestro* mundo contiene casas, tiranos, muñecas, y ombats, y le tienen sin cuidado los kaones y los horizontes de sucesos.”¹²¹ (Primera cursiva fuera de texto.)

El hecho de que determinadas categorías poblacionales, (negros, raizales, palenqueros, indígenas, mujeres) ambicionen la corrección política en el discurso es perfectamente legítimo. Lo que no parece proporcional es la estigmatización del discurso “políticamente incorrecto”, de acuerdo a un filtro establecido por determinadas categorías (homosexual, judío), por medio de la responsabilidad penal individual. El dirigir la criminalización a quienes no guarden una corrección política en el discurso, no previene futuras discriminaciones y, no controla las actuales. Sólo perpetua la inclinación de la balanza de un costado a otro. Pues no puede olvidarse que la censura a través del derecho penal es una herramienta ya empleada por el supremasismo blanco, por ejemplo, o por el sistema patriarcal, que sancionó penalmente la infidelidad femenina y no la masculina, y también a aquellos bebes que no hacían parte de una unión legítima a través de la iglesia.

Lo anterior, no con la finalidad de ofrecer una visión trágica a la propuesta de criminalización desde el determinismo histórico; sino con el fin de demostrar, desde un ámbito racional, que, mal podría ofrecerse la misma solución fallida a un problema irresuelto. Como se ha demostrado, la maleabilidad del lenguaje es tal, que no acaba por obedecer a los mínimos parámetros del derecho penal como última ratio constitucional. Esta situación permite recordar la importancia de que el derecho penal permanezca neutral frente a ciertas batallas de inclusión, sanas por demás, pero riesgosas si se erigen como legitimadoras de la ampliación del poder punitivo del Estado.

El lenguaje no sólo se encuentra sujeto a interpretación, sino que el proceso de comprensión de un mensaje necesariamente tiende a remplazar a su emisor en una medida más que potencial. Habermas lo describe de la siguiente forma:

“Voy a distinguir, además, *dos etapas en la explicación de significados*. Cuando el sentido de una oración fijada por escrito, de una acción, de un gesto, de una obra de arte, de un instrumento, de una teoría, de un objeto de uso, de un documento transmitido, resulta oscuro, la explicación de significados se dirige, ante todo, *al contenido semántico*, del producto simbólico. Al tratar de entender su contenido, *adoptamos la misma actitud que el autor adoptó cuando escribió esa oración, ejecutó ese gesto, utilizó el instrumento, aplicó la teoría, etc. A menudo tenemos también que ir más allá de lo que el autor tuvo en mientes y tomar en consideración un contexto del que el autor no fue consciente*. Pero típicamente, la *comprensión del contenido* de un producto simbólico sigue el rastro de aquellas conexiones que unen las estructuras superficiales del producto no comprensible con las estructuras superficiales de otros productos que nos resultan conocidos. Así, las expresiones lingüísticas las aclaramos parafraseándolas en la misma lengua o por traducción a otra lengua -en ambos casos los hablantes competentes se sirven de las relaciones de sentido *intuitivamente* conscientes que se dan dentro del léxico de una lengua o dentro de los léxicos de dos lenguas.”¹²² (Cursiva fuera de Texto)

¹²¹ “Chomsky, Lenguaje, Mente y Política,” McGilvray James, Editorial Laetoli S.L, 2006, Pág. 50 a 51.

¹²² “Teoría de la Acción Comunicativa: Complementos y Estudios Previos”, Jürgen Habermas, Ediciones Cátedra, Sexta Edición, Madrid, 2011, Pag. 310.

Habermas plantea lo anterior como muestra de lo que suele ocurrir cuando el discurso genera dificultades en su comprensión o entendimiento. Pero éste análisis (este documento) quiere postular como válida esta descripción del ejercicio interpretativo también para los eventos en que la propia parcialidad ayuda en la comprensión del discurso. Es decir, se ofrece significación a un evento discursivo a través del propio prisma. Y, el ejercicio de razonamiento, no se puede deshacer de él, del prisma, de la parcialidad; pues ocurre de manera automática, de manera inconsciente, de forma innata. Porque, como diría Chomsky, el hombre es esencialmente libre en sus actos lingüísticos, entre ellos, los que realiza para encontrar significado y contenido en los actos lingüísticos de los demás. Verbigracia, lo que ocurrió con el dicho tendencioso antes analizado. Para una reducida fracción del auditorio las palabras constituían una gran ofensa, para otros, no fue más que un chiste. Cada comportamiento reflejó el razonamiento individualmente efectuado, pese a las coincidencias.

Este ejercicio de “reemplazo al autor” es una manera de adoptar el mensaje, de identificarse con él, pero también de parcializarlo, de acuerdo a la propia cosmovisión del tema, del argumento, de la información. La homogenización y univocidad de significado que se pretende desde las categorías afro, mujeres, homosexuales, no es posible por cuanto habrá de obedecer siempre a un ejercicio individual y fundamentalmente libre de interpretación, de análisis, de descriptación.

Así, congelar el discurso bajo el prisma de las comunidades afro, el colectivo de mujeres, la categoría de homosexuales, implica también el congelamiento de la propia realidad, con la sumatoria de ellas, de la realidad del mundo. Dicho de otro modo, implica negar la propia capacidad de trascender la categorización, el estereotipo; tan indispensable en eventos discriminatorios. Esta censura programada a través del derecho penal bajo el convencimiento ilusorio de combatir la discriminación no hace más que propagar el estereotipo a través de la estigmatización de contenidos que no comulguen con los distintos prismas, y la sujeción del individuo a los mismos.

De esa forma, la criminalización de contenidos discursivos niega la posibilidad de cambio, instaura los prismas que habrán de implantar una política de identidades que predice como “razona” cada quien, por mujer, por negro, por indígena. Nada más despreciable que el hecho de que una persona crea conocerla porque comparte su condición de mujer, víctima de la sociedad patriarcal o subordinada a la estructura de la sociedad. Nada más despreciable que la no valoración del individuo, el dar por sentado su singularidad, su incomunicabilidad.

¹²⁶

¹²⁶ “La no uniformidad y la naturaleza no mecánica de la razón tienen, indudablemente, algo que ver con el hecho de que razonar es esencialmente un ejercicio *normativo* practicado por *personas*. Las personas razonan, y las elogiamos o culpamos según razonen bien o mal. Además, la valoración de la razón depende del contexto y puede cambiar (y a menudo lo hace) con el paso del tiempo: lo que se considera un buen razonamiento en un observador ornitológico no tiene por qué serlo en la estrategia del ajedrez; y lo que pasa por ser una buena

Como diría MacGilvray en su explicación de la teoría de Chomsky, el sentido común es la herramienta empleada para acceder al lenguaje, universal por cuanto es compartido por la humanidad, pero su expresión es individual, hace parte del propio espíritu, no sólo al emitir un mensaje, de igual forma al interpretarlo:

“Como es natural, hay algunos –en realidad, un gran número de quienes se consideran intelectuales ilustrados– que niegan la posibilidad de que exista algo parecido a una comprensión de sentido común compartida por toda la población humana. Afirman que cada cultura tiene sus propias creencias o que hay diferencias de “puntos de vista”, “encuadres” o “perspectivas”, y, por tanto, no puede existir uniformidad. Esta respuesta es desacertada. Nadie niega la existencia de diferencias culturales: el mero hecho de hablar de cultura es, en la práctica, una invitación a hablar de diferencias. *Pero deducir de las diferencias culturales la inexistencia de un conocimiento compartido es una conclusión basada –entre otras– en la hipótesis de que la cultura constituye la única fuente de creencias y conocimientos. Dicha hipótesis podría parecer natural a quienes desean concebir los seres humanos como productos de su entorno, y resulta grata a todo tipo de relativistas, incluidos los racistas; pero es errónea. Como veremos más adelante, Chomsky da la vuelta al razonamiento: la comprensión de sentido común apoyada en datos innatos es una condición para el desarrollo de las culturas y sus diferencias.*”¹²⁷ (Cursiva fuera de texto.)

De modo que, circunscribir el lenguaje a una determinada “corrección” no es más que impedir el desarrollo de una competencia libre de forma innata como lo es el lenguaje. Así, resulta desestimulante la “política de identidades” instaurada a través de la criminalización de actos del habla. El hecho de que la condición de mujer, por ejemplo, pueda definir a una persona en forma trascendental, o su color o su etnia parece reducir su libertad antes que potenciarla. Nada más aburridor, pero también, nada más opuesto al respeto a la diferencia. Lo anterior, toda vez que esta “política de identidades” trata de buscar la homogenización del uso del lenguaje, en pro de una característica física, política, o religiosa.

Homogenización o univocidad de significado artificiosa pues, como lo describió Habermas, es claro que cada individuo habrá de remplazar al autor del discurso censurado a través del propio razonamiento. Cada quien habrá de seleccionar entre una multiplicidad de connotaciones aquella por la que se inclina; como lo demuestran los ejemplos expuestos. Así, tal cual procederá a sentirse aludido o, por el contrario, reírse. Motivo suficiente para que el uso del lenguaje no adquiera una relevancia punitiva real, sino, escasamente, simbólica. El mismo no puede responder al concepto de acción penalmente relevante, empíricamente observable y lesiva.

Así, debe señalarse que esta tendencia político criminal exhibe una enorme sobrevaloración a la llamada corrección política. Estas antropologías del delito pierden de vista que el origen

manera de razonar en ese observador cambia cuando se ha descubierto que algunos “pájaros” eran de imitación. Es evidente, por tanto, que la actividad de razonar no la realiza una parte especializada de la mente de las personas que operaría de forma inconsciente y automática. Razonar es, básicamente, formular juicios (lo cual suele implicar una deducción), y en la medida en que formular juicios es, -o supone, en esencia- un uso del lenguaje, no deberíamos esperar que llegue a realizarse nunca una descripción completa y sistemática de esa actividad, **pues el uso del lenguaje se sitúa en el terreno de la libertad humana.** Así pues, por más aceptable que sea decir que la mente es el lugar donde se produce el razonamiento, y por más tentador que resulte pensar que, por tanto, las mentes deben contener una casilla, o facultad, de la razón, donde se realizaría esa actividad de razonar, Chomsky sostiene que no hay pruebas que nos lleven a pensar que la mente, *concebida como el objeto de una ciencia de la naturaleza*, posea una parte especial que “lleva a cabo el razonamiento” o que “es la razón”. (Cursivas del texto, negrilla fuera de texto.) “Chomsky, Lenguaje, Mente y Política,” McGilvray James, Editorial Laetoli S.L, 2006, Pág. 69, 70.

¹²⁷ “Chomsky, Lenguaje, Mente y Política,” McGilvray James, Editorial Laetoli S.L, 2006, Pág. 56.

del prejuicio no es la expresión lingüística. Como otro ejemplo de ello, aunque el de Habermas y su romanza fue más que descriptivo, podría exponerse lo que se conoce como euphemism of treadmill¹²⁸. Este concepto describe un ejercicio mediante el cual el uso de una palabra es abandonado por una nueva. Esto con el fin de que la designación que ella implica pierda la connotación negativa que poseía con el término empleado inicialmente.

Una forma de representar el euphemism of treadmill puede ser la palabra “retard” (del inglés), conforme a la cual el cuerpo médico quiso denominar el retraso mental (mentally retarded) para evitar el uso de palabras que lo identificaban en el pasado y que adquirieron una connotación muy negativa, como la palabra imbécil. Luego de un tiempo, la palabra “retard” adquirió la misma connotación negativa de sus predecesoras. De manera que, el término nuevo con el tiempo resulta en un nuevo etiquetamiento, su connotación negativa acaba por lexicalizarse. Aspecto que demuestra que, difícilmente, pueden eliminarse las connotaciones negativas del lenguaje a través de una especie de “ingeniería” deliberada. Lo que, de suyo, convierte a la censura en un verdadero absurdo.¹²⁹

De la misma manera, existen ya muchas cosas que “no se deben decir”, injusticias y abusos de poder como los planteados por Edward Snowden y Julian Assange, sólo por mencionar un par de ejemplos del periodismo. Sócrates también fue obligado a beber cicuta sólo en nombre de la ironía y de la mayéutica. En medio de tanta desinformación no es sorprendente que la amenaza de sanciones como la privación de la libertad y demás generen un efecto de falso control donde nadie cree en la corrección política del lenguaje, pero la adopta sólo con la finalidad de evitar la pena. Otro simbolismo que empaña al tipo penal de actos discriminatorios pues, en últimas, el contenido moral del prejuicio permanece; sólo se disfraza ante el temor de la sanción. Este tipo de ‘engaño colectivo’ o pluralistic ignorance¹³⁰, es conocido por la sociedad de antaño. Se trata de la misma corrección política aplicada a miles de mujeres por “embruja” un barco y llevarlo a su hundimiento. Hoy ya no se pretende incriminar a judíos o comunistas sino a quienes no favorezcan con su discurso a una infinidad de categorías. La diferencia es sólo de grado pues la falta de legitimación en el uso del poder punitivo para condenar estos aspectos del lenguaje es la misma¹³¹.

¹²⁸ <https://youtu.be/TfoHU2YQBxg> Una definición propuesta por una búsqueda general en la red arroja el siguiente concepto: Euphemism of Treadmill: “The process by which a pejorative term is replaced by a more politically correct term, only to over time be corrupted and used pejoratively itself until a new term is introduced, upon which the cycle repeats itself.”

¹²⁹ Para esto puede verse cualquier alocución de Steven Pinker sobre lingüística, existen varias “para dummies” en You Tube.

¹³⁰ <https://youtu.be/kbicBoLo6qA> Steven Pinker on pluralistic ignorance: “If dissenters are punished and can anticipate they’re going to be punished, then you might have a situation where nobody might actually believe something, but everyone believes that everyone else believes it and, therefore, no one is willing to be the little boy that says the emperor is naked”.

¹³¹ “Lo mismo puede decirse de todos los denominados “delitos de peligro abstracto o presunto”, en los que tampoco se requiere un peligro concreto, como “peligro “que corre un bien, sino que se presume, en abstracto por la ley; de modo que allí de hecho no concurre, lo que viene a castigarse es la mera desobediencia o violación formal de la ley por parte de una acción inocua en sí misma. También, estos tipos deberían ser

Así, la subordinación a toda suerte de categorías genera un doble problema, evidenciar la categoría, tan problemático en eventos de identidad sexual, por ejemplo, y, el consecuente trato igual. Lo que de suyo constituye un contrasentido pues se trata de una “diferencia” que los defensores del tipo quieren plasmar de forma categórica. Lo anterior, obviando las preguntas sobre legitimación en la representación del grupo o colectivo pues se asume, per se, por las antropologías del delito, que poseer la característica, el rasgo o atributo concede el rol de víctima.

Otro motivo de análisis reside en que en la práctica, la censura al discurso discriminatorio desde la política criminal también le ofrece enorme publicidad¹³². Basta ver los casos analizados para entender que el dicho de cada uno de estos ‘personajes’ lejos de pasar desapercibido recibió gran protagonismo en la prensa nacional y, en efecto, puede decirse que han pasado a la historia como si fueran verdaderas personalidades, dignas de reconocimiento; piénsese en los concejales, por ejemplo¹³³.

reestructurados, sobre la base del principio de lesividad, como delitos de lesión, o al menos de peligro concreto, según merezca el bien en cuestión una tutela limitada al perjuicio o anticipada a la mera puesta en peligro. **Si el derecho penal es un remedio extremo, deben quedar privados de toda relevancia jurídica los delitos de mera desobediencia, degradados a la categoría de daño civil los perjuicios reparables y a la de ilícito administrativo todas las violaciones de normas administrativas, los hechos que lesionan bienes no esenciales o los que son, solo en abstracto presuntamente peligrosos, evitando así la “estafa de etiquetas” consistente en calificar como “administrativas” sanciones restrictivas de la libertad personal que son sustancialmente penales.** “Derecho y Razón, Teoría del Garantismo Penal”, Subcapítulo: “Sobre lesividad concreta...”, Luigi Ferrajoli, Editorial Trotta, Madrid, 1997, Pág. 479.

¹³² “The new law has been vigorously enforced: in March, German police searched the headquarters of a far-right newspaper and seized copies of an issue reviewing a Danish Holocaust-denying book. The law has also produced problems of interpretation. In February, a Hamburg court decided that someone who left a message on an institutional answering machine stating that Steven Spielberg’s Schindler’s List won an Academy Award because it perpetuated the ‘Auschwitz myth’ was not guilty of the crime. That decision, which generated a new furor, is now on appeal, *but if it is reversed neo-Nazis will undoubtedly test the law with a variety of other locutions until they find one that is sustained and can become a new code phrase. They are, of course, delighted with trials turning on speech, because these provide brilliant forums for their views—the Munich trial of Ewald Althaus, another Holocaust denier, featured hours of videos of Hitler’s speeches and other neo-Nazi propaganda.*” En: “Freedom’s Law: The Moral Reading of the American Constitution”, Ronald Dworkin, Oxford University Press, 1996, Pag. 224.

¹³³ La falta de diagnóstico sobre las modalidades de discriminación estructural a nivel nacional favorece ofrecer soluciones al problema ‘que no son’; como en este caso la creación de un tipo penal que ofrece más limitaciones a derechos fundamentales que garantías a los mismos incluso frente a sectores de la población que pretende proteger como las minorías. En materia de política pública esto constituye un error de tercer tipo: “De acuerdo con Dumm (2004), el reto más importante del analista y diseñador de políticas públicas es evitar caer en el error de tercer tipo. En estadística el error de primer tipo consiste en aceptar como verdadera una hipótesis que en realidad es falsa. El error de segundo tipo es rechazar como falsa una hipótesis que en realidad es verdadera. En estudios políticos el error de tercer tipo es ofrecer una solución al problema que no es.” En: “Manual de Análisis y Diseño de Políticas Públicas”, Gonzalo Ordóñez Matamoros, Universidad Externado de Colombia, 2013, Pag. 78.

De modo que allí empieza la ardua labor de diferenciación entre una conducta racista, xenófoba, misógina, por ejemplo, y lo que se conoce como novelty aversion¹³⁴ (aversión a la novedad), o entre alert neutrality (neutralidad alerta) y respeto mutuo; problemas planteados por Pinker desde la sicología humana y que evidencian una presuposición del superhombre desde el discurso. Sin mencionar aspectos como la sicometría, que regresan el debate a la pregunta de Hart, ¿a cuántas personas blancas y de color debe exponerse una persona para establecerle, conforme a sus conductas negativas, una calidad racista? El asunto acaba por convertirse en un verdadero juicio político, no en clave de lesividad, no en clave de dañosidad social; como es el compromiso del derecho penal, en razón a su naturaleza de última ratio¹³⁵. De manera que, aunque el lenguaje se presente como una habilidad natural ello no implica necesariamente que cada quien se encuentre en capacidad de usarlo “correctamente”. Chomsky se refiere a esta característica de la siguiente manera:

“Es así como el término 'lenguaje' es reemplazado por el de 'competencia', definida como el conocimiento de la gramaticalidad (casi siempre tácito) que posee un hablante nativo elocuente, es decir, *la capacidad que tiene de identificar aquellas oraciones a las que no había sido expuesto como parte de su lengua y de determinar las relaciones estructurales que le permiten establecer dicha identificación*. En efecto, competencia para Chomsky es la capacidad que el ser humano tiene, por el solo hecho de poseer una lengua natural, de reconocer y construir la infinidad de oraciones gramaticalmente correctas en esa lengua, de interpretar su sentido, de detectar su ambigüedad, de identificar sus similitudes fonéticas o gramaticales, *las cuales no siempre coinciden*. **Y aclara: tener la capacidad de hacer algo no equivale a saber hacer ese algo, sino es reconocer que una persona, dada su temporal constitución física y mental y dadas las condiciones externas apropiadas, no necesita de mayor instrucción, adiestramiento, ni desarrollo físico para hacer ese algo** (CHOMSKY, 1980:12).”¹³⁶(Cursiva y negrilla fuera de texto.)

Estas referencias ontológicas a rasgos de identidad físicos o no, paradójicamente, producto de la excesiva constitucionalización del derecho penal se convierten en estándares tan elevados que, finalmente, la norma termina por convertirlos a su vez, en parámetros de discriminación. En el empeño por respetar a las personas en razón a sus diferencias ‘de raza, nacionalidad, sexo u orientación sexual, discapacidad y demás razones de discriminación’ la norma verdaderamente condena la neurodivergencia. Lo anterior, como lo señala Chomsky, porque “tener la capacidad de hacer algo no equivale a saber hacer ese algo”. Menos aún si la

¹³⁴ <https://youtu.be/a2:JOINIddM>

¹³⁵ “Finalmente, una política penal de tutela de bienes, tiene justificación y fiabilidad solo cuando es subsidiaria de una política extrapenal de protección de los mismos bienes. Los resultados lesivos prevenidos por el derecho penal pueden ser evitados, y en muchos casos más eficazmente, a través de medidas protectoras de tipo administrativo.” “Derecho y Razón, Teoría del Garantismo Penal”, Luigi Ferrajoli, Editorial Trotta, Madrid, 1997, Pag. 473.

¹³⁶ “Avram Noam Chomsky, Lingüística, Política y Responsabilidad”, Genoveva Iriarte Esguerra, Instituto Caro y Cuervo, Universidad Nacional de Colombia. En: https://cvc.cervantes.es/lengua/thesaurus/pdf/49/TH_49_002_133_0.pdf Pag. 370.

variable que establece la relevancia criminal de la conducta confluye en una competencia individual de carácter psicológico como lo es el lenguaje. El tipo penal condena a todos aquellos que sin sufrir verdaderas desviaciones que deriven en causas de inimputabilidad sí permanecen al margen de los parámetros de “normalidad”, supuestos por las distintas antropologías del delito y privilegiados por la norma.

Ejemplo de estos fenómenos son los trastornos de la personalidad como el trastorno narcisista de la personalidad, también llamado trastorno límite de la personalidad, o los síndromes límite del autismo, como el síndrome de Aspergers. Este efecto, particularmente discriminador de la censura al discurso en pro de la corrección política de su contenido frente a determinados colectivos ha sido estudiado por el psicólogo Geoffrey Miller de la Universidad de Nuevo México quien lo explica del siguiente modo:

“Speech codes assume a false model of human nature – that everyone has the same kind of brain that yields a narrow, ‘normal’ set of personality traits, cognitive and verbal abilities, moral temperaments, communication styles, and capacities for self-inhibition. *This neurotypicality assumption is scientifically wrong*, because different people inherit different sets of genes that influence how their brains grow and function, and every mental trait shows substantial heritability.

- Attention Deficit Hyperactivity Disorder(ADHD) (...) imposes high impulsivity and a tendency to blurt out inappropriate comments;
- Tourette syndrome(...) can include irresistible compulsions to say obscene or derogatory things;
- Social (pragmatic) communication disorder (...) impairs abilities to use language ‘appropriately’, to match communication styles to different contexts and listeners, and to read between the lines given subtle or ambiguous language;
- PTSD Post Traumatic Stress Disorder (...) increases sensitivity to reminders of past trauma (‘triggers’), which can provoke reactive anger, verbal aggression, and offensive speech;
- Bipolar disorder(...) can trigger manic phases in which beliefs become more eccentric, and speech and sexual behavior become less inhibited;
- Schizophrenia spectrum disorders (...) often lead to unusual communication styles, social awkwardness, and eccentric views that fall outside the Overton window;
- Paranoid, schizoid, and schizotypal (‘Cluster A’) personality disorders (...) involve social awkwardness, eccentric behaviors, and odd speech patterns, which can come across as insensitive or offensive;
- Histrionic, narcissistic, borderline, and antisocial (‘Cluster B’) personality disorders (...) involve impulsivity, attention-seeking, emotional instability and/or lack of empathy, which result in speech and behavior that often violates social norms.”¹³⁷ (Cursiva y subraya fuera de texto.)

La enumeración de distintas marcas involuntarias de la personalidad demuestra que es sencillamente imposible cumplir con los estándares de empatía, y de respeto que pretenden los códigos sobre lo que se puede o no decir. Muchas de las personas que padecen estas formas de neurodivergencia jamás podrán alcanzar dichos estándares¹³⁸. Pese a ello, suelen

¹³⁷ “The neurodiversity case for free speech: Notes”, por Geoffrey Miller, psicólogo de la Universidad de Nuevo México, en: <http://quillette.com/2017/07/18/neurodiversity-case-free-speech/>

¹³⁸ “El resultado político de estas dos confusiones opuestas es el mismo: La legitimación externa conferida acríticamente a los contenidos sustanciales del derecho positivo, bien considerándolos válidos también porque sean sustancialmente justos, bien considerándolos justos sólo porque sean formalmente válidos. En cualquier caso la asociación entre delito y pecado o entre antijuridicidad o antisocialidad equivale en efecto a atribuir valor externo a las leyes penales vigentes y, de hecho, a la negación del problema autónomo de su justificación ético-política. Más exactamente las tesis jurídico-sustancialistas (o moralistas) que afirman que los delitos son tales (también) por sus características intrínsecas sirven para mistificar el derecho penal vigente acreditándolo de un modo apriorístico, según las diferentes referencias ontológicas, como reflejo o producto de la moralidad

ser destacados científicos, políticos, y hasta filósofos. Personas como Marie Currie jamás podrían entender estándares tan elevados en el discurso y, sin embargo, fue la primera mujer en ganar dos premios novel por descubrimientos diferentes, no gracias a que padecía el síndrome de Asperger's sino a pesar de él. Dado que la legislación colombiana pretende imponer estos estándares a contenidos discursivos a través del derecho penal es evidente que la misión de favorecer a las minorías deviene en una persecución a todos aquellos "Sheldon Coopers" que andan por ahí.

No es menos importante mencionar que esta relación de poder, el sometimiento de la sociedad a la criminalización del discurso, no soluciona el problema para las minorías; simplemente modifica quiénes serán los targets de persecución política y criminal: otro sector vulnerable de la población, la neurodivergencia. Personas marginadas de una vida normal por disposición genética y que, en muchas oportunidades, sufren tanto o más que las víctimas de su falta de empatía. En ocasiones terminan su vida para no ser juzgados por sus múltiples incompetencias de orden social y afectivo. El autor tiene razón cuando afirma:

"Since speech codes are written by the neurotypical for the neurotypical, the neurodivergent often find them literally incomprehensible, and it's impossible to follow a rule that doesn't make sense."¹³⁹

Hasta aquí logró establecerse cómo la norma y la interpretación que de ella realizó la Corte Constitucional, no tiene sentido en términos de los imperativos, trazados por el derecho, a la responsabilidad penal individual. Pero este último efecto es uno que no ha sido calculado en términos constitucionales.¹⁴⁰ La norma es per sé discriminadora al pretender que todas las personas guardan un rango de 'normalidad' a esos niveles, en el discurso, en el pensamiento, en el carácter¹⁴¹.

media, del sentimiento del pueblo, de la natural anormalidad de la desviación castigada, de exigencias objetivas de defensa social, etc." En: "Derecho y Razón, Teoría del Garantismo Penal", Luigi Ferrajoli, Editorial Trotta, Madrid, 1997, Pag. 374.

¹³⁹ "The neurodiversity case for free speech: Notes", por Geoffrey Miller, sicólogo de la Universidad de Nuevo México, en: <http://quillette.com/2017/07/18/neurodiversity-case-free-speech/>

¹⁴⁰ "Solo analizando la divergencia entre normatividad y efectividad de la protección penal de los bienes es posible captar, en los diversos niveles en la que esta se manifiesta, los aspectos de ineficacia de la primera y de la ilegitimidad de la segunda. Estos aspectos, según se ha visto, dependen esencialmente de la desproporción entre el valor de la libertad personal afectada por la pena y el de los bienes atacados por el delito, así como de la distorsionada escala de valores que se refleja en la escala de penas prevista para cada uno de ellos. Por consiguiente, conforme a una reelaboración de la jerarquía de los bienes estimados merecedores de tutela y, en relación con ella, de las penas proporcionadas a tal fin. Un programa de derecho penal mínimo debe apuntar a una masiva deflación de los "bienes" penales y de las prohibiciones legales, como condición de su legitimidad política y jurídica." (Cursiva fuera de texto.) En: "Derecho y Razón, Teoría del Garantismo Penal", Subcapítulo: "Desproporción entre la libertad afectada y los bienes protegidos por el delito. Deslegitimación y mistificación," Luigi Ferrajoli, Editorial Trotta, Madrid, 1997, Pag.477.

¹⁴¹ "Si tomamos la expresión "carácter constitutivo" en el sentido amplio que he expresado con el término "carácter cuasi-constitutivo" forman parte del sistema constitutivo todas las normas o segmentos de normas que elevan el estatus racial, social, político, religioso o jurídico de una persona a la categoría del elemento constitutivo del delito y/o de un eximente, atenuante o agravante. **En todos estos casos el carácter constitutivo que se asigna a las cualidades personales es fuente inevitable de arbitrariedad.** "Veo con dolor -escribía Condorcet- cómo en un código penal el legislador permite a los jueces tener en cuenta la calidad de las personas. La ley, tanto en la instrucción como en la pena, debería ser igual para todos".(Negrilla fuera de texto.) "Derecho y Razón, Teoría del Garantismo Penal", Luigi Ferrajoli, Editorial Trotta, Madrid, 1997, Pag. 506.

De contera, criminalizar la heterogeneidad de la neurodivergencia excluye muchos de los más grandes progresos y desarrollos que mentes distintas y divergentes como estas han traído a la humanidad pese a su discurso y conducta. Es decir, compromete su creatividad. Algunos ejemplos, también mencionados por el autor en cita, son figuras como Einstein e Isaac Newton. Realmente, pretender la homogenización de la diversidad del lenguaje a través de la política criminal impacta profundamente el desarrollo creativo. El sicólogo Geoffrey Miller se refiere a ello en los siguientes términos:

“Censorship kills creativity, truth, and progress in obvious ways. Without the free exchange of ideas, people can’t share risky new ideas (creativity), test them against other people’s logic and facts (truth), or compile them into civilizational advances (progress). But censorship also kills rational culture in a less obvious way: it silences the eccentric. It discriminates against neurominorities. It imposes a chilling effect on unusual brains that house unusual minds. It marginalizes people who may have great ideas, but who also happen to have mental disorders, personality quirks, eccentric beliefs, or unusual communication styles that make it hard for them to understand and follow the current speech norms that govern what is ‘acceptable’. Harvard’s speech codes and Twitter’s trolls may not prohibit anything in *Principia* itself, but they drive away the kinds of eccentric people who write such books because of all the other ‘offensive’ things they sometimes do and say.”¹⁴² (*Las comillas y las cursivas son del texto.*)

Pero, además, establecer un umbral de lo “aceptable” en el discurso, como se ha observado, es prácticamente imposible. Al menos no si se tiene en cuenta que Colombia mantiene una artificiosa confusión, auspiciada por distintas instituciones públicas y de acuerdo a su mando de turno, alrededor de los límites constitucionales a la libertad de expresión. Situación que acaba por deslegitimar la criminalización del discurso, su persecución punitiva, en razón a un juicio de valor arbitrario como el hate speech.

Si Colombia no ha resuelto el problema constitucional de los límites a la libertad de expresión frente a la libertad de credo por ejemplo, como lo demostró el manejo ofrecido por algunos jueces a la exposición “mujeres ocultas”¹⁴³, ¿cómo podría el derecho penal resolverlo?. La sociedad colombiana no distingue una exposición de arte de la libertad de credo o de religión. Este es un ejemplo definitivo de lo que implica respaldar la persecución penal de contenidos.

¹⁴² “The neurodiversity case for free speech: Notes”, por Geoffrey Miller, sicólogo de la Universidad de Nuevo México, en: <http://quilllette.com/2017/07/18/neurodiversity-case-free-speech/>

¹⁴³ Exposición de arte que utiliza ‘custodias’, empleadas por templos religiosos en las eucaristías y en general como ambientación de este tipo de escenarios, para mostrar partes del cuerpo de la mujer y así evidenciar el proceso histórico que las ha tenido tan ‘custodiadas’ o reprimidas. Personas de afiliación religiosa demandaron a la Alcaldía de Bogotá por permitir la exposición en la creencia de que vulneraba la libertad de cultos y de religión. El caso tuvo que ir a la Corte Constitucional porque los jueces de instancia no permitieron la exposición, qué, **paradójicamente, tenía como finalidad reivindicar el rol de la mujer en sociedad.** Debe mencionarse que una de las instancias a este pleito fue resuelta por el honorable Consejo de Estado. Hay que mencionar también que la Procuraduría General de la Nación coadyuvó en la censura a la exposición. Lo anterior demuestra la perpetuidad en los criterios de discriminación empleados por las Instituciones y la falta de una política pública por la inclusión de la diversidad. La Corte Constitucional falló el caso a través de la Sentencia SU- 626 de 2015.

En otras oportunidades, las expresiones artísticas son confundidas con el derecho a la intimidad, por ejemplo, como ocurrió en el caso “blanco porcelana”¹⁴⁴; exposición que pretendió censurarse por familiares de la artista al responder a una metodología autobiográfica. ¿Cómo se puede pretender que un juez penal conozca cómo sancionar con la etiqueta de delito merecedor de pena los contenidos, si continúan las polémicas constitucionales sobre los límites de la expresión meramente artística?

Dicho de otro modo, si la única alternativa es la censura al discurso desde la responsabilidad penal individual, probablemente hay un gran vacío en la determinación del problema. Esto es, si el tipo penal plantea el problema de la discriminación en términos de igualdad, no debería crear una ventaja punitiva, criminalizando unos discursos y otros no. Como indefectiblemente ocurre en lo relativo al lenguaje, pues los mensajes discriminatorios son fácilmente encriptables como quedó demostrado por el análisis antepuesto.

Luego las decisiones de política pública, no criminal, deberían apuntar, más bien, a solucionar el problema de la inclusión. Ya que “hablar” sobre cómo debería “hablarse” de un problema” por oposición a cómo debe resolverse en sí no soluciona los obstáculos a la inclusión; criterio básico del fenómeno discriminatorio. Diría Ferrajoli: “Otros como los ultrajes y todos los delitos de opinión, se dirigen a tutelar privilegios o inmunidades que contradicen los principios de libertad y democracia y que, más aún, no constituyen bien alguno para nadie y tanto menos para el ciudadano común.”¹⁴⁵

Los cambios sociales no necesariamente son un reflejo de la legislación, y, crear un tipo penal no es garantía para su cumplimiento; como lo demostró el segundo capítulo de este documento en materia de la aplicación simbólica a la que se encuentra sujeto el tipo penal de actos discriminatorios. Un tipo penal que reconozca en grupos históricamente discriminados víctimas relevantes del discurso, en el marco del sistema punitivo, no resuelve sus problemas de inclusión material.

¹⁴⁴ T-015 de 2015. En esta oportunidad una artista utilizó un método autobiográfico para reconocer formas de racismo implícitas en la idiosincrasia familiar. La siguiente herramienta empleada en su exposición describe la situación que generó una acción de tutela en contra de la exposición por el derecho a la intimidad, invocado por la familia de la artista: “Aludiendo a su proceso de creación, manifiesta que “El inicio del proceso fue reunir materiales de carácter personal, uno de los primeros mi propio álbum de fotografías de bebé, en el cual se encontraba una carta que se entrega a las madres embarazadas y que una amiga le dio a mi mamá mientras me esperaba, en la cual hay un párrafo que dice: “me gustaría tanto ser tal como tú imaginas, gordito, rosado, de pelito rubio y ojitos claros, pero si acaso no soy así ... no te alijas por eso.””

¹⁴⁵ La cita completa es la siguiente: “La segunda restricción es de carácter cualitativo. De entre las innumerables abstracciones catalogadas en el código Rocco como “bienes jurídicos” y como rotulo de otras tantas clases de delito -la personalidad del estado, la administración pública, la actividad judicial, la religión del estado, la piedad para con los difuntos, el orden público, la fe y la economía pública, la industria y el comercio, la moralidad y las buenas costumbres, el pudor y el honor sexual, la integridad de la estirpe, la familia, el matrimonio, la moral y los deberes de asistencia familiar, el patrimonio y, solo en último término, la integridad física de las personas-, nuestro principio de lesividad permite considerar “bienes” solo a aquellos cuya lesión se concreta a otras personas de carne y hueso. Otros como los ultrajes y todos los delitos de opinión, se dirigen a tutelar privilegios o inmunidades que contradicen los principios de libertad y democracia y que, más aún, no constituyen bien alguno para nadie y tanto menos para el ciudadano común.” En: “Derecho y Razón, Teoría del Garantismo Penal”, Luigi Ferrajoli, Editorial Trotta, Madrid, 1997, Pag. 478.

Por el contrario, garantiza la aplicación de una política pública meramente simbólica frente a sus dificultades. Este tipo de política ofrece la ilusión, la apariencia de que el Estado ha abordado el tema. Como lo demostró el análisis de la trayectoria seguida por autoridades tanto administrativas como judiciales al caso de Sergio. Además, se ofrece un poder desbordado al estado para punir conductas que representan las más grandes victorias constitucionales del derecho, como la libertad de pensamiento, la libertad de expresión y de opinión¹⁴⁶. Todas ellas, normas constitutivas y no simplemente instrumentales.¹⁴⁷

Estos tipos penales son el producto de la ‘mistificación’ de la responsabilidad penal individual, así lo denominó Ferrajoli al describir a este tipo de disposiciones como una clara vulneración al principio de legalidad:

“Estas mistificaciones, como se dijo en el apartado 15.2, contradicen el *principio de la mera legalidad* expresado aquí mediante el axioma A2 y comprometen la objetividad o positividad del derecho penal como universo del discurso de la ciencia jurídica. El principio de mera legalidad, que actúa con arreglo a la fórmula *nulla poena nulum crimen sine lege* como norma de reconocimiento de todas las prescripciones penales legalmente vigentes o positivamente existentes y sólo de ellas, tiene el efecto para el jurista del valor de una regla meta-científica, a la que llamaré primer postulado del positivismo jurídico: se trata, más exactamente, de una regla semántica que identifica el derecho vigente como objetivo exhaustivo y exclusivo de la ciencia penal, *estableciendo que sólo las leyes (y no también la moral u otras fuentes externas) dicen lo que es delito y que las leyes dicen sólo qué es delito (y no también qué es pecado). Al mismo tiempo las dos confusiones mencionadas van en detrimento de la autonomía de la crítica política, del análisis histórico y de la investigación sociológica y criminológica acerca del derecho penal vigente respecto a las opciones legislativas objeto del estudio.* En efecto, sólo si se adopta una noción exclusivamente formal del delito y se abandona todo moralismo o naturalismo jurídico es posible interpretar y criticar el sistema sustancial de los delitos previstos en un determinado ordenamiento por lo que efectivamente es: el catálogo -establecido con carácter autoritativo y jerárquicamente ordenado sobre la base de las diferentes medidas de pena- de los intereses y los bienes jurídicos protegidos por ese ordenamiento”. *Y sólo*

¹⁴⁶ “No se puede ni se debe pedir más al derecho penal. El principio axiológico de separación entre derecho y moral, en la primera de las tres acepciones del apartado 15.3, veta, a su vez, la prohibición de comportamientos meramente inmorales o de estados de ánimo pervertidos, hostiles o, incluso peligrosos. *E impone por mor de la tutela de la libertad personal de consciencia y de la autonomía y relatividad moral, la tolerancia jurídica de toda actitud o comportamiento no lesivo para terceros.* A lo que Beccaria añade. “Prohibir una multitud de acciones indiferentes no es evitar los delitos que no pueden nacer, sino crear otros nuevos”. Y Bentham polemiza duramente contra la tendencia de muchas leyes de su tiempo a castigar un sinnúmero de infracciones fútiles y pueriles. Justo porque la intervención punitiva es la técnica del control social más gravosamente lesiva de la libertad y de la dignidad de los ciudadanos, el principio de necesidad exige que se recurra a ella solo como remedio extremo. Por eso afirma Beccaria, remitiéndose a Montesquieu: **“Todo acto de autoridad de hombre a hombre, que no se derive de la absoluta necesidad, es tiránico.”** “Derecho y Razón, Teoría del Garantismo Penal”, Subcapítulo: Tolerancia de todo comportamiento no lesivo para terceros, Luigi Ferrajoli, Editorial Trotta, Madrid, 1997, Pág. 465.

¹⁴⁷ “It is very important that the Supreme Court confirm that the First Amendment protects even such speech; that it protects, as Holmes said, even speech we loathe. That is crucial for the reason that the constitutive justification of free speech emphasizes: because we are a liberal Society committed to individual moral responsibility, and any censorship on grounds of content is inconsistent with that commitment. The instrumental arguments Brennan relied on in Sullivan are now being widely used, however, not to support but to undermine that view of liberal society. In a recent defense of campus constraints on “politically incorrect” speech, for example, Stanley Fish insisted, “Speech, in short, is never and could not be an independent value, but is always asserted against a background of some assumed conception of the good to which it must yield in the event of conflict.” Fish rejects the very possibility of what I called a constitutive defense of free speech; he insists that any defense must be instrumental, and that censoring politically incorrect speech will serve the instrumental purpose better than freedom will.” EN: “Freedom’s Law: The Moral Reading of the American Constitution”, Ronald Dworkin, Oxford University Press, 1996, Pág. 205.

si se separa el derecho de la moral y se reconoce el carácter enteramente artificial, convencional y contingente de las figuras penales de calificación penal puede evitarse la trampa ideológica de superponer al desvalor jurídico un apriorístico desvalor moral, natural o en cualquier caso sustancial, y por consiguiente de subordinar las investigaciones criminológicas y por otro lado los juicios ético-políticos al punto de vista interno de los juicios de desvalor jurídico que constituyen el objeto de una y otros.”¹⁴⁸

El anterior pasaje demuestra claramente lo que ha pretendido este documento, una postura en favor del principio de tipicidad en materia penal y en contra del determinismo, no sólo histórico, sino propio de presumir la mala fé y la connotación peyorativa en las palabras, que, como se demostró, no responden a un criterio de significación tan simplista. Como lo exhibió el euphemism of treadmill, los ámbitos de lexicalización son ajenos al control punitivo¹⁴⁹. De manera que, una solución desde la política criminal a la discriminación en contenidos discursivos nubla un nuevo diagnóstico a los problemas de discriminación vedada; horizontal a todas las conductas penalmente relevantes y, por supuesto, deplorable. La falta de diagnóstico previo a los fenómenos discriminatorios genera soluciones aparentes al problema, como la función netamente simbólica de la responsabilidad penal individual; porque la creación de tipos penales, como el de actos discriminatorios, genera una falsa calma respecto a los problemas reales que afrontan personas pertenecientes a distintos colectivos y arraigos.

El escrutinio al lenguaje mal podría resolver un problema como la discriminación. Por el contrario, colabora a su mistificación, adhiriéndolo únicamente al ámbito criminal; pese a sus múltiples expresiones sociales. Y, como diría Marcel, todo misterio desemboca en eternidad. El anhelo por circunscribir el significado de las palabras ofrece sentido al mito de Sísifo, es un oficio inútil. Un encantamiento que concede una esperanza en que lo dicho adquiere significado externo y observable. Nada más alejado de la realidad. Sólo el individuo puede ofrecer significado a su dicho, las interpretaciones que sobre él se construyan son reflejo de la demagogia acostumbrada del poder punitivo del Estado.

Admitir los misterios inabordables del lenguaje, permite un escrutinio al carácter, desde su humanidad, y no desde la criminalidad; sin dar por sentado al súper hombre, defendido desde las antropologías del delito, como intento demostrarse a través de la conducta

¹⁴⁸ “Derecho y Razón, Teoría del Garantismo Penal”, Luigi Ferrajoli, Editorial Trotta, Madrid, 1997, Pag. 374.

¹⁴⁹ “Todo ello no priva en absoluto de su valor político y científico a la doctrina iuspositivista de la separación entre derecho y moral –o entre validez y justicia, entre legitimación interna y legitimación externa, entre derecho <<como es>> y <<derecho como debe ser>>-, en los distintos significados en que fue articulada en el apartado 15.2. La novedad presentada por la constitucionalización de los principios del derecho natural en el derecho positivo – que respecto al derecho natural, <<que no es>>, es obviamente el único derecho <<que es>>- consiste sólo en que éste se ha convertido en una estructura compleja, que comparte tanto la dimensión del ser como la del deber ser. La primera dimensión es aquella a la que se refieren los juicios de hecho acerca de la eficacia o ineficacia de las normas respecto a las actividades de rango inferior a ellas; la segunda es aquella a la que se refieren los juicios jurídicos acerca de la validez o invalidez respecto a las normas superiores a ellas.” “Derecho y Razón, Teoría del Garantismo Penal”, Luigi Ferrajoli, Editorial Trotta, Madrid, 1997, Pág. 357 a 358.

hipotética que habría desplegado, quizás, un hombre lingüísticamente correcto, si eso existe. Pues el lenguaje configura la personalidad, la propia capacidad cognitiva, el propio razonamiento, innato e incommunicable, un misterio. Capacidad que no puede presumirse idéntica en todos los seres humanos sin discriminarlos a su vez. Se debe, al lenguaje, un acto de humildad, presumirlo estrictamente especulativo, y, allí, su capacidad creativa. Por ello, el mito es el común denominador de la poesía y la religión, sólo se ofrece a quienes creen en ella.¹⁵⁰

¹⁵⁰ “Si el sustancialismo jurídico y el formalismo ético convergen desde el punto de vista externo en la deformación científica y en la atribución ideológica de valor al derecho penal vigente, las orientaciones sustancialistas presentan, desde el punto de vista jurídico o interno, **el defecto ulterior de entrar en conflicto con el principio de estricta legalidad y de ser por ello acordes con sistemas autoritarios de derecho penal máximo**, <<cuando se produzca un hecho nuevo>>, escribía en 1939 el jurista moralista Giuseppe Maggiore, <<que sea sustancialmente, pero no *formalmente* delito, en tanto en cuanto no esté inculcado por ninguna disposición legal, ¿Qué hará el estado? El estado liberal, frente a una eventualidad semejante, permanecerá inerte paralizado por el ordenamiento jurídico que le ordena *ne plus ultra*, y, deplorando la fechoría tolerará que tenga lugar con completa impunidad para los culpables; el estado totalitario, por el contrario, ordenará a sus jueces que castiguen, creando ellos la norma que falta>>. Y Francisco Carnelutti añadía: <<No hay ninguna verdadera razón por la que un acto socialmente dañino no expresamente previsto por la ley no pueda ser castigado>>.

Tesis tan extremas, que llegan a la negación pura y simple de legalidad penal, ciertamente no serían compartidas por la mayor parte de las doctrinas sustancialistas, que como se ha dicho proponen definiciones reales del delito como integración, y no como sustitución, de las nominales o legales. Sin embargo, la alternativa entre formalismo y sustancialismo se ha reproducido también en la ciencia y en la práctica de la legislación penal, poniéndose de manifiesto en las diferentes respuestas a la cuestión, distinta de la examinada hasta ahora, de la estructura de la definición no ya teórica o dogmática sino legislativa de las figuras de delito: es decir, de si está vedado o permitido a las leyes penales el prever elementos sustanciales, decidibles mediante juicios de valor, como condiciones no sólo necesarias sino también suficientes para configurar los delitos, o, en cambio, si ha de aceptarse o rechazarse nuestra primera tesis axiológica, enunciada en el apartado 15.3, acerca de la separación entre derecho y moral.

No cabe duda de que las orientaciones sustancialistas, preocupadas sobre todo por dar a la noción de delito fundamentos ontológicos –como la inmoralidad, la peligrosidad, la anormalidad psicofísica, etc.- han favorecido el desarrollo de sistemas penales caracterizados por la incorporación potestativa de esa clase de juicios de valor como condiciones suficientes y no sólo necesarias de la identificación de los delitos. Una incorporación semejante, como se ha visto, si bien es conforme al principio de mera legalidad, contradice el principio de legalidad estricta, cuya función garantista reside en el hecho de que los delitos estén determinados por la ley de manera taxativa, sin reenvío (aunque sea legal) a parámetros extra-legales, a fin de que sean determinados por el juez mediante aserciones refutables y no mediante juicios de valor autónomos. Naturalmente la relación entre culturas penales y sistemas de derecho penal es como siempre una relación circular, en que las primeras influyen en los segundos y éstos condicionan a las primeras. Así, sistemas penales caracterizados por la incorporación potestativa de elementos abiertamente sustancialistas a las definiciones legales del concepto de delito y/o de cada uno de los tipos penales imponen inevitablemente referencias extra-legales en la definición teórica de aquel y/o en las configuraciones dogmáticas y judiciales de estos. Pero es igualmente cierto que este tipo de modelos tienen tras sí doctrinas sustancialistas, basadas en la idea de que el delito sea captado, más allá de lo que dice la ley, en su identidad ontológica de *malum in se*.

Ha ocurrido así, como veremos analíticamente en el capítulo 8 y en la parte cuarta, que las doctrinas sustancialistas, que proliferaron con la reacción antiilustrada del siglo pasado en las múltiples versiones anteriormente recordadas, han inspirado –en el mejor de los casos- modelos penales de legalidad atenuada, es decir, caracterizados por figuras delictivas elásticas e indeterminadas, por espacios de hecho, cuando no de derecho, abiertos a la analogía *in malam partem*, por el carácter central atribuido a las investigaciones acerca de la persona del reo así como al juicio sobre su <<peligrosidad>> y a las correspondientes medidas preventivas. Y han abierto el camino –en los peores casos- a las mucho más nefastas doctrinas abiertamente antiformalistas que han constituido la base teórica de los ordenamientos penales totalitarios. Me refiero ante todo a la doctrina penal nazi del <<tipo de autor>> (*Tätertyp*) que identifica la desviación punible antes que (o más que) a través de las figuras normativas de los delitos (el homicidio, el hurto, el acto de subversión) a través de las figuras

normativas de los reos (el tipo subjetivo del homicida, el ladrón o el subversivo), dando relevancia a los delitos sólo en tanto que <<síntomas>> de personalidades antisociales, desleales o criminales a interpretar o <<intuir>>, como dice el artículo 2 del código penal nazi, sobre la base del <<sano sentimiento del pueblo>>.” En: “Derecho y Razón, Teoría del Garantismo Penal”, Subcapítulo: “Sustancialismo como parte del Régimen totalitario y Dictatorial”, Luigi Ferrajoli, Editorial Trotta, Madrid, 1997, Pág. 375 a 376.

BIBLIOGRAFÍA

1. Sentencia C-257 de 2016 Magistrado Ponente Luis Guillermo Guerrero Pérez.
2. Sentencia C-282 de 2013 Magistrado Ponente Luis Guillermo Guerrero Pérez.
3. Sentencia C-671 de 2014 Magistrado Ponente Luis Guillermo Guerrero Pérez.
4. Sentencia T- 478 de 2015, Magistrada Ponente Gloria Stella Ortiz Delgado.
5. Gacetas del Congreso No.: 406, 661, y 668 de 2011 Cámara de Representantes.
6. Gacetas del Congreso No: 459 de 2010, 799 de 2010, 1047 de 2010, 660 de 2011, Senado de la República.
7. Ley 1482 de 2011 Ley Antidiscriminación.
8. “Del odio al prejuicio: reflexiones sobre la subjetividad y su prueba en los instrumentos penales antidiscriminación,” Samuel Augusto Escobar Beltrán, file:///C:/Users/asus/Desktop/segunda%20tesis/From%20Hate%20to%20Bias_%20Reflections%20on%20Subjectivity%20and%20its%20Proof%20in%20Antidiscrimination%20Criminal%20Dispositions.html
9. “El chiste y su relación con el Inconsciente”, Sigmund Freud, <file:///C:/Users/usuario/Desktop/segunda%20tesis/freud%20EL%20CHISTE%20Y%20SU%20REL.%20CON%20EL%20INCONSCIENTE.pdf>
10. “Desiguales por Ley: las Políticas Públicas contra la Igualdad de Género, María Pazos Morán, Los Libros de la Catarata, 2015, Segunda Edición.
11. “The Open Society and It’s Enemies, The High Tide of Prophecy: Hegel, Marx, and the Aftermath. Volume II,” Karl Popper, George Routledge & Sons Ltd., London, 1972.
12. “Sobre la Necesidad de una Lesión de Derechos para el Concepto de Delito”, Johann Michael Franz Birnbaum, Editorial B de F, Buenos Aires, 2010.
13. “La Teoría de la Libertad de la Voluntad en la Actual Doctrina Filosófica de Derecho Penal”, Karl Engisch, editorial B de F, Buenos Aires, 2008.
14. “Avram Noam Chomsky, Lingüística, Política y Responsabilidad”, Genoveva Iriarte Esguerra, Instituto Caro y Cuervo, Universidad Nacional de Colombia. En: https://cvc.cervantes.es/lengua/thesaurus/pdf/49/TH_49_002_133_0.pdf
15. “Noam Chomsky speaks about Universal Linguistics: Origins of Language” <https://www.youtube.com/watch?v=7Sw15-vSY8E>
16. “Después de la Sociedad Abierta. Escritos Sociales y Políticos.” Karl R. Popper, Ediciones Paidós Ibérica, España, 2010.
17. “Final Remarks, Istanbul Conference on Freedom of Speech”, Noam Chomsky. <https://chomsky.info/20101010/>

18. Ley 1752 de 2015, Por la cual se modifica la Ley 1482 de 2011.

19. "Contours of Global Order: Domination, Instability, and Xenophobia in a Changing World" Noam Chomsky,
file:///C:/Users/Propietario/Desktop/Contours%20of%20Global%20Order_%20Domination,%20Instability,%20and%20Xenophobia%20in%20a%20Changing%20World.html

20. "Language and Freedom," Noam Chomsky,
<file:///C:/Users/Propietario/Desktop/Language%20and%20Freedom.html>

21. "The Responsibility of Intellectuals", Noam Chomsky,
<file:///C:/Users/Propietario/Desktop/The%20Responsibility%20of%20Intellectuals.html>

22. "La Teoría Crítica de la Sociedad de la Escuela de Frankfurt, Algunos Presupuestos Teórico Críticos," Sergio Nestor Osorio, <http://www.unmg.edu.co/documents/63968/80132/RevNo1v011.Art8.pdf>

23. "Delitos Contra la Vida y la Integridad Personal de las Lesiones Personales, Aborto, Lesiones al Feto, Abandono de Personas, Omisión de Socorro, Manipulación Genética y Delitos de Discriminación", Ricardo Posada Maya, Grupo Editorial Ibañez, 2015.

24. "Crímenes de Odio por Orientación Sexual o Identidad de Género en el Perú", Christian Manuel Olivera Fuentes, <http://www.redperuanatlgb.net/documentos/Crimenesodioorientsexidengenperu.pdf>

25. "Orden Público y Perfiles Raciales: Experiencias de Afrocolombianos con la Policía en Cali", Yukyan Lam - Camilo Andrés Ávila Ceballos, DeJusticia centro de estudios de derecho, justicia y sociedad, 2013.

26. "Capítulo I, Sobre la Capacidad Cognitiva", Noam Chomsky,
file:///C:/Users/Propietario/Desktop/Noam%20Chomsky.%20Sobre%20la%20Capacidad%20Cognitiva_%20Conceptos%20de%20los%20racionalistas.html

27. "Definición de los Delitos de Odio en el Código Penal Español", Observatorio Madrileño Contra la Homofobia, Transfobia y Bifobia, http://contraeliz.cluster005.ovh.net/recursos/es_cp_articulo.pdf

28. "Diagnóstico Sobre los Crímenes de Odio Motivados por la Orientación Sexual e Identidad de Género en Costa Rica", por Karen Vargas, Adriana Quirós, Luis Diego Segura y Daniel Matul, CEJIL, CIPAC,
<http://www.redxlasalud.org/index.php/mod.documentos/mem.descargar/fichero.DOC-456%232E%23pdf>

29. "La Discriminación por Razón de Sexo en la Legislación Penal", Patricia Laurenzo Copello,
<file:///C:/Users/asus/Downloads/Dialnet-LaDiscriminacionPorRazonDeSexoEnLaLegislacionPenal-174779.pdf>

30. "Manual de Análisis y Diseño de Políticas Públicas", Gonzalo Ordóñez Matamoros, Universidad Externado de Colombia, 2013.

31. "El Concepto de Bien Jurídico como Instrumento de Crítica Legislativa Sometido a Exámen", Claus Roxin,
<http://criminet.ugr.es/recpc/15/recpc15-01.pdf>

32. "Delitos cometidos por motivos discriminatorios: Una aproximación desde los criterios de legitimación de la pena.", por Jacobo Dopico Gómez Aller, en www.cienciaspenales.net/files/2016/08/1dopico.pdf

33. "Defending my Enemy, American Nazis, the Skokie Case, and the Risks of Freedom", Arveh Neier, Idebate Press, 2012.

34. "Chomsky, Lenguaje, Mente y Política," McGilvray James, Editorial Laetoli S.L., 2006.

35. Caso Herrera Ulloa Vs. Costa Rica, Sentencia de 2 de Julio de 2004, Corte Interamericana de Derechos Humanos.

36. Ley 23592 de 1988 Actos Discriminatorios, Argentina.
37. Ley 17817 de 2004, Lucha contra el Racismo la Xenofobia y la Discriminación, Uruguay.
38. “El odio discriminatorio como circunstancia agravante de la responsabilidad penal”, Juan Alberto Díaz López, Tesis Doctoral para la Universidad Autónoma de Madrid, Facultad de Derecho, 2012, pag web...
39. “El principio constitucional de igualdad y los delitos de odio”, María José Espinoza Méndez, 2014 pag web...
40. “Incitación al Odio y Género, algunas reflexiones sobre el nuevo artículo 510 C.P. y su aplicabilidad al discurso sexista, Víctor Gómez Martín, pag web...
41. “Intolerancia a la Diversidad Sexual y Crímenes por Homofobia. Un análisis Sociológico.”, Jorge Mercado Mondragón, pag web...
42. “La inconstitucionalidad de la ley orgánica 1 de 2004, ¿Es posible combatir la violencia de género sin que se vea afectado el derecho a la igualdad?”, Miguel Ángel Luque de Gregorio, tesis de maestría, Universidad Complutense de Madrid. pag web...
43. “Manual Práctico para la Investigación y Enjuiciamiento de Delitos de Odio y Discriminación”, Miguel Ángel Aguilar García y Otros, Generalitat de Catalunya Centre d’Estudis Jurídics i Formació Especialitzada, 2015. pag web...
44. “¿What is Discrimination?”, Sophia Moreau, Wiley Periodicals, Inc. Philosophy and Public Affairs, 2010, pag web...
45. “Convención contra todas las formas de Discriminación”, Organización de las Naciones Unidas, 1965. pag web...
46. ¿Pueden Convivir en Paz el Islam y Occidente?, John Carlin, El País, 20 de Febrero de 2005. pag web...
47. “Delitos de Odio y Discriminación en el Código Penal,” Lucía Chacón Ledesma, Fiscalía Provincial de Córdoba, noviembre de 2016, pag web...
48. “The neurodiversity case for free speech: Notes”, por Geoffrey Miller, sicólogo de la Universidad de Nuevo México, en: <http://quillette.com/2017/07/18/neurodiversity-case-free-speech/>
49. “Delitos de Incitación al Odio y a la Discriminación”, Tesis de Rebecca Dabarca Bas, Universidad de Zaragoza, 2014, pag web...
50. “When is Discrimination Wrong?”, Deborah Hellman, Harvard University Press, 2008, pag web...
51. El libro de Suarez Sánchez...
52. “Causalidad e imputación objetiva”, Hans-Joachim Rudolphi, traducción de Claudia López Díaz, Universidad Externado de Colombia, 2006.
53. “El análisis de contexto en la investigación penal: crítica del trasplante del derecho internacional al derecho interno”, Gerardo Barbosa Castillo, Carlos Bernal Pulido.
54. “Discurso y verdad, el arte sobre decirlo todo”, Michell Foucault.