HOSTIGAMIENTO POR RAZA U ORIGEN ÉTNICO O CULTURAL/ Atipicidad de la conducta cuando no se induce a terceras personas a realizar actos de hostigamiento en contra de personas que hacen parte de comunidades discriminadas/ Interpretación gramatical de la norma/ Prohibición de regreso/ Carencia de efecto vinculante de sentencia de la Corte Constitucional en que se cita como ejemplo el caso analizado

“(…) al contextualizar en su verdadero sentido lo acontecido en la plurienunciada sesión celebrada en la sede del Concejo Municipal de Marsella (…) se tiene que a pesar de lo reprochable y repudiable de las expresiones con las cuales el Procesado FERNANDO ANTONIO DELGADO se refirió a las comunidades de los desplazados, indígenas y afrodescendientes, en ningún momento incitó, indujo o promovió para que terceras personas, indeterminadas o determinables, hostigaran a los miembros de la comunidad indígena que ocupaba las canchas deportivas, ni mucho menos a aquellos avivatos que se habían hecho pasar por damnificados con la proterva intención de ser beneficiarios de una vivienda. Tanto es así que sugirió una solución para solucionar la problemática surgido con las personas que practicaban actividades deportivas en los predios de la cancha ocupada por los indígenas, la cual en ningún momento conllevaba, por motivos de discriminación racional, el desalojo de ese sector de los damnificados.

Además, dentro del contexto de lo acontecido, cuando se dirigió a los demás miembros del ayuntamiento para que «*estuvieran atentos para defender el bien común»*, no lo hizo con el propósito de que terceras personas, entre ellos los miembros del Concejo Municipal, hostigaran o agredieran a los indígenas que ocupaban los predios de una cancha deportiva, como erradamente lo creyeron tanto el Juez A quo como la Fiscalía, sino para alertarlos respecto de las protervas intenciones de ese otro grupo de personas que querían que se les adjudicara una vivienda al pretender hacerse pasar por damnificados sin detentar tal condición.

(…) Aunado a que ese tipo de prácticas racistas, discriminatorias y excluyentes perpetradas en contra de los miembros de la comunidad indígena, como bien lo dijo el Sr. IVÁN ALBERTO VERGARA SINISTERRA, desgraciadamente es algo que se encuentra enquistado en muchas personas desde los tiempos de la colonia, por lo que en opinión de la Sala en nada incidiría lo dicho por el Procesado para que un grupo de personas que en su subconsciente tienen tal concepción, procedieran de tal manera.

(…) un análisis desde el ámbito de la imputación objetiva, el resultado de lo acontecido respecto de lo dicho por los Testigos MARCO FIDEL GUASARABE DREGAMA; WILLIAM NIAZA SIACAMA y RUBÉN DARÍO GUASARABE, no se le puede imputar jurídicamente al Procesado FERNANDO ANTONIO DELGADO, y para ello válidamente se puede acudir a la institución de la *`Prohibición de Regreso´,* la cual propende que una persona que no debe responder por los actos de un tercero, cuando dicho tercero comete un punible como consecuencia de un comportamiento de esa persona que puede ser catalogado ya sea como imprudente o doloso.

“Al aplicar lo anterior al caso en estudio, se tiene que en caso que sea cierto lo dicho por los Testigos respecto de los actos de discriminación y de racismo de los cuales resultaron siendo víctimas varios miembros de la comunidad indígena como consecuencia de lo dicho en su contra por parte del Procesado, considera la Sala que cumplirían con los requisitos para la procedencia de la prohibición de regreso, en atención a que el Procesado no se encuentra dentro de ninguna de las hipótesis de posición de garante consignadas en el inciso 3º del articulo 25 C.P. aunado a que lo dicho por el Procesado no se puede catalogar como delictivo.”

“Al parecer se trata de un *obiter dictum* que no hace parte de la esencia de la *ratio decidendi*, en la cual la Corte de manera genérica y pedagógica citó ciertos casos relevantes a modo de ejemplo.

La Corte Constitucional, como consecuencia de una información errónea e incompleta que le suministró la Fiscalía General de la Nación, cometió un error al citar como caso emblemático el del Procesado FERNANDO ANTONIO DELGADO, sin percatarse que se trataba de un proceso que aún no había finiquitado.

No corresponde dentro de las competencias asignadas a la Corte Constitucional, determinar si ciertos hechos específicos pueden ser catalogados como delictivos para de esa forma pregonar la responsabilidad criminal de un ciudadano, ya que ello es algo propio de la Jurisdicción Ordinaria dentro de la Especialidad del Derecho Penal.”

Citas: Corte Constitucional, sentencia C-671 de 2014; Corte Suprema de Justicia, Sala Penal, sentencia de 4 de abril del 2003 -rad. 12742-.

**REPÚBLICA DE COLOMBIA**

**RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO**

****

**TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE PEREIRA**

**SALA DE DECISIÓN PENAL**

**M.P. MANUEL YARZAGARAY BANDERA**

Aprobado mediante acta # 344 del 25 de abril de 2016. H: 8:00 a.m.

Pereira, veintiséis (26) de abril de dos mil dieciséis (2.016).

Hora: 2:26 p.m.

Procesado: FERNANDO ANTONIO DELGADO

Delitos: Hostigamiento por motivos de raza, ideología, política u origen étnico o cultural agravado

Radicación # 66170 60 00 066 2012 04662 01

Procede: Juzgado 6º Penal del Circuito de Pereira.

Asunto: Resuelve recurso de apelación interpuesto por la Defensa en contra de sentencia condenatoria

Decisión: Revoca fallo confutado.

**ASUNTO A RESOLVER:**

Procede la Sala Penal de Decisión del Tribunal Superior de este Distrito Judicial a resolver el recurso de apelación interpuesto por el apoderado judicial del Procesado **FERNANDO ANTONIO DELGADO** en contra la sentencia condenatoria emitida por el Juzgado 6º Penal del Circuito de esta localidad el veintisiete (27) de febrero del 2.015, en virtud de la cual se declaró la responsabilidad criminal del aludido procesado por incurrir en la comisión del delito agravado de hostigamiento por motivos de raza, ideología, política u origen étnico o cultural.

**ANTECEDENTES Y SINOPSIS DE LA ACTUACIÓN PROCESAL:**

1. Los hechos que dieron origen a la presente actuación procesal fueron puestos en conocimiento de la Fiscalía General de la Nación mediante denuncia impetrada el 29 de agosto del 2.012 por parte del ciudadano JORGE ENRIQUE MACHADO, en la cual sindicó al ahora Procesado FERNANDO ANTONIO DELGADO de incurrir en la presunta comisión del delito de hostigamiento por motivos de raza, ideología política u origen étnico o cultural agravado, durante una intervención, que en su calidad de miembro del ayuntamiento del municipio de Marsella, se llevó a cabo en una sesión celebrada en la sede de dicha Corporación el 14 agosto del 2.012.

Según se tiene establecido, acorde con lo dicho por parte de la Fiscalía en el escrito de acusación, ese día 14 de agosto del 2.012 sesionaba el Concejo municipal de Marsella, siendo el objeto de la reunión el discutir sobre la viabilidad de ofrecerle una solución de viviendas a una comunidad indígena, la cual, como consecuencia de una catástrofe natural generada por la ola invernal, se encontraba ocupando los predios de una cancha deportiva ubicada en el corregimiento de Alto Cauca, el edil FERNANDO ANTONIO DELGADO solicitó el uso de la palabra, para manifestar lo siguiente:

*“Siendo sinceros, grupos difíciles de manejar en un gobierno, como los desplazados, negritudes e indígenas, que son los más difíciles de manejar, son cánceres que tienen el gobierno nacional y mundial……”.*

1. La audiencia de formulación de la imputación se celebró el 26 de abril de 2013 ante el Juzgado Segundo Penal Municipal con Funciones de Control de Garantías de Pereira, en la cual al Sr. FERNANDO ANTONIO DELGADO se le endilgaron cargos por incurrir en la presunta comisión del delito de hostigamiento por motivos de raza, ideología, política u origen étnico o cultural agravado, establecido en el artículo 134C numerales 1 y 3 del C.P.
2. El escrito de acusación fue presentado por la Fiscalía el 19 de julio de 2.013, correspondiéndole el conocimiento de la actuación al Juzgado 6º Penal del Circuito de esta ciudad, ante el cual los días 21 de noviembre de 2013y del 27 de febrero de 2014 se llevó a cabo la audiencia de formulación de acusación, en la que el Ente Fiscal le enrostró cargos al Procesado FERNANDO ANTONIO DELGADO en iguales términos a los establecidos en la audiencia de formulación de la imputación.
3. La audiencia preparatoria se celebró el 27 de mayo de 2014, mientras que la audiencia de juicio oral se practicó en sesiones celebradas los días 21 de agosto y 19 de noviembre de 2014. Posteriormente el sentido del fallo, el cual fue de carácter condenatorio, se profirió el 27 de noviembre de 2014, mientras que el fallo fue pronunciado el 27 de febrero de 2015, en cuya contra se alzó oportunamente el apoderado de la Defensa.

**LA DECISIÓN IMPUGNADA:**

Se trata de la sentencia proferida por el Juzgado 6º Penal del Circuito de esta localidad, el veintisiete (27) de febrero del 2.015, en virtud de la cual se declaró la responsabilidad criminal del Procesado FERNANDO ANTONIO DELGADO por incurrir en la comisión del delito agravado de hostigamiento por motivos de raza, ideología, política u origen étnico o cultural.

Como consecuencia de dicha declaratoria de responsabilidad penal, el Procesado de marras fue condenado a la pena principal de dieciséis (16) meses de prisión, al pago de una multa de 13.3 S.M.L.M.V. Asimismo al acriminado se le reconoció el subrogado penal de la suspensión condicional de la ejecución de la pena.

Los argumentos invocados por el Juez A quo para proferir el fallo de condena fueron los siguientes:

* El *A quo* hizo una referencia inicial al principio de igualdad y su relación con la garantía de no discriminación y el valor fundante de la dignidad humana, para lo cual citó apartes de la sentencia T-881 de 2002 de la Corte Constitucional. Igualmente hizo referencia al bien jurídico protegido en las conductas que sancionaban los actos de discriminación, conforme a lo expuesto por el tratadista Ricardo Posada Maya y a los fundamentos del mencionado derecho en los instrumentos internacionales vinculantes para el Estado colombiano. Igualmente hizo mención del concepto de discriminación que fue definido en la sentencia T-098 de 1994 de la Corte Constitucional e hizo alusión específica al marco normativo interno, contenido en la ley 70 de 1993, artículo 33; la ley 1450 de 2011 ; la ley 22 de enero 22 de 1981, que aprobó la convención internacional sobre la eliminación de todas las formas de discriminación racial, adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas en resolución 2106 del 21 de diciembre de 1965; la ley 1482 de 2011 que estableció los tipos penales sancionatorios de ese tipo de actos; el Convenio 169 de la O.I.T. y la ley 387 de 1997. Igualmente citó normatividad pertinente de los Estados de Bolivia y del Brasil.
* Expuso que los actos de hostigamiento por motivos discriminatorios, era actuaciones dirigidas a instigar con insistencia a una persona o a un grupo para que hostilizaran a otra persona o a una colectividad. Hizo referencia a los elementos del tipo contenido en el artículo 134B del C.P., citando la opinión del comentarista Ricardo Posada Maya, mencionado anteriormente sobre la conducta, el objeto de protección de esa norma, sus sujetos pasivos, y el carácter doloso que debía revestir.
* Expuso que pese a que el artículo 134B del C.P. adicionado por la ley 1482 de 2011 en su art. 4º no ofrecía una definición específica y detallada de lo que se considera hostigamientos penalmente sancionables, ya que el tipo contenía descripciones amplias, ello no significaba que no se pudiera hacer efectivo su entendimiento o su aplicación, ya que el propósito del legislador fue proteger los derechos fundamentales de la población negra, afrocolombiana, raizal y palenquera, penalizando una serie de acciones o procederes que atentaran su dignidad, sus derechos y su inclusión en nuestra sociedad. Igualmente manifestó que en un precedente de la Corte Constitucional se había manifestado que las normas citadas tenían carácter extensivo ya que se buscaba proteger a las personas y comunidades que pertenecían a las minorías que tradicionalmente habían sido víctimas de discriminación, como personas y grupos que gozaban de especial protección constitucional y que por ello, en el contexto de la ley 1482 de 2011, se quiso penalizar todo acto de agresión física y/o verbal, intolerancia, ofensa, desprecio o actitud violenta al que sea sometida una persona, o grupo de personas o comunidad fundado en motivos raciales o étnicos, religiosos o de orientación sexual, que generara actuaciones dirigidas de manera clara e inequívoca a la producción de un daño en una persona o grupo de personas en virtud de esa condición.
* El fallador no compartió el criterio del Ministerio Público y de la Defensa, en el sentido que de que para que se tipificara la conducta descrita en el artículo 134B del C.P. era necesario que se realizaran una pluralidad de actos, constitutivos de hostigamiento, ya que de la descripción de la conducta típica se desprende que era suficiente un solo acto, conducta o comportamiento con capacidad de causar daño físico o moral para configurar esa conducta punible, siguiendo la teleología de la citada norma que no buscaba sancionar cualquier tipo de acción que pudiera provocar molestias a una persona o a un grupo social, sino punir un acto o actos que siguiendo parámetros objetivos provocaran una afectación de los derechos e intereses legítimos de las personas, comunidades o grupos de personas, contemplados en el tipo penal.
* Dijo que no se podía desconocer el alcance de las expresiones del concejal acusado, que tenían un “indiscutible tono racista”, ya que llamar “cáncer” a cada una de las comunidades que mencionó significaba que estos grupos sociales tenían una condición nociva para lo sociedad, lo que se desprendía de la asociación que se hizo con la mencionada enfermedad, lo que constituía un acto grave de hostigamiento y de discriminación que se adecuaba al tipo penal, que provino de una persona con una larga trayectoria política y alguna formación académica, cuya labor debía estar orientada a servir a esas comunidades que lo habían elegido como concejal, por lo cual no resultaba de recibo que hubiera expresado ideas que denotaban actitudes agresivas hacia esos individuos o grupos de personas.
* El Juez de primera instancia consideró que las opiniones del concejal acusado sobrepasaban el ámbito de la estulticia o la estupidez, ya que había agredido verbalmente a unas personas por motivos raciales, étnicos y hasta por la situación de miseria y desplazamiento que vivía la población desplazada.
* Igualmente consideró que la conducta revestía mayor gravedad al haber incitado al Concejo en pleno de Marsella “a defender el bien común”, como si el infortunio de esa comunidad indígena asentada por física necesidad en una cancha de fútbol en precarias condiciones, constituyera un peligro enorme para las instituciones democráticas del país. Por lo tanto expuso que se debían sancionar esas manifestaciones de hostigamiento y de racismo que acarreaban consecuencias nefastas para los individuos, siendo más reprochable que sus promotores o instigadores formaran parte de un gobierno municipal y representaran a la sociedad.
* Hizo referencia al daño que se le ocasionó a la comunidad indígena de “Suratena”, por causa de las manifestaciones del acusado, ya que no conseguían predios para edificar sus viviendas pues nadie se los vendía y además se presentaron actos de discriminación en la prestación del servicio de transporte para los indígenas. Igualmente mencionó el impacto negativo que provocó la intervención del acusado en la comunidad afrocolombiana. Por lo tanto no compartió el criterio según el cual lo dicho por el acusado quedaba enmarcado dentro del derecho a la libertad de expresión y su inviolabilidad por ser miembro del Concejo de Marsella, ya que existía el principio de responsabilidad ciudadana, que en este caso demandaba la aplicación de la ley penal en virtud de los límites impuestos al citado derecho como sucedía con los delitos que protegían la honra y el buen nombre de las personas aun en el caso de debates suscitados al interior de corporaciones públicas. Para el efecto se citó en el fallo recurrido un aparte de la sentencia T-391 de 2007 de la Corte Constitucional donde se expuso que la libertad de expresión no cubre: *“(b) la apología al odio nacional, racial, religioso que incite a la discriminación, la hostilidad y la violencia”.*

Adicionalmente se consideró que la inviolabilidad reconocida a los congresistas por el artículo 185 C.N. no se hacía extensiva a los diputados y concejales.

* Asimismo expuso que la conducta del acusado era típica, antijurídica y culpable por las razones que se enunciaron en el fallo de primer grado, por lo cual se debía adoptar una decisión que fuera solidaria con los derechos humanos a efectos de sancionar la conducta delictiva del acusado quien había incurrido en actos de discriminación y hostigamiento racial, ya que el Ente Acusador había logrado demostrar su teoría del caso en el presente asunto.
* Finalmente el juez negó la reducción de pena por retractación, manifestando que no se reunían los requisitos previstos en el artículo 134D del C.P. ya que las manifestaciones efectuadas por el procesado en una sesión posterior del Concejo de Marsella, celebrada el 22 de agosto de 2012, no se adecuaban a las exigencias de esa norma.

**LA ALZADA:**

El recurrente en la sustentación de la alzada propone dos tesis en las que expresa su inconformidad con lo resuelto y decidido por el A quo.

La primera de dichas tesis, gira en torno a establecer que en el presente asunto no se cumplían los requisitos del artículo 381 del C.P.P. para dictar una sentencia condenatoria, en atención a que los hechos por los cuales fue llamado a juicio el procesado no se adecuaban típicamente en la comisión del delito de hostigamiento por motivos de raza, ideología, política u origen étnico o cultural; razón por la cual solicitó la revocatoria de fallo opugnado.

Los argumentos expresados por el recurrente para discrepar de la sentencia apelada, básicamente vendrían siendo los siguientes:

* La conducta atribuida al acusado no reúne el requisito de tipicidad frente al artículo 134B del C.P. ya que el tipo es de conducta alternativa compuesta, pues sus verbos rectores son “promover” o “instigar”. En ese sentido el acto atribuido a su mandante no se adecuaba a los conceptos “instigar “ o “ promover “ de la Real Academia de la Lengua, ya que según ese mismo diccionario esos actos deben ser plurales.
* En el fallo recurrido se dijo que el incriminado realizó actos reiterados de hostigamiento en los términos indicados en el artículo 134B del C.P. y para ello se citaron precedentes de la Corte Constitucional, que según entiende la Defensa se refieren a “actos constitutivos de hostigamiento” y de manera errónea el *A quo* consideró que bastaba un solo acto para causar el daño físico o moral deducido en el fallo de primer grado que resulta contradictorio en ese aspecto.
* El recurrente acepta que las expresiones que usó su mandante no fueron las más adecuadas y por ello generaron un reproche social y la reacción de las comunidades que se sintieron afectadas, pero considera que pese a la existencia de la normatividad que ampara sus derechos, igualmente se debe garantizar el respeto por las opiniones personales. En ese sentido hizo mención del salvamento de voto del Magistrado Mauricio González Puerta frente a la sentencia de la Corte Constitucional que se inhibió de hacer control abstracto de la ley 1482 de 2011, para considerar que las expresiones usadas por el acusado no constituyen un acto típico, sin perjuicio de que sean objeto de reproche social.
* En este caso no se reúne el componente de antijuridicidad material, ya que no se demostró la lesión o puesta en peligro del bien objeto de tutela legal, que sin embargo se dio por probado en el fallo de primer grado, por lo cual no existió lesividad del acto, fuera de que no se comprobó que el concejal DELGADO hubiere tenido injerencia en la situación particular que viven las comunidades que se sintieron afectadas con las expresiones suyas.
* Se refirió a otros casos que generaron reacción de los grupos afectados, como las invectivas de un diputado del Departamento de Antioquia, contra los habitantes del Chocó o del senador ROBERTO GERLEIN contra la comunidad gay, manifestando que esos actos no generaron ninguna sanción ya que estaban dentro del “umbral de tolerancia” de derecho a la libertad de expresión.
* La conducta descrita en el artículo 134B del C.P. exige que los actos de hostigamiento deben estar dirigidos a causar un daño físico o moral a los sujetos pasivos de esas acciones. Sin embargo el acusado dijo que nunca había tenido esa intención, por lo cual se retractó de sus afirmaciones y ofreció excusas por lo dicho en la sede del Concejo de Marsella.
* El acusado no actuó con culpabilidad ya que no se demostró el componente de la conciencia de su ilicitud, por lo cual actuó sin dolo. Sin embargo el Juez de conocimiento no hizo ninguna manifestación sobre el testimonio que rindió el acusado dentro del juicio, sobre el cual no se hizo ninguna crítica probatoria en el fallo, pese a que había manifestado que no usó las palabras en el sentido de que esas comunidades fueran “un cáncer” sino que lo que quiso decir fue que su problemática se había convertido en un “cáncer para el país”, lo que constituye un ejercicio legítimo del umbral de la libertad de expresión.

Como tesis subsidiaria de discrepancia, el recurrente se opone a los argumentos invocados por el A quo para no reconocerle al Procesado las atenuantes punitivas de la retractación, al aseverar que el artículo 134D del C.P. no exige que la retractación se haga de manera pública y escrita, sino fáctica, lo cual aconteció en este caso cuando el Edil se disculpó públicamente ante las comunidades ofendidas en una sesión que con posterioridad se celebró en el recinto del Concejo Municipal de Marsella.

**LAS RÉPLICAS:**

**- Intervención como no recurrente del representante del Ministerio Publico:**

El representante del Ministerio Publico, actuando en manifiesta contradicción con todo lo dicho en el juicio, durante el cual abogó por la absolución del procesado, solicitó que se confirmará integralmente la sentencia de primera instancia, en consideración a que el señor FERNANDO ANTONIO DELGADO, en su calidad de Concejal del Municipio de Marsella, afectó psicológicamente a la comunidad de los resguardos de “Suratena” de esa localidad, y moralmente a aquellos niños que no se les quiere tener en las escuelas de esa municipalidad, así como a las negritudes y desplazados que se encuentran en esa zona del país.

Asevera el Procurador Judicial que de los hechos investigados, se desprende que sí se dio un hostigamiento de conformidad con el contenido del artículo 134B, ya que las palabras del acusado fueron hirientes al decir que esas “comunidades eran como un cáncer” al compararlas con una enfermedad incurable.

Igualmente expone que todos los seres humanos tienen derecho a estar en una comunidad, a tener educación, salud y a los demás beneficios que el Estado ofrece, pues estos no están destinados a una parte determinada de la sociedad.

**- Intervención como no recurrente del Fiscal Delegado:**

Solicitó que se confirmara el fallo proferido por el Juez 6º Penal del Circuito local, pues la parte de la población que fue afectada espera que los derechos que han sido plasmados en instrumentos internacionales sean restablecidos. Por ello expone que la ley 1482 de 2011 no había tenido ninguna eficacia frente al Estado Social de Derecho, sin embargo en este caso por primera vez en Colombia se cumplió con las expectativas de aquellas personas que son víctimas constantes de agresiones verbales y psicológicas.

Afirma que el A quo en su decisión hizo referencia a la humanización del derecho penal y su constitucionalización al manifestar que hay que ponerse en el lugar de las víctimas que reciben el rechazo, la marginalidad, e incluso el abandono del mismo Estado, por ello hizo referencia a normas internacionales que protegen el derecho a la igualdad de todas las personas y sobre la eliminación de todas las formas de discriminación.

Igualmente establece que la decisión apelada se sustenta desde un punto de vista del derecho internacional y con el mismo se salvaguardan los derechos que han sido reconocidos en aquellas normas internacionales ratificadas por Colombia, citando para tal fin casos de relevancia mundial.

Expone que en la sentencia recurrida el juez de conocimiento hizo un juicioso análisis sobre la tipicidad, antijuridicidad y culpabilidad de la conducta, como también de las pruebas que sustentaron la lesividad, y el daño potencial y moral que se causó por parte del investigado.

Respecto de los argumentos de la defensa para apelar, los cuales se basan en la tipicidad o los elementos que configuran al tipo penal investigado, expone el no recurrente que no pueden ser de recibo, por lo siguiente:

* En lo que atañe con la tipicidad objetiva, se puede decir que se encuentra un sujeto activo que está identificado e individualizado como FERNANDO ANTONIO DELGADO en calidad de Concejal del Municipio de Marsella. El sujeto pasivo es un grupo de pobladores de ese mismo municipio que a través de sus querellantes y denunciantes pusieron a consideración de las autoridades su caso. En cuanto a la tipicidad subjetiva compuesta por el dolo y sus elementos estructurares, que son el conocimiento y la voluntad, dijo que encuentran reflejados en el hecho de que el señor Delgado como Edil tiene pleno conocimiento de los deberes y obligaciones que se tiene en aquellos recintos donde se representa a la democracia municipal. El acusado dijo tener estudios en administración pública, de lo que se infiere que conoce plenamente la situación de los indígenas respecto a quienes debe administrar en su cargo como edil.
* El señor FERNANDO ANTONIO DELGADO ya sabía de otros casos semejantes que han pasado desapercibidos frente a manifestaciones de diferencia racista y clasista.
* Atendiendo los planteamientos del fallo de primer grado, no se trata de un problema semántico como se ha tratado de demostrar en el sentido de que se trató de una palabra mal dicha o desgraciada como lo adujo el delegado del Ministerio Público, pues esa connotación va más allá y esa voluntad superó tal situación, motivo por el cual se encuentra acreditado el requisito del dolo.
* La defensa argumentó que el señor Delgado no tenía conocimiento ni voluntad frente al delito, pero al revisar literalmente el acta Nro. 058 del mes de agosto de 2012, se puede establecer que no existió un error semántico, y por ello los sujetos pasivos de la infracción no estuvieron de acuerdo con la retractación del investigado ya que la misma no fue sincera, sino utilizada como un mecanismo de defensa.
* La verdad procesal permite inferir que el Concejal FERNANDO ANTONIO DELGADO hizo los señalamientos frente a una población determinada a la que se estigmatizó, incitando al hostigamiento con una serie de frases respecto a los desplazados e indígenas, con las que las víctimas entendieron que eran personas malas y dañinas, que fueron marginados, y que incluso luego de esos hechos varios niños no pudieron volver a las escuelas. Los testigos fueron unánimes en establecer que existió un daño moral cuando fueron señalados como personas no gratas.
* Existía conocimiento pleno de la conducta, pues el Concejal sabía de la existencia de la ley antidiscriminación, lo que lo obligaba a ser responsable y mesurado sobre sus dichos, máxime cuando representa a toda una sociedad.
* Sobre la tipicidad objetiva frente al tipo penal investigado, dijo que se trataba de un delito alternativo y compuesto, previsto en el artículo 134B C.P. y en consideración a ese tipo penal básico se puede establecer que efectivamente existió un hostigamiento respecto a las comunidades afectadas.
* Las diferentes definiciones de la palabra hostigamiento a las que hicieron referencia el delegado del Ministerio Público y la Defensa, hacen a un lado la definición jurídica de ese término, el cual debe ser entendido como el comportamiento que se encuentra amenazante o perturbador, que a voces de los testigos la conducta del acusado hizo que esas personas se sintieran amenazadas y perturbadas, de lo que se infiere que efectivamente se incurrió en dicho delito.
* El comportamiento ilícito que se le endilga al señor FERNANDO ANTONIO DELGADO no requiere de pluralidad de actos y de comportamientos, tal y como lo refiere la defensa y el delegado del Ministerio Público, pues con un solo acto se configura la conducta.
* La libertad de expresión no puede rayar con la dignidad humana y con el daño y afectación que se produjo en este caso.
* En el caso concreto existió lesividad o un daño, pues las comunidades afectadas fueron tildadas como un “cáncer de la sociedad”, sufrieron rechazo, y han sido discriminados.
* El señor FERNANDO ANTONIO DELGADO es una persona imputable, mayor de edad, que tuvo conocimiento y voluntad de la conducta que desplegó dolosamente, además de que es capaz, y tenía conocimiento de la ilicitud de sus actos al tenor de la ley 1488 de 2011, y el juicio de reproche se da en el sentido de que en el recinto público donde se hicieron las manifestaciones se debían respetar las normas constitucionales y no vulnerar los derechos de aquellas personas.
* Las víctimas de la conducta han permanecido a la espera de una decisión de avanzada, de respeto a los derechos humanos, a través de un fallo en el que se aplique una sanción, pero en el que se indique un camino y que sirva de advertencia a los servidores públicos sobre el respeto de las diferencias y las personas que la misma Constitución y el Derecho Internacional protege.
* El fallo y las connotaciones que tiene son positivos en aras de garantizar el deber de respeto por parte de los servidores públicos.

**- Intervención como no recurrentes de los representantes de los intereses de las víctimas:**

1) El denunciante JORGE ENRIQUE MACHADO, solicitó la confirmación del fallo opugnado acorde con los siguientes argumentos:

* Señaló que el acusado no pudo evitar la sentencia condenatoria, pese a sus manifestaciones públicas, y a los contratos y dádivas que trató de entregar a algunos testigos para acallarlos.
* Las manifestaciones del acusado provocaron hostigamiento en el sentido de que no se les debía vender tierras a los indígenas, que no se le prestará transporte a sus hijos y que no se les diera trabajo donde ancestralmente han laborado, motivando a los demás concejales a que se unieran a su clamor.
* Los actos de hostigamientos deben ser considerados como uno o varios, de conformidad con la gramática.
* En ocasiones expresar una opinión puede convertirse en un delito.
* Frente a la situación de la comunidad afectada, dijo que llevan un largo periodo esperando a que se dé una solución de vivienda, pero cuando se estaba tramitando una posible solución acontecieron los hechos, y a partir de ese momento la Gobernación no realizó más labores ya que nadie va a vender un lote para tal fin.
* Pide que se apliquen las disminuciones a que haya lugar, pero que también se hagan efectivos las agravantes que la ley prevé para aquellos que usan el poder que el pueblo les otorgó para el vejamen, el insulto y la ofensa.
* Con la retractación de las manifestaciones se acredita que se configuró la conducta punible, por tanto el recurso formulado es una dilación a la investigación y una posible burla por parte del señor FERNANDO DELGADO para terminar su periodo electoral, cobrar sus erogaciones y posiblemente lograr una reelección.

2) El Sr. IVÁN ALBERTO GUERRERO SINESTERRA, actuando en representación de las negritudes, se adhirió a los planteamientos expuestos por el Fiscal Delegado, el igualmente expuso lo siguiente:

* El hostigamiento racial que convocó el señor FERNANDO ANTONIO DELGADO conlleva a la violación de los derechos humanos y de los derechos legítimos de esas comunidades.
* El hostigamiento no debe ser interpretado más allá de un tema racial, pues existió agresividad hacia los derechos de una comunidad por parte de una persona que representa los intereses de la sociedad, y de quien se espera se ponga al servicio de los mismos, independientemente de su origen, raza, sexo, religión, orientación sexual, etc.
* La sentencia proferida en primera instancia es adecuada ya que permite evitar cualquier tipo o acto de racismo.
* El Concejal hizo referencia a las problemáticas de las comunidades indígenas, las negritudes y los desplazados, a las cuales se está dando soluciones por la misma movilización de esas agrupaciones, y el acto del acusado conlleva a radicalizar y a profundizar la no realización de los derechos humanos de esas personas.

3) El ciudadano MILTON MENA CÓRDOBA, solicitó que se confirmara en todas sus partes la sentencia de primer nivel ya que la misma puede ser catalogada como de histórica e ejemplarizante al enviársele un mensaje a la sociedad colombiana, la cual queda notificada en el sentido de que ningún servidor público puede abusar de su cargo, pues deben garantizar que las instituciones sean mecanismos idóneos de gobierno.

4) El Dr. ALONSO RESTREPO SÁNCHEZ, en su calidad de representante de los desplazados, solicitó que se confirmara fallo de primera instancia, pues el señor FERNANDO ANTONIO DELGADO en la sesión del 121 agosto de 2012 no midió las consecuencias de sus palabras al referirse a las aquellas comunidades afectadas.

Por ello expuso lo siguiente:

* En la decisión de primer grado acertadamente se dijo que efectivamente los verbos rectores del artículo 134B del C.P. se utilizaron por parte del acusado en aquella sesión del Concejo.
* Del análisis de la norma infringida se establece que efectivamente el señor DELGADO incurrió en esa conducta, la cual quiere ser desconocida por parte de la Defensa al señalar que fueron simples comentarios por el derecho que le asistía a ese Concejal de emitir un concepto libremente.
* No se puede dar igual tratamiento al señor DELGADO al que se dio en los demás casos ocurridos en el país, pues el fallo que se profirió marca la pauta para el respeto para que aquellos servidores públicos que fueron elegidos por la misma comunidad que posteriormente es afectada, sepan la forma en que deben expresarse para no incurrir en actos de discriminación

**CONSIDERACIONES DE LA SALA:**

**- Competencia:**

Como quiera que estamos en presencia de un recurso de apelación que fue interpuesto y sustentado de manera oportuna en contra de una sentencia de primera instancia proferida por un Juzgado Penal del Circuito que hace parte de este Distrito Judicial, la Sala Penal de Decisión de esta Colegiatura es la competente para resolver la presente alzada, según las voces del # 1º del artículo 34 C.P.P.

Asimismo no se avizora la ocurrencia de ningún tipo de irregularidad sustancial o irrespeto de las garantías fundamentales que le asisten a los sujetos procesales, que de manera negativa pueda incidir para que la Sala se abstenga de desatar el presente recurso de apelación y en su defecto proceda a decretar oficiosamente la nulidad de la actuación procesal.

**- Problema Jurídico:**

Acorde con los argumentos esgrimidos por el apelante en la sustentación de la alzada y lo dicho por los no recurrentes, la Sala es del criterio que nos han sido planteados los siguientes problemas jurídicos:

**a) Problema Jurídico Principal:**

¿Los hechos endilgados en contra del Procesado FERNANDO ANTONIO DELGADO se adecuaban típicamente en el delito consagrado en el artículo 134B C.P.? Lo que en caso de ser negativo impedía que en contra del Acusado pudiera dictarse una sentencia condenatoria acorde con lo requerido por el artículo 381 C.P.P.

**b) Problema Jurídico Secundario:**

¿Se cumplían con los presupuestos requeridos por el articulo 134D para la procedencia de las circunstancias específicas de atenuación punitiva de la retractación?

**- Solución:**

Para poder solucionar el principal de los problemas jurídicos surgidos de la controversia generada en la alzada, la Sala, como consecuencia de las estipulaciones probatorias pactadas entre las partes, tendrá como hechos ciertos y plenamente acreditados en el proceso los siguientes:

1. Para la época en la cual ocurrieron los hechos, el Procesado FERNANDO ANTONIO DELGADO se desempeñaba como edil del ayuntamiento del municipio de Marsella, cargo para el cual fue elegido por el Partido Conservador para el periodo comprendido entre el 1º de enero del 2.012 al 31 de diciembre del 2.015.
2. En las calendas del 14 agosto del 2.012, durante una sesión celebrada en el Concejo Municipal de Marsella, en la que se discutía una problemática relacionada con un grupo de indígenas que se encontraba ocupando los predios de una cancha deportiva ubicada en el corregimiento de Alto Cauca, el edil FERNANDO ANTONIO DELGADO solicitó el uso de la palabra, y en su discurso formuló una serie de expresiones en contra de los miembros de la comunidades indígenas, desplazados y afrodescendientes, las que bien pueden ser consideradas como insultantes, ultrajantes y ofensivas, en atención a que catalogó a esas personas de constituirse como un cáncer para el gobierno nacional y mundial.
3. Acorde con las imágenes consignadas en los álbumes fotográficos aportados al Juicio por el Ente Acusador, se tiene que un grupo de indígenas pertenecientes a la comunidad Embera Chamí habían sido asentados de tiempo atrás en las inmediaciones de una cancha de fútbol del sector del “Alto Cauca”, donde llevaban viviendo cerca de nueva años en condiciones precarias.
4. Según se desprende de las pruebas documentales, en la sesión celebrada en el ayuntamiento municipal el día 14 agosto del 2.012, se presentaron las siguientes circunstancias que son relevantes para el caso en estudio:
* En el momento en que se discutía la situación de un grupo de indígenas que hacia parte del resguardo de “Suratena”, que habían sido ubicados nueve años atrás en el sector aledaño a una cancha de fútbol del Corregimiento del "Alto Cauca", cuando intervenía la alcaldesa encargada de ese municipio para informar sobre las gestiones que estaban realizando con el fin de adelantar un proyecto de vivienda para esas familias, se suscitó una discusión, ya que el concejal FRANCISCO JAVIER CANO GÓMEZ manifestó que las personas que habían sacado votos en el sector donde está ubicada la citada cancha no podían permitir que los deportistas perdieran ese espacio.
* Frente a esa afirmación la alcaldesa replicó para referirse a la situación de los indígenas manifestando que "*hay que ponerse la* mano en *el corazón porque están en condiciones pésimas"*.
* Seguidamente intervino el concejal FERNANDO ANTONIO DELGADO quien manifestó que "*los que estaban ubicados en la Siria tumbaron los ranchitos para irsen (sic) allá porque sabían que les iban a dar casa nueva, siendo sinceros grupos difíciles de manejar en un gobierno como los desplazados, negritudes e indígenas que son los más difíciles de manejar, son tres cánceres que tiene el gobierno nacional y mundial, esos indígenas no fueron los que lucharon por nosotros fueron unos indígenas distintos, todo el Concejo en pleno va a tener que estar atento a defender el bien común y si es que no hay recursos para comprar un terreno entonces que se construya otra cancha en el alto Cauca…….”[[1]](#footnote-1).*

De lo antes expuesto, se desprende sin lugar a hesitación que en el proceso está plenamente acreditado la ocurrencia de los hechos, siendo el tema relevante por establecer si los mismos se adecuan o no típicamente en la comisión del delito de hostigamiento por motivos de raza, ideología, política u origen étnico o cultural, consagrado en el artículo 134B C.P.

Para ofrecer una solución al anterior cuestionamiento, la Sala efectuará un breve y somero análisis de la naturaleza jurídica del delito tipificado en el artículo 134B C.P. lo cual a su vez será confrontado con el acervo probatorio, para de esa manera determinar si en efecto el comportamiento endilgado al Procesado FERNANDO ANTONIO DELGADO se adecua o no típicamente a el susodicho reato.

El delito de hostigamiento por motivos de raza, ideología, política u origen étnico o cultural fue introducido en nuestro ordenamiento jurídico mediante ley 1.482 de 2011, que a su vez fue subrogada por la ley 1.752 de 2015, la cual tenía como propósito tipificar como delictivas una serie de conductas que se habían constituido como actos de discriminación, a fin de procurar la protección de los derechos fundamentales que le asisten a la población negra afrocolombiana y a otras comunidades, y de esa forma garantizar la efectiva inclusión de los miembros de dichos colectivos en la sociedad colombiana.

Para la adecuación típica del delito de marras se requiere de los siguientes elementos:

* Un sujeto activo indeterminado, por lo que el reato lo puede perpetrar cualquier persona.
* Un sujeto pasivo indeterminado, ya sea plural o singular, pero acorde con la descripción típica de la norma, debe hacer parte de una comunidad o pueblo que por motivos o razón de su raza, religión, sexo, orientación sexual, nacionalidad, etc… sean o hayan sido objeto de discriminación.
* Una conducta compuesta por los alternativos verbos rectores de promover o instigar comportamientos constitutivos de hostigamiento.
* Un ingrediente subjetivo, el cual califica la conducta, al establecer que los actos constitutivos de hostigamiento tengan como finalidad la de causarle daño físico o moral a las personas que integran los grupos o comunidades que son objeto de discriminación.
* Por las características del bien jurídico protegido, se esa en presencia de un delito de mera conducta, también conocido como delito de peligro abstracto, por lo que no es necesario que el sujeto agente consiga el resultado perseguido para considerar consumado el reato, sino que basta con incitar a que terceros realicen la conducta.
* La existencia de una relación de causalidad, tanto desde el ámbito naturalistico como jurídico, en virtud de la cual el resultado: causar daño físico o moral a las personas que integran los grupos o comunidades que son objeto de discriminación, sean producto de los actos de hostigamiento promovidos o incitados por el sujeto agente.

Sobre las características del reato en comento, y en especial en lo que tiene que ver con el concepto de hostigar, en el plano de la comisión de conductas discriminatorias, la Sala no puede pasar por alto lo que ha dicho la Corte Constitucional en los siguientes términos:

*“Por su parte, el hostigamiento se presenta cuando se promueven o instigan actos de hostigamiento; se trata entonces de un delito de peligro abstracto, porque se perfecciona, no cuando se realizan los actos constitutivos del hostigamiento como tal, ni cuando se materializa el daño que se persigue a través del mismo, sino cuando de (sic) impulsan o fomentan los referidos actos y se genera entonces el “riesgo comunicativo” que se penaliza a través de la ley.*

*Ahora bien, esta promoción o instigación se encuentra calificada en los siguientes sentidos: (i) por una parte, debe tener como finalidad que el acoso o la persecución produzca un daño; (ii) el daño que se persigue se debe provocar a una persona, grupo de personas, comunidad o pueblo, en razón de las categorías allí previstas, vale decir, en razón de la raza, la etnia, la nacionalidad, el sexo, la orientación sexual, la religión o la filiación política y religiosa……”[[2]](#footnote-2).*

Ahora bien a pesar de lo dicho por la Corte Constitucional en el anterior precedente citado, observa la Sala que en lo que atañe con el elemento de la conducta que hace parte del tipo objetivo, se tiene que el legislador guardó un incómodo silencio sobre el significado sus verbos rectores y de sus componentes descriptivos, por lo que se torna imperioso para el intérprete determinar qué quiso decir el legislador con la expresión: *“promover o instigar comportamientos constitutivos de hostigamiento……”*. Por ello para encontrar una solución a ese entuerto, la Sala hermenéuticamente acudirá tanto al método gramatical como al teleológico.

Así tenemos que en virtud del método gramatical, el cual aconseja acudir al tenor o al significado de los términos o frases de que se valió el legislador para expresar y comunicar su pensamiento, se tiene, acorde con el diccionario de la Real Academia Española de la Lengua[[3]](#footnote-3), que las anteriores expresiones verbales, acorde con las acepciones que mejor se acoplarían al escenario jurídico, significarían lo siguiente:

1. Promover: “Impulsar el desarrollo o la realización de algo”.
2. Instigar: 1. “Inducir a alguien a una acción, generalmente considerada como negativa”; 2. “Tramar o preparar con astucia algo…”.
3. Hostigar: 1. Molestar a alguien o burlarse de él insistentemente; 2. Incitar con insistencia a alguien para que haga algo; 3. Hostilizar, que a su vez significaría: a) agredir a enemigos, y b) Atacar, agredir, molestar a alguien con insistencia.

En lo que corresponde con el elemento teleológico, el cual aconseja acudir a los fines u objetivos que tuvo el legislador cuando decidió crear la norma, los cuales, como, bien lo dijimos en párrafos anteriores, tenían como propósito esencial el de proteger con la creación de ciertos delitos los derechos y garantías fundamentales de los miembros de unas comunidades que venían siendo objeto de conductas discriminatorias.

Por lo tanto, acorde con los métodos hermenéuticos utilizados por la Sala, válidamente se podría decir que los verbos rectores consignados en el reato tipificado en el artículo 134B C.P. describen el comportamiento de una persona que por cualquier medio incite, impulse o induzca a terceras personas para que lleven a cabo actos de hostigamiento en contra de la o las personas que hacen parte o integran comunidades o colectivos que han sido objeto de conductas discriminatorias. Pero es de anotar que tales actos de hostigamiento que deben hacer esos terceros, se deben entender como cualquier tipo de agresiones, ataques, burlas o molestias que de manera insistente se deben efectuar en contra de las personas que integran un colectivo que ha sido objeto de discriminación o marginalización.

Al transpolar todo lo anterior al caso puesto en consideración de la Sala, se tiene que de un análisis de lo acontecido en la sesión celebrada en la sede del ayuntamiento del municipio de Marsella el 14 de agosto del 2.012, como bien lo dijimos en párrafos anteriores, que es un hecho cierto e irrebatible que el Procesado de manera irresponsable formuló una serie de expresiones grotescas y de mal gusto en contra de las comunidades de los desplazados, de las negritudes y de los indígenas, pero a pesar de haber dicho lo que dijo, en ningún momento su proceder se adecuaría típicamente en el delito de hostigamiento por motivos de raza, ideología, política u origen étnico o cultural, tipificado en el artículo 134B C.P.

Para llegar a la anterior conclusión, se hace necesario analizar el contexto en el cual se desarrolló la aciaga intervención del Procesado FERNANDO ANTONIO DELGADO en dicha sesión. Así tenemos que del contenido de las pruebas documentales y magnetofónicas aducidas al proceso, se desprende lo siguiente:

* El tema a tratar era el relacionado con ofrecerle una solución de vivienda a un grupo de indígenas, desplazados o más bien damnificados por la ola invernal, que desde varios años atrás venía ocupando los predios de una cancha deportiva ubicada en el corregimiento de Alto Cauca, que se encontraban en precarias condiciones sanitarias.
* Acorde con la intervención de los Concejales, Vg. FRANCISCO JAVIER CANO GÓMEZ, un grupo de esos desplazados habían apoyado la elección de varios ediles, lo que implicó que las personas que practicaban deporte perdieran ese espacio.

Es de resaltar que la intervención del edil FRANCISCO JAVIER CANO GÓMEZ, sí tenía un tinte discriminatorio y hasta racista según lo que propende tanto la ley 1.482 de 2011 como la ley 1.752 de 2015, si tenemos en cuenta que le solicitó a los demás concejales que se pusieran al frente para impedir que los deportistas del “Alto Cauca” perdieran su espacio y que ese paraje “iba a desaparecer” si le quitaban la cancha, por lo cual no se podía permitir que los indígenas exigieran ser reubicados en ese predio. Además dijo que se trataba inicialmente de 9 familias pero que ya su número era de 47 e hizo referencia a situaciones pasadas para manifestar que Marsella se había llenado de indígenas ya que allí les daban de todo, por lo cual debían ser censados y manifestó que la administración del municipio no debía permitir el ingreso de un solo indígena más a la citada cancha.

* Lo dicho por el Edil CANO GÓMEZ, sirvió de catalizador para motivar la intervención de FERNANDO ANTONIO DELGADO, en cuyo discurso se puede colegir que hizo alusión a la existencia de un grupo de *avivatos* de la vereda *“La Siria”,* que han pretendido hacerse pasar por damnificados o desplazados, quienes han abandonado sus ranchos para integrar el grupo de personas que ocupan los terrenos de la cancha deportiva con el propósito de ser beneficiarios de una vivienda.
* Igualmente de la intervención del Concejal FERNANDO ANTONIO DELGADO se desprende que esos *vivarachos* no hacen parte de ese grupo de indígenas, a quienes cataloga de amigos, los cuales los apoyaron en sus aspiraciones electorales. Por ello es que aconseja al ayuntamiento que estén atentos para defender el bien común, e igualmente solicita que en caso que no existan recursos para comprar un terreno para los damnificados, entonces que se construya otra cancha deportiva.
* Es de anotar que cuando aciaga e irresponsablemente tildó o señaló que las comunidades indígenas, afrodescendientes y desplazados de constituirse en un cáncer, al parecer lo hizo con la intención o el propósito de resaltar la gravedad de la problemática que dichas comunidades han generado nivel nacional e internacional.

Por lo tanto, al contextualizar en su verdadero sentido lo acontecido en la plurienunciada sesión celebrada en la sede del Concejo Municipal de Marsella ese 14 de agosto del 2.012, se tiene que a pesar de lo reprochable y repudiable de las expresiones con las cuales el Procesado FERNANDO ANTONIO DELGADO se refirió a las comunidades de los desplazados, indígenas y afrodescendientes, en ningún momento incitó, indujo o promovió para que terceras personas, indeterminadas o determinables, hostigaran[[4]](#footnote-4) a los miembros de la comunidad indígena que ocupaba las canchas deportivas, ni mucho menos a aquellos avivatos que se habían hecho pasar por damnificados con la proterva intención de ser beneficiarios de una vivienda. Tanto es así que sugirió una solución para solucionar la problemática surgido con las personas que practicaban actividades deportivas en los predios de la cancha ocupada por los indígenas, la cual en ningún momento conllevaba, por motivos de discriminación racional, el desalojo de ese sector de los damnificados.

Además, dentro del contexto de lo acontecido, cuando se dirigió a los demás miembros del ayuntamiento para que «*estuvieran atentos para defender el bien común»*, no lo hizo con el propósito de que terceras personas, entre ellos los miembros del Concejo Municipal, hostigaran o agredieran a los indígenas que ocupaban los predios de una cancha deportiva, como erradamente lo creyeron tanto el Juez A quo como la Fiscalía, sino para alertarlos respecto de las protervas intenciones de ese otro grupo de personas que querían que se les adjudicara una vivienda al pretender hacerse pasar por damnificados sin detentar tal condición.

Además de lo anterior, es de resaltar que a pesar de lo dicho por los testigos MARCO FIDEL GUASARABE DREGAMA; WILLIAM NIAZA SIACAMA y RUBÉN DARÍO GUASARABE, quienes alegan que como consecuencia de todo lo dicho en su contra por parte del edil FERNANDO ANTONIO DELGADO, varios miembros la comunidad indígena fueron víctimas de una serie de actos de racismo y de discriminación que generaron un significativo daño moral y psicológico, tales como la negativa de algunos conductores no querían recoger como pasajeros a los indígenas por lo que algunos niños debieron ser retirados de las instituciones educativas; la negativa de parte de los miembros de la población, quienes los consideraron como personas no gratas, y por ende no permitieron que ellos adquirieran un predio llamado “Lomaseca” en donde tenían pretendido asentarse; considera la Sala que a pesar de tan lamentable situación no se cumpliría con el ingrediente subjetivo requerido para la adecuación típica de la norma ni el requisito de la relación de causalidad que debe existir desde el ámbito jurídico entre ese resultado y el accionar endilgado al Procesado, debido a que los testigos están maximizando lo acontecido con el objeto de pasarle una cuenta de cobro al Procesado por todo lo que dijo en contra de la comunidad que se sintió agredida. Aunado a que ese tipo de prácticas racistas, discriminatorias y excluyentes perpetradas en contra de los miembros de la comunidad indígena, como bien lo dijo el Sr. IVÁN ALBERTO VERGARA SINISTERRA, desgraciadamente es algo que se encuentra enquistado en muchas personas desde los tiempos de la colonia, por lo que en opinión de la Sala en nada incidiría lo dicho por el Procesado para que un grupo de personas que en su subconsciente tienen tal concepción, procedieran de tal manera[[5]](#footnote-5).

Asimismo, si hacemos un análisis desde el ámbito de la imputación objetiva, el resultado de lo acontecido respecto de lo dicho por los Testigos MARCO FIDEL GUASARABE DREGAMA; WILLIAM NIAZA SIACAMA y RUBÉN DARÍO GUASARABE, no se le puede imputar jurídicamente al Procesado FERNANDO ANTONIO DELGADO, y para ello válidamente se puede acudir a la institución de la *“Prohibición de Regreso”,* la cual propende que una persona que no debe responder por los actos de un tercero, cuando dicho tercero comete un punible como consecuencia de un comportamiento de esa persona que puede ser catalogado ya sea como imprudente o doloso[[6]](#footnote-6).

Sobre la teoría de la *“Prohibición de Regreso”,* la Corte se ha manifestado de la siguiente manera:

*“La teoría de la prohibición de regreso, de larga data –hecha en sus inicios para corregir la teoría de la equivalencia de las condiciones en materia de causalidad material–, afirma que cuando una persona realiza una conducta dolosa, irrelevante o inocua para el derecho penal, y con ella facilita, propicia o estimula la comisión de un delito doloso o culposo por parte de otra, no le es imputable el comportamiento criminoso de esta última, excepto si tiene posición de garante, excede los límites del riesgo permitido y conoce la posibilidad de comisión de delito doloso o culposo por parte de la otra……”[[7]](#footnote-7).*

De lo antes expuesto se desprende que los elementos que integran la prohibición de regreso para que de esa forma no sea procedente la imputación jurídica de un resultado realizado por un tercero, serían los siguientes:

* Que un tercero cometa un delito doloso o culposo.
* Que la comisión de dicho delito sea una consecuencia del aprovechamiento que ese tercero hace de un comportamiento doloso o imprudente efectuado por una persona.
* Que el comportamiento doloso o imprudente que activa el accionar del tercero se encuentre dentro de los límites del riesgo permitido o que esa persona no detente la posición de garante.

Al aplicar lo anterior al caso en estudio, se tiene que en caso que sea cierto lo dicho por los Testigos respecto de los actos de discriminación y de racismo de los cuales resultaron siendo víctimas varios miembros de la comunidad indígena como consecuencia de lo dicho en su contra por parte del Procesado, considera la Sala que cumplirían con los requisitos para la procedencia de la prohibición de regreso, en atención a que el Procesado no se encuentra dentro de ninguna de las hipótesis de posición de garante consignadas en el inciso 3º del articulo 25 C.P. aunado a que lo dicho por el Procesado no se puede catalogar como delictivo.

En resumidas cuentas, la Sala concluye que en el presente asunto nos encontramos en presencia de un caso de atipicidad relativa, en atención a que el comportamiento endilgado en contra del Procesado no se adecua típicamente en el delito de hostigamiento por motivos de raza, ideología, política u origen étnico o cultural, consagrado en el artículo 134B C.P. por ausencia de los siguientes elementos del tipo objetivo: la conducta; el ingrediente subjetivo y el nexo de causalidad que debe existir entre acción y resultado.

Ahora bien, se podría decir que lo resuelto y decidido por la Sala en el presente asunto entraría en manifiesta contradicción y desobediencia con una decisión de la Corte Constitucional en la cual, en sede de constitucionalidad, se utilizó lo acontecido con el Procesado FERNANDO ANTONIO DELGADO como un ejemplo de lo que debe ser considerado como un caso de discriminación en la modalidad de hostigamiento.

A efectos de ofrecer una mejor claridad, la Sala considera pertinente traer a colación lo que sobre este tópico ha dicho la Corte Constitucional en los siguientes términos:

*“En cuarto lugar, la discriminación se materializa a través de múltiples formas.*

*Usualmente suele estar asociada a una de sus formas más visibles y explícitas: aquella que se materializa a través del lenguaje, y especialmente, a través del discurso o a través de acciones verbalizadas. Esto explica que los casos que son investigados y sancionados por el propio Estado y aquellos que son registrados por los medios de comunicación, versan sobre esta modalidad específica de discriminación.*

*Según expuso la Fiscalía General de la Nación en la audiencia pública, los únicos dos casos en que esta entidad ha efectuado imputaciones por los referidos, se refieren a hipótesis discursivas de discriminación. El primero de ellos se refiere a las declaraciones de un concejal de un municipio de Risaralda con respecto a las ayudas humanitarias otorgadas a los indígenas víctimas de la ola invernal del año 2012, al afirmar que “dicen que no fueron nueve sino siete los primeros damnificados en la escuela de Suratena. Los que estaban ubicados en La Siria tumbaron los ranchitos que tenían (…) porque sabían que les iban a dar casa nueva. Siendo sinceros, grupos difíciles de manejar en un gobierno, como los desplazados, negritudes e indígenas, son tres cánceres que tiene el Gobierno Nacional”. Y el segundo caso referido por la Fiscalía, versa sobre las desafortunadas aserciones de un estudiante universitario publicadas en su cuenta de twitter con ocasión de la muerte de treinta y dos niños que se transportaban en un bus que se incendió en el municipio de Fundación, en las que ridiculiza a los costeños y desconoce la gravedad del suceso. Como salta a la vista, el aparato represivo del Estado se dirige hacia estas formas verbalizadas de segregación y exclusión.*

*(:::::)*

*El entendimiento dominante en la comunidad jurídica de la Ley 1482 de 2011 refuerza esta tesis, como lo demuestra el hecho de que los actos denunciados ante, y procesados por la Fiscalía General de la Nación, apuntan a esta faceta de la discriminación: las afirmaciones de un sacerdote sobre la ineptitud de las personas con orientación sexual diversa para adoptar, las de una congresista sobre el futuro del alma de Gabriel García Márquez y Fidel Castro en el infierno o sobre el eventual “síndrome de Estocolmo” que padecería una víctima de las FARC, la de un político sobre el “cáncer” que representa para el pueblo colombiano las problemáticas asociadas a los indígenas o a los desplazados, las de una líder religiosa sobre las enseñanzas de la Biblia sobre las limitaciones de las personas “sin un brazo” o “minusválidas”, las de un dirigente deportivo sobre el carácter enfermizo de la homosexualidad, o el comentario burlesco de un estudiante en twitter por la trágica muerte de 32 niños en un bus incendiado, son el tipo de casos que han activado la función represiva del Estado….”[[8]](#footnote-8).*

Para la Sala quienes opinen de tal manera están equivocados porque en nuestro sentir lo dicho en tales términos por parte de la Corte Constitucional no tiene fuerza vinculante por lo siguiente:

* Al parecer se trata de un *obiter dictum* que no hace parte de la esencia de la *ratio decidendi*, en la cual la Corte de manera genérica y pedagógica citó ciertos casos relevantes a modo de ejemplo.
* La Corte Constitucional, como consecuencia de una información errónea e incompleta que le suministró la Fiscalía General de la Nación, cometió un error al citar como caso emblemático el del Procesado FERNANDO ANTONIO DELGADO, sin percatarse que se trataba de un proceso que aún no había finiquitado.
* No corresponde dentro de las competencias asignadas a la Corte Constitucional, determinar si ciertos hechos específicos pueden ser catalogados como delictivos para de esa forma pregonar la responsabilidad criminal de un ciudadano, ya que ello es algo propio de la Jurisdicción Ordinaria dentro de la Especialidad del Derecho Penal.

Siendo así las cosas, la Sala concluye que le asiste la razón al principal de los reproches formulados por el recurrente a la sentencia opugnada, porque en efecto la conducta endilgada en contra del Procesado FERNANDO ANTONIO DELGADO no se adecua típicamente al delito de hostigamiento por motivos de raza, ideología, política u origen étnico o cultural, lo que a su vez conspiraría de manera negativa para que acorde con lo requerido por el articulo 381 C.P.P. pueda proferirse un fallo de condena.

Ante tal situación, esta Colegiatura procederá a revocar el fallo confutado y en consecuencia se absolverá al Procesado FERNANDO ANTONIO DELGADO de todos los cargos por los cuales fue llamado a juicio por parte del Ente Acusador.

En mérito de todo lo antes expuesto, la Sala Penal de Decisión del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Pereira, Administrando Justicia en nombre de la Republica y por Autoridad de la Ley,

**RESUELVE:**

**PRIMERO:** **REVOCAR** la sentencia proferida por el Juzgado 6º Penal del Circuito de esta localidad, el veintisiete (27) de febrero del 2.015, en virtud de la cual se declaró la responsabilidad criminal del Procesado **FERNANDO ANTONIO DELGADO** por incurrir en la comisión del delito agravado de hostigamiento por motivos de raza, ideología, política u origen étnico o cultural.

**SEGUNDO:** Como consecuencia de lo anterior, **declarar la absolución** del Procesado de todos los cargos por los cuales fue llamado a juicio por parte de la Fiscalía General de la Nación.

**TERCERO:** Declarar que en contra de la presente decisión, procede el recurso de casación, el cual deberá ser interpuesto y sustentado dentro de los términos de ley.

**NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE:**

**MANUEL YARZAGARAY BANDERA**

**Magistrado**

***Salvamento de voto***

**JAIRO ERNESTO ESCOBAR SANZ**

**Magistrado**

**LEONARDO VALDERRAMA GONZÁLEZ**

**Conjuez**

**MARÍA ELENA RÍOS VÁSQUEZ**

**Secretaria**

**SALVAMENTO DE VOTO**

Con el debido respeto por las razones consignadas en la ponencia mayoritaria, en la cual se absolvió al señor Fernando Antonio Delgado por la conducta punible descrita en el artículo 134 B del C.P., me permito exponer los motivos de mi disentimiento frente a esa decisión, en los siguientes términos:

1. En la decisión mayoritaria se consideró inicialmente que estaba plenamente demostrada la ocurrencia de los hechos investigados, por lo cual el tema a decidir se relacionaba con la posibilidad de subsumir la conducta del acusado en el artículo 134 B del CP. Igualmente se citaron apartes de la sentencia C-671 del 10 de septiembre de 2014 de la Corte Constitucional, en lo relativo al concepto “hostigar” contenido en la norma citada.

Igualmente se expuso que frente a esa norma el legislador no se ocupó de definir el significado sus verbos rectores y de sus componentes descriptivos, por lo cual era necesario acudir al método gramatical y al método teleológico, para decidir lo relativo a la tipicidad del acto atribuido al procesado, con base en los cuales se podía concluir que pese a que las expresiones usadas por el concejal Delgado en la sesión del Concejo de municipio de Marsella del 14 de agosto del 2.012, se podían calificar como irresponsables, grotescas y de mal gusto en contra de las comunidades de desplazados, de las negritudes y de los indígenas, al examinar el contexto fáctico en que fueron pronunciadas, no se podía subsumir la conducta del procesado en el artículo 134 B del CP, ya que no se adecuaba a los actos de hostigamiento que sanciona la norma en cita; no existió el propósito de que los demás concejales formaran causa común para hostilizar o agredir a la comunidad indígena del resguardo Suratena; ni existió una incitación para que se realizaran actos de hostigamiento contra esa comunidad; no se estableció el ingrediente subjetivo de la norma, ni se podía deducir de los testimonios entregados por Marco Fidel Guasarabe Dregama; Rubén Darío Guasarabe y William Niaza Sacama que hubiera existido un nexo causal entre las manifestaciones del acusado y los actos que estos refirieron contra integrantes de su comunidad, fuera de que con base en la figura de la *“Prohibición de Regreso*”, el acusado no tenía deber de garante y por ello no debía responder por actos punibles de terceros, lo que generaba una situación de atipicidad relativa, frente a la conducta descrita en el artículo 134B C.P.

Igualmente se expuso que a pesar de que en la sentencia C- 617 de 2014 de la Corte Constitucional se había definido la actuación del concejal Delgado, como un ejemplo de un acto de discriminación en la modalidad de hostigamiento, lo real era que esa consideración tenía el carácter de *obiter dictum* y no de *ratio decidendi*, de ese fallo, ya que se trataba de una referencia hecha con motivos de carácter genérico y pedagógico.

La suma de estas razones llevó a la Sala mayoritaria a conceder la razón al defensor del procesado, en especial en lo relativo a su argumentación sobre la atipicidad de la conducta atribuida a su mandante, por lo cual se revocó la sentencia de primera instancia, al no reunirse los requisitos del artículo 381 del C.P.P. para proferir un fallo de condena.

2. Inicialmente hay que reconocer que la solución del caso presentaba dificultades derivadas del principio de “tipicidad inequívoca”, contemplado en el artículo 10 del C.P., ya que en el artículo 134 B, ya que como se afirma en la ponencia mayoritaria, el legislador no definió las inflexiones verbales contempladas en esa norma como “promover” o “instigar”, ni tampoco se definió que se entendía por *“actos, conductas o comportamientos constitutivos de hostigamiento”.* Incluso una lectura literal de la norma lleva a concluir, que para subsumir una conducta en ese tipo se haría necesario demostrar una pluralidad de comportamientos dirigidos a afectar el bien jurídico objeto de tutela legal.

En ese sentido hay que manifestar que solamente una norma posterior a la ley 1482 de 2011, como el artículo 3º de la ley 1752 de 2015, vino a precisar lo relativo a la situación particular de uno los individuos o grupos de personas que pueden ser considerados como sujetos o grupos pasivos que se encuentran comprendidos dentro de la norma, como los discapacitados. Por ello solo se cuenta actualmente con una interpretación auténtica sobre el concepto de “discapacidad” (entendida como circunstancia de discriminación), que se relaciona con los componentes del artículo 134 B del CP, en los siguientes términos: *“Entiéndase por discapacidad aquellas limitaciones o deficiencias que debe realizar cotidianamente una persona, debido a una condición de salud física, mental o sensorial, que al interactuar con diversas barreras puedan impedir su participación plena y efectiva en igualdad de condiciones con las demás”.*

3. Sin embargo y pese al examen fundado efectuado en el fallo de primera instancia, en lo relativo a la atipicidad de la conducta investigada, considero que debió primar un análisis diverso del caso, a partir de lo que se conoce en la doctrina penal como la *“reconstrucción subjetivo – valorativa del intérprete”,* en lo que tiene que ver con el ejercicio de subsunción de la conducta investigada en el tipo del artículo 134 B del CP., ya que precisamente la falta de definición de las inflexiones verbales contenidas en el tipo y de la conducta derivada de ellas, generaba la posibilidad de recurrir a un precedente de la Corte Constitucional, como la sentencia C-617 de 2014, citada en la ponencia aprobada, para concluir que el Concejal Delgado si promovió un acto de hostigamiento en contra de la comunidad indígena del resguardo de Suratena; que su conducta se adecuaba a la norma de prohibición mencionada y reunía los componentes de antijuridicidad y culpabilidad, con base en los cuales era posible, confirmar la sentencia dictada en su contra en primera instancia.

4. Frente a la decisión adoptada en el caso en estudio, hay que manifestar que en virtud de las estipulaciones que realizaron la FGN y la defensa que tienen los efectos previstos en el parágrafo del numeral 4º del artículo 356 del CPP, obraba como prueba el acta correspondiente a la sesión del 14 de agosto de 2012 del Concejo del municipio de Marsella y la grabación de esa sesión.

De esos documentos se desprende lo siguiente: i) que en el momento en que se discutía la situación del grupo de indígenas que hacia parte del resguardo de “Suratena”, que habían sido ubicados nueve años atrás en el sector aledaño a una cancha de fútbol del sector del "alto Cauca" y cuando intervenía la alcaldesa encargada de ese municipio para informar sobre las gestiones que estaban realizando con el fin de adelantar un proyecto de vivienda para esas familias, que el concejal Francisco Javier Cano Gómez manifestó que las personas que habían sacado votos en el sector donde está ubicada la citada cancha no podían permitir que los deportistas perdieran ese espacio; ii) frente a esa afirmación la alcaldesa replicó para referirse a la situación de los indígenas manifestando que *"hay que ponerse la mano en el corazón porque están en condiciones pésimas"*; y iii) que seguidamente intervino el concejal Fernando Antonio Delgado quien manifestó que "*los que estaban ubicados en la Siria tumbaron los ranchitos para irsen (sic) allá porque sabían que les iban a dar casa nueva, siendo sinceros grupos difíciles de manejar en un gobierno como los desplazados, negritudes e indígenas que son los más difíciles de manejar, son tres cánceres que tiene el gobierno nacional y mundial, esos indígenas no fueron los que lucharon por nosotros fueron unos indígenas distintos, todo el Consejo en pleno va a tener que estar atento a defender el bien común y si es que no hay recursos para comprar un terreno entonces que se construya otra cancha en el alto Cauca”.[[9]](#footnote-9)*

4.1 En ese sentido se debe tener en cuenta que uno de los argumentos propuestos por el recurrente, acogido en la ponencia mayoritaria, se debe entender como la invocación de la causal de atipicidad que se conoce como “inexistencia de la conducta” ya que el censor consideró que de acuerdo a las definiciones de la Real Academia de la Lengua, para poder subsumir el acto atribuido al concejal delgado en la norma de prohibición del artículo 134 B del CP, era necesario que este hubiera realizado una series de conductas o de actos plurales, dirigidos a "instigar" o “promover" conductas de hostigamiento en contra de los grupos de afrodescendientes, desplazados e indígenas a los que se refirió en su intervención en el Consejo de Marsella el día 14 de agosto de 2012, lo que ha sido definido en la dogmática penal como la ausencia de elementos objetivos del tipo que configuran una situación de atipicidad de un comportamiento, que puede tener carácter absoluta o relativa.

5. En ese orden de ideas se debe decir que el uso de elementos normativos de carácter extrajurídico en los tipos penales, conduce necesariamente a que se deba analizar el alcance de ese tipo de expresiones para definir el componente de tipicidad de un acto.

Precisamente en lo atañe al juicio de subsunción entre conducta y norma, relacionado con el caso objeto de investigación, es necesario hacer referencia al precedente contenido en la sentencia C-671 del 10 de septiembre de 2014 de la Corte Constitucional, en la cual se hizo control abstracto de los artículos 134 A y 134 B del CP, y se examinó el tema de los “Actos de Discriminación”, que en la sistemática del CP, hacen parte del Libro II, Título I, Capítulo I de ese estatuto, donde aparece relacionados los delitos contra la vida y la integridad personal, capítulo que incluye el delito de “hostigamiento” creado por el artículo 4º de la ley 1482 de 2011.

Se debe tener en cuenta que en esa sentencia, la Corte Constitucional, al referirse a título de ejemplo a las conductas constitutivas de actos de discriminación, mencionó la intervención de la FGN en el proceso de control abstracto de las normas demandadas y precisamente trajo a colación el caso que ocupa la atención de esta Sala, manifestando lo siguiente:

(…)

*En cuarto lugar, la discriminación se materializa a través de múltiples formas.*

*Usualmente suele estar asociada a una de sus formas más visibles y explícitas: aquella que se materializa a través del lenguaje, y especialmente, a través del discurso o a través de acciones verbalizadas. Esto explica que los casos que son investigados y sancionados por el propio Estado y aquellos que son registrados por los medios de comunicación, versan sobre esta modalidad específica de discriminación.*

*Según expuso la Fiscalía General de la Nación en la audiencia pública, los únicos dos casos en que esta entidad ha efectuado imputaciones por los referidos, se refieren a hipótesis discursivas de discriminación. El primero de ellos se refiere a las declaraciones de un concejal de un municipio de Risaralda con respecto a las ayudas humanitarias otorgadas a los indígenas víctimas de la ola invernal del año 2012, al afirmar que “dicen que no fueron nueve sino siete los primeros damnificados en la escuela de Suratena. Los que estaban ubicados en La Siria tumbaron los ranchitos que tenían (…) porque sabían que les iban a dar casa nueva. Siendo sinceros, grupos difíciles de manejar en un gobierno, como los desplazados, negritudes e indígenas, son tres cánceres que tiene el Gobierno Nacional”. Y el segundo caso referido por la Fiscalía, versa sobre las desafortunadas aserciones de un estudiante universitario publicadas en su cuenta de twitter con ocasión de la muerte de treinta y dos niños que se transportaban en un bus que se incendió en el municipio de Fundación, en las que ridiculiza a los costeños y desconoce la gravedad del suceso[[10]](#footnote-10). Como salta a la vista, el aparato represivo del Estado se dirige hacia estas formas verbalizadas de segregación y exclusión.“* (Subrayas fuera del texto).

5.1 Como se desprende del aparte antes citado de la sentencia C-671 de 2014, donde se consideraron exequibles los artículos 3º y 4º de la ley 1482 de 2011, la Corte Constitucional definió el acto atribuido al señor Fernando Antonio Delgado como una forma verbalizada de segregación y exclusión, lo que indica que de acuerdo a ese precedente, no resulta consistente el argumento según el cual la conducta atribuida al señor Delgado no se adecuaba a la norma de prohibición contenida en el artículo 134 B del C.P.

5.2 Se debe tener en cuenta que en la sentencia citada la Corte Constitucional analizó el contenido y alcance de los artículos 3º y 4º de la ley 1482 de 2011, conocida como “Ley Antidiscriminación”, en los siguientes términos:

*(…)*

*En cuarto lugar, en cuanto a los elementos constitutivos de la conducta típica, se deben hacer las siguientes precisiones[[11]](#footnote-11):*

*Los actos de racismo o discriminación se producen cuando existe una afectación de los derechos de las personas, porque se impiden, obstruyen o limitan, que constituyen los verbos rectores del tipo; en este sentido, el artículo 3 de la Ley 1482 de 2011 dispone que se incurre en este hecho punible cuando se “impida, obstruya o restrinja el pleno ejercicio de los derechos”. Como la ley se refiere a los derechos, y no a las meras expectativas, éstos deben ser ciertos, prexistentes a la conducta típica, lícitos y exigibles. Lo anterior significa que se trata de un delito de lesión y no de peligro en abstracto o de peligro en concreto.*

*Por otro lado, esta afectación de derechos está calificada en dos sentidos: (i) De una parte, debe tratarse de una afectación “arbitraria”, lo cual podría significar que debe carecer de soporte en el sistema jurídico, o que debe tratarse de una actuación caprichosa o irrazonable; (ii) además, se requiere que la afectación obedezca a una motivación específica: la raza, la nacionalidad, el sexo o la orientación sexual; es decir, debe existir una motivación discriminatoria que sea determinante de la conducta típica, en función de los criterios ya mencionados; debe hacerse notar, además, que el legislador estableció un catálogo cerrado de categorías de discriminación, sin incluir otras como la edad, la identidad de género, la condición migratoria, el pasado judicial o la condición de discapacidad…”*

En el precedente antes mencionado se hizo una distinción entre los delitos de “Actos de Discriminación” (artículo 134A CP), y el delito de “Hostigamiento”, que fue definido como un delito “peligro abstracto” y no de resultado, y en tal sentido se expuso lo que a continuación se transcribe:

*“Por su parte, el hostigamiento se presenta cuando se promueven o instigan actos de hostigamiento; se trata entonces de un delito de peligro abstracto, porque se perfecciona, no cuando se realizan los actos constitutivos del hostigamiento como tal, ni cuando se materializa el daño que se persigue a través del mismo, sino cuando de impulsan o fomentan los referidos actos y se genera entonces el “riesgo comunicativo” que se penaliza a través de la ley.* ( subrayas fuera del texto original )

*Ahora bien, esta promoción o instigación se encuentra calificada en los siguientes sentidos: (i) por una parte, debe tener como finalidad que el acoso o la persecución produzca un daño; (ii) el daño que se persigue se debe provocar a una persona, grupo de personas, comunidad o pueblo, en razón de las categorías allí previstas, vale decir, en razón de la raza, la etnia, la nacionalidad, el sexo, la orientación sexual, la religión o la filiación política y religiosa.*

* 1. *Finalmente, en ambos casos se trata de delitos dolosos. “*

A su vez en el mismo fallo, la Corte Constitucional hizo referencia a un instrumento internacional vinculante para el Estado colombiano, como la “Convención para la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Racial”, que establece, de manera clara e inequívoca, el deber estatal de sancionar penalmente algunas formas de racismo[[12]](#footnote-12), con base en lo cual se tipificaron las conductas antes mencionadas y en ese sentido se expuso lo siguiente:

*“(…)*

*Es así como el artículo 3 de la ley 1482 de 2011 establece que los actos de racismo o discriminación se perfeccionan cuando en razón de la raza, la nacionalidad, el sexo o la orientación sexual, y de manera arbitraria, se impide, obstruye o restringe el pleno ejercicio de los derechos. Por su parte, el hostigamiento se presenta cuando se promueven o instigan actos, conductas o comportamientos constitutivos de hostigamiento, orientados a producir un daño físico o moral a una persona, grupo de personas, comunidad o pueblo, en razón de su raza, etnia, religión, nacionalidad, o ideología política o filosófica. En uno y otro caso la conducta típica envuelve ese componente, bien sea por la vía de producir una afectación arbitraria en el goce de los derechos, o bien sea por la vía de inducir actos de persecución y acoso, orientados a causar daño físico o moral. En otras palabras, la discriminación prevista en la ley demandada se encuentra calificada por esta circunstancia. “*

(…)

Y al hacer alusión en concreto al tipo de hostigamiento establecido en el artículo 134 B del CP se dijo lo siguiente en el precedente mencionado:

*“En el caso específico del hostigamiento, como éste se perfecciona cuando se “promueven” o “instigan” actos de acoso o persecución, esta labor de provocación, incitación, o inducción, propagandística o publicitaria, se canaliza a través de actos comunicativos gráficos o verbalizados que tienen una connotación discriminatoria.*

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

6. En ese contexto se debe entender que de acuerdo a las consideraciones de la sentencia C-671 de 2014, las expresiones que profirió el señor Fernando Antonio Delgado en la sesión del 12 de agosto de 2012, fueron tomadas por la Corte Constitucional, junto con otros casos, como actos de hostigamiento, con base en lo cual se puede entender que la conducta que se le atribuyó al citado edil si se podía subsumir en la norma de prohibición contenida en el artículo 134 B del CP, que de acuerdo al precedente en mención no estaría condicionada a una pluralidad de acciones, en atención al componente teleológico de la norma antes citada.

7. A su vez al haber definido la Corte Constitucional la conducta en mención como un tipo de peligro abstracto que se perfecciona cuando se impulsan o fomentan los actos de hostigamiento, como sucedió en este caso y no cuando se realizan esos actos o se materializa el daño, queda claro que en el presente asunto la antijuridicidad del comportamiento investigado no estaba condicionada a la demostración de relaciones causales entre conducta y resultado, sino que se determinaba a partir de las expresiones que usó el concejal investigado contra las comunidades de afrodescendientes y desplazados y en especial contra la comunidad indígena ubicada en el resguardo de “Suratena”, hecho que valga la pena repetirlo fue considerado como una conducta de hostigamiento en la casuística empleada por la Corte Constitucional en la sentencia C- 671 de 2014.

8. Sin embargo debo aclarar que las manifestaciones del acusado se tienen que examinar en dos contextos diferentes así:

8.1 La primera parte de su intervención donde definió a los desplazados, afrodescendientes e indígenas como *“cánceres que tienen el gobierno nacional y mundial”,* se puede considerar como una invectiva o afrenta que generó un explicable malestar entre los miembros de esas comunidades como lo manifestaron quienes asumieron su vocería en el juicio oral, pero que en sentido estricto y tomando como base el fin de la norma no podrían tipificarse como un acto de hostigamiento, al no estar demostrado que estaban dirigidas inequívocamente a causar daño físico o moral a los grupos de afrodescendientes, desplazados o a la comunidad indígena de “Suratena”.

8.2 Sin embargo, a mi juicio no queda duda de que el acto de hostigamiento atribuido al procesado se vino a perfeccionar en lo que se podría denominar la segunda parte de la intervención del procesado en la citada sesión del Concejo, donde incitó a las mayorías de la corporación para unirse en contra de estas minorías, es decir de la comunidad indígena del sector del “Alto Cauca”, manifestación que tuvo como antecedente una grave acusación que el concejal investigado lanzó contra los miembros del citado resguardo en el sentido de que estos habían derribado sus viviendas ubicadas en el paraje de “La Siria “ para buscar que les dieran casas nuevas.

Atendiendo lo anterior se debe entender que si se materializó un acto de hostigamiento concreto hacia una comunidad indígena, basado en motivos raciales, que fue dirigida hacia un grupo de ciudadanos colombianos que estaban en situación de inferioridad y que son objeto de protección especial según el tercer inciso del artículo 13 de la Constitución de 1991, que además establece en su artículo 7º que *“El Estado reconoce y protege la diversidad étnica y cultural de la Nación Colombiana”.* Para el efecto hay que poner de presente que se trató de una invitación que dirigió el concejal Delgado a los demás ediles que participaban de esa sesión, para que se formara una causa común contra los habitantes de ese resguardo, pertenecientes a la comunidad embera chamí que habían sido asentados de tiempo atrás en las inmediaciones de una cancha de fútbol del sector del “Alto Cauca”, donde llevaban viviendo cerca de nueve años en condiciones precarias como se observa en una fotografía que fue objeto de estipulación entre la defensa y la FGN.

9. Fuera de lo anterior hay que manifestar que aunque la Corte Constitucional definió el tipo de hostigamiento como una conducta de peligro abstracto (lo que de suyo determina el componente de lesividad de esa conducta punible), durante el juicio se demostró que las afirmaciones del concejal Delgado tuvieron un efecto nocivo para la citada comunidad, sobre lo cual se cuenta con abundante prueba testimonial practicada a instancias de la FGN que no fue controvertida por la defensa, que se puede sintetizar así:

* El señor Marco Fidel Guasarabe Dregama, quien dijo ser gobernador del resguardo “Suratena”, expuso que luego de que el acusado hiciera esas manifestaciones se habían presentado actos de discriminación contra los miembros del asentamiento indígena situado en Marsella a los cuales hizo referencia, al igual que amenazas de las cuales fue víctima junto con otros miembros de su comunidad por estar ocupando el sitio donde fueron instalados.
* El señor William Niaza Siacama[[13]](#footnote-13), quien dijo ser líder del resguardo “Suratena” manifestó que como consecuencia de lo dicho por el acusado en la sesión del Concejo se presentaron situaciones que afectaron la vida de ese conglomerado, ya que algunos conductores no querían recoger como pasajeros a los indígenas y algunos niños debieron ser retirados de las instituciones educativas, lo que generó un significativo daño moral y psicológico, de lo cual se desprendía el perjuicio moral, social y psicológico para su grupo étnico.
* Rubén Darío Guasarabe, quien manifestó ostentar el cargo de Gobernador indígena dijo que luego de que el acusado lanzara las mencionadas expresiones se presentaron actos de segregación contra ese grupo étnico, ya que sus integrantes estaban gestionando la adquisición de un predio llamado “Lomaseca”, ubicado en la vereda “Buenavista”, y debido a lo que dijo el concejal Delgado, las personas que vivían en las inmediaciones de ese inmueble recogieron firmas y acudieron a líderes políticos para evitar la venta de ese inmueble, fuera de que se habían presentado actos de rechazo hacia ellos por parte de la población no indígena y de discriminación en los colegios hacia los niños de ese grupo, que conducían a su marginación, ya que en general eran vistos como “personas no gratas”.
* Adicionalmente hay que manifestar que el señor José Javier López Duque, quien dijo ser representante de las personas desplazadas del municipio de Marsella, manifestó en el juicio oral que después de lo sucedido en el Concejo de Marsella varias personas se habían alejado de esa asociación ya que no se sentían “bien vistos” por la administración de ese municipio.
* Por su parte el señor Iván Alberto Vergara Sinisterra, aunque no hizo referencia a ningún acto directo que hubiera afectado a la población afrodescendiente, derivado de las manifestaciones del procesado, si puso de presente que la comunidad afrocolombiana que se hallaba en estado de desplazamiento se había sentido afectada al no poder contrarrestar ese tipo de discursos donde eran señalados como un “cáncer” para la sociedad colombiana, lo que afectaba las posibilidades de desarrollo de sus derechos como grupo étnico, con el agravante de que un sector importante de ellos eran desplazados, lo cual origino la movilización de miembros de esa comunidad para acompañar al denunciante de esos actos.

10. A su vez debe decirse que de las propias manifestaciones efectuadas por el acusado durante el juicio oral, se deduce que sus expresiones tuvieron un alto impacto mediático que según sus palabras obedeció a una “persecución política” sobre la cual no se suministró ninguna evidencia, lo que comprueba las manifestaciones de los testigos presentados por la FGN que se relacionaron en precedencia, en especial los dirigentes del resguardo indígena de “Suratena”, sobre la repercusión negativa que generó el acto de hostigamiento efectuado por el procesado, ya que de otra manera no se explica porque razón luego de lo sucedido en la citada sesión del Concejo de Marsella, se hubieran realizado actos de segregación contra esas comunidad que les impidieron la adquisición de un predio para tener sus cultivos y sus viviendas; que en ocasiones no se les prestara el servicio de transporte rural o que se presentaran conductas de segregación escolar contra sus hijos, hechos que no fueron desvirtuados por el defensor del señor Delgado, quien no hizo uso de la facultad que le otorgaba el artículo 403 del CPP para impugnar la credibilidad de esos testigos.

11. En ese orden de ideas considero que en el caso *sub examen* no solo se comprobó la tipicidad del comportamiento atribuido al procesado sino el componente de antijuridicidad material del mismo, que según el artículo 134 B del CP se traduce en el daño físico o moral causado a una persona o grupo de personas, como las incluidas en esa norma, originado en actos de instigación o promoción de conductas constitutivas de hostigamiento, que realmente se presentaron en el caso *sub examen,* como consecuencia de las manifestaciones del procesado, frente a lo cual cabe citar lo que se manifestó en la sentencia CSJ SP del 21 de octubre de 2009 radicado 29665, de la siguiente manera:

*“Juicio de tipicidad ." Así en primer lugar, en la tipicidad - que es el lugar en donde tiene realización el principio de legalidad - se impone verificar la subsunción de la conducta en el modelo descriptivo de la figura legal, en segundo término, exige comprobar si ese comportamiento adecuable al tipo afecta o no el bien jurídico protegido, pues el juicio de tipicidad conlleva una doble valoración (i) el juicio de correspondencia comparativa entre la conducta y el tipo y (ii) el juicio de verificación sobre la idoneidad de esa conducta para afectar (que no lesión) el bien jurídico tutelado por la norma. De esto se tiene que la tipicidad puede ser afectada por el principio de insignificancia y la adecuación social de la conducta"*

12. Además en lo que atañe al componente de culpabilidad de la conducta investigada hay que manifestar en aplicación del principio del *“numerus clausus”* contenido en el artículo 21 del CP., el delito descrito en el artículo 134 B *ibídem,* solamente se puede imputar como una conducta dolosa, en los términos del artículo 22 de ese estatuto, que la define así: "*la conducta dolosa cuando la gente conoce los hechos constitutivos de la infracción penal y quiere su realización"*.

12.1 Trasladando tal concepto al caso en estudio, al escuchar el registro de audio de la sesión del Consejo municipal de Marsella en la parte relativa a los hechos investigados, se advierte que inicialmente intervino la alcaldesa encargada de esa localidad, para explicar las gestiones relacionadas con la reubicación de los indígenas del “Alto Cauca”[[14]](#footnote-14), frente a lo cual se dijo por uno de los participantes de esa sesión que ese grupo de población estaba interesado en que se adquiriera el inmueble que estaban ocupando, es decir la cancha de fútbol de ese paraje, lo que podría generar la inconformidad de sus vecinos y traer algunos problemas ambientales y expuso que el problema de esa comunidad llevaba mucho tiempo sin haber sido solucionado.

Luego otro concejal manifestó que el Gobernador de Risaralda había anunciado que iba a pedir al Comité de Cafeteros la cesión de esa cancha para construir las viviendas destinadas a reubicar a esas personas, lo que afectaría el uso de ese espacio deportivo para los habitantes del “Alto Cauca” y agregó que no era posible caminar por las inmediaciones de ese predio “*sin llevar botas y tapabocas”* ya que allí residían cerca de 120 personas que hacían sus necesidades fisiológicas en los predios rurales por no contar con servicios sanitarios; que los indígenas cocinaban con leña y habían acabado con los guaduales del sector, por lo cual era urgente que se diera solución al problema de esa comunidad.

Seguidamente la alcaldesa encargada explicó que no era posible dar una solución inmediata para reubicar al resguardo indígena “Suratena”, porque las obras de acueducto y de alcantarillado, valían más que la finca donde iban a ser trasladados, por lo cual el proyecto resultaba inviable en razón de sus costos, lo que originó su aplazamiento, reiterando que los indígenas habían mostrado interés para quedarse en la cancha que ocupaban.

Seguidamente intervino el edil Francisco Javier Cano Gómez[[15]](#footnote-15), para solicitar a sus compañeros que se pusieran al frente para impedir que los deportistas del “Alto Cauca” perdieran su espacio y que ese paraje “iba a desaparecer” si le quitaban la cancha, por lo cual no se podía permitir que los indígenas exigieran ser reubicados en ese predio. Además dijo que se trataba inicialmente de 9 familias pero que ya su número era de 47 e hizo referencia a situaciones pasadas para manifestar que Marsella se había llenado de indígenas ya que allí les daban de todo, por lo cual debían ser censados y manifestó que la administración del municipio no debía permitir el ingreso de un solo indígena más a la citada cancha.

12.2 El anterior resumen lleva a ubicar en contexto las manifestaciones del señor Delgado, frente a las cuales debe decirse inicialmente que antes de que hiciera su intervención, ya el concejal Cano había lanzado expresiones contra la comunidad indígena mencionada, como las referidas en precedencia, luego de lo cual el acusado Fernando Antonio Delgado hizo las afirmaciones que dieron origen al presente proceso[[16]](#footnote-16), frente a las cuales se debe manifestar inicialmente que no es cierta la manifestación del acusado en el juicio oral, en el sentido de que fueron proferidas en un momento de "acaloramiento”, ya que del registro escuchado se deduce que en instante no se presentaba ningún debate entre los concejales, sino que se estaba escuchando una información de la autoridad municipal sobre el problema de la reubicación de la comunidad indígena de “Suratena”.

12.3 Adicionalmente hay que manifestar que no queda duda de que el acto atribuido al acusado estaba dirigido a sustentar la posición del concejal Francisco Javier Cano Gómez quien en la misma sesión del Concejo hizo una manifestación que en el fondo estaba dirigida a que la administración municipal de Marsella, desconociera el artículo 24 de la Constitución, que establece la libertad de circulación, movilización y permanencia en el territorio nacional, al solicitar que no se permitiera el ingreso de un solo indígena más a la cancha del sector del “Alto Cauca”, lo que dio pie para que a renglón seguido interviniera el concejal Delgado en los términos ya conocidos, para apoyar la manifestación del señor Cano, que se entiende iba dirigida a defender los intereses de los pobladores del paraje del “Alto Cauca”, que estaban afectados por la presencia de los indígenas en la cancha de ese sector, y por ello no se le puede dar otro sentido a las expresiones del acusado, quien luego de lanzar invectivas contra los grupos de desplazados, afrodescendientes y en especial contra la comunidad indígena de “Suratena” acusó a estos últimos de haber derribado sus viviendas en el sector de “La Siria” para que les dieran casas nuevas y luego invitó a los demás concejales a formar un frente común contra ese grupo de personas, para defender a los habitantes no indígenas del “ Alto Cauca”.

13. Lo anterior demuestra que la conducta atribuida al acusado estaba dirigida a hostilizar a esa comunidad, sin que se puedan calificar sus expresiones como un simple malentendido, como lo expuso al intervenir en el juicio oral, donde trató de desvirtuar sus afirmaciones que se encuentran contenidas en documentos públicos, cuyo contenido fue estipulado entre al FGN y la defensa.

14. Conforme a lo expuesto en precedencia, la discusión jurídica no podía centrarse en las consideraciones que hicieron para interpretar el alcance de las expresiones lanzadas por el señor Fernando Antonio Delgado, ya que existía prueba documental como el disco compacto y el acta de la sesión del 14 de agosto de 2012 del Concejo de Marsella, cuyo contenido revela inequívocamente que el acusado actuó con conocimiento de que estaba efectuando actos de hostigamiento contra esa comunidad y con voluntad frente a su realización, lo que configura una conducta dolosa, en los términos del artículo 22 del CP, que se materializó al solicitar a los demás concejales que se colocaran en contra de esa comunidad, lo que tuvo impacto en la población de Marsella y originó los actos de segregación y de exclusión que narraron los miembros del grupo indígena, y que además afectaron de manera directa a los desplazados ubicados en ese municipio y generaron la reacción natural de las asociaciones de afrocolombianos en razón de las expresiones que el procesado lanzó en su contra.

No sobra agregar que el componente doloso de la conducta resulta más relevante si se tiene en cuenta que acuerdo a la misma prueba derivada de la declaración entregada por el procesado, se trata de una persona con una extensa trayectoria política, que llevaba 14 años como edil en el municipio de Marsella y había cursado algunos estudios en administración pública, por lo cual ese largo recorrido por la vida pública no permite inferir que se hubiera presentado un desconocimiento sobre los alcances de su acto, ni sobre su voluntad de realizarlo.

15. Por las razones expuestas, estimo que le asistió razón al juez de primer grado al proferir una sentencia condenatoria en contra del procesado por la violación del artículo 134 B del C.P, ya que se demostró tanto la existencia de esa conducta punible, siguiendo el precedente establecido en la sentencia C-671 de 2014 de la Corte Constitucional, como su responsabilidad, con lo cual se reunían los requisitos del artículo 381 del CPP, en el caso *sub lite,* para confirmar el fallo de primer grado, lo cual me lleva a disentir de la manera más respetuosa, de la decisión adoptada por la mayoría de los integrantes de la Sala en este caso.

**JAIRO ERNESTO ESCOBAR SANZ**

**Magistrado**

1. Folio 94. La grabación de la sesión del Concejo del municipio de Marsella fue escuchada en la sesión del juicio oral del 21 de agosto de 2014 a partir de H. 01.06.35 hasta H. 01.08.08. [↑](#footnote-ref-1)
2. Corte Constitucional: Sentencia # C-671 del 10 de septiembre de 2014. M.P. LUIS GUILLERMO GUERRERO PÉREZ. [↑](#footnote-ref-2)
3. Consulta efectuada el 22 de abril de los corrientes a las 14:00 horas a la versión virtual habida en página web www.dle.rae.es [↑](#footnote-ref-3)
4. Lo cual se debe entender dentro de la concepción de llevar a cabo actos de ataques, agresiones o burlas. [↑](#footnote-ref-4)
5. Prueba de ese tipo de comportamientos la encontramos en la ya enunciada actitud asumida en su discurso por parte del Concejal FRANCISCO JAVIER CANO GÓMEZ respecto de la forma como se expresó sobre la comunidad indígena. [↑](#footnote-ref-5)
6. El ejemplo clásico que ofrece la doctrina para explicar esta teoría tiene que ver con la persona que por descuido deja olvidado una chaqueta que en su interior tiene un arma de fuego, la cual cae en manos de otro sujeto quien perpetra un hurto o un homicidio con dicho instrumento bélico. [↑](#footnote-ref-6)
7. Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal: Sentencia del cuatro (04) de abril del 2003. Proceso # 12742. M.P. ÁLVARO ORLANDO PÉREZ PINZÓN. [↑](#footnote-ref-7)
8. Corte Constitucional: Sentencia # C-671 de septiembre diez (10) de 2014. M.P. LUIS GUILLERMO GUERRERO PÉREZ. [↑](#footnote-ref-8)
9. Folio 94. La grabación dela sesión del Concejo del municipio de Marsella fue escuchada en la sesión del juicio oral del 21 de agosto de 2014 a partir de H. 01.06.35 hasta H. 01.08.08 [↑](#footnote-ref-9)
10. Bajo la etiqueta “#MePrendoComoNiñoEnBus”, el estudiante afirmó que *“¿Tan cara que está la gasolina y desperdiciarla en 32 costeños?”* [↑](#footnote-ref-10)
11. Una presentación completa se encuentra en Ricardo Posada, “Los Delitos de Actos Racistas o Discriminatorios y Hostigamiento por Motivos de Discriminación”, en *Revista Digital de la Maestría en Ciencias Penales,* Nro. 5, 2013. Documento disponible en: [http://revistas.ucr.ac.cr/index. php/RDMCP/ article/view/12453](http://revistas.ucr.ac.cr/index.%20php/RDMCP/%20article/view/12453). Último acceso: 26 de agosto de 2014. [↑](#footnote-ref-11)
12. El artículo 4 de la Convención para la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Racial establece que *“los Estados (…) declararán como acto punible conforme a la ley toda difusión de ideas basadas en la superior o en el odio racial, toda incitación a la discriminación racial, así como todo acto de violencia o toda incitación a cometer tales actos contra cualquier raza, o grupo de personas de otro color u origen étnico, y toda asistencia a las actividades racistas, incluida su financiación”.*  [↑](#footnote-ref-12)
13. Sesión del juicio oral del 21 de agosto de 2014 A partir de H. 01. 53.49 [↑](#footnote-ref-13)
14. A partir de H. 02.03.10 [↑](#footnote-ref-14)
15. Según el acta de la sesión del 14 de agosto de 2012 [↑](#footnote-ref-15)
16. A partir deH.02.25.25 hasta H. 02.16.55 [↑](#footnote-ref-16)