



LA CORTE NEGÓ EL AMPARO CONSTITUCIONAL DE LOS DERECHOS INVOCADOS POR KIKA NIETO, AL ENCONTRAR QUE LAS OPINIONES CRÍTICAS EMITIDAS EN EL CANAL DE OPINIÓN "LAS IGUALADAS" Y EL PERIÓDICO EL ESPECTADOR EN CONTRA DE UN VIDEO EMITIDO POR LA ACCIONANTE, CORRESPONDÍAN A UN EJERCICIO LEGÍTIMO DE LA LIBERTAD DE EXPRESIÓN Y OPINIÓN Y PODÍAN SER CONTROVERTIDAS POR ELLA A TRAVÉS DE LA MISMA RED EN QUE SE DIRIGE A SU AUDIENCIA

I. EXPEDIENTE T 6896226 - SENTENCIA SU-355/19 (agosto 6)
M.P. Luis Guillermo Guerrero Pérez

La Sala Plena de la Corporación estudió la acción de tutela presentada por Erika Nieto Márquez, por conducto de apoderado judicial, en procura de obtener la protección de sus derechos fundamentales al buen nombre y a la honra, presuntamente vulnerados por la periodista María Ángela Urbina Castilla, el canal de opinión "Las Igualadas" y el periódico "El Espectador", al publicar en la plataforma digital "YouTube" el video denominado "*Kika Nieto odia a gays y lesbianas así diga lo contrario*", pues, según la accionante, en dicha publicación se profirieron acusaciones injuriosas y difamatorias en su contra, con ocasión del video que publicó en redes sociales titulado "*Mi video más sincero*" en el que, entre otras, da su opinión sobre la comunidad LGBTQ.

De la demanda conoció, en única instancia, el Juzgado Séptimo Civil del Circuito de Bogotá, despacho que, en providencia de 29 de junio de 2018, resolvió negar el amparo solicitado, al considerar que el referido video se enmarca dentro del ámbito de protección del derecho a la libertad de expresión, puntualmente, del derecho a la libertad de opinión, toda vez que, "Las Igualadas", en dicha publicación, realizan una crítica a las declaraciones que hizo la accionante sobre la comunidad LGBTQ.

De manera previa, la Sala Plena de la Corporación constató el cumplimiento de los requisitos de procedencia. En particular: (i) legitimación en la causa por activa y por pasiva, (ii) inmediatez, (iii) subsidiariedad y (iv) solicitud previa de rectificación. Posteriormente, con el objeto de abordar el problema planteado se refirió a los siguientes temas: (i) el derecho a la libertad de expresión en internet; (ii) las diferencias entre libertad de opinión y libertad de información; (iii) los discursos especialmente protegidos por la libertad de expresión; (iv) los discursos prohibidos y (vi) los límites al derecho a la libertad de expresión.

Analizado el contexto en el que se emitió el video censurado por la accionante, la Corte encontró que este admite dos niveles de lectura: Uno, que corresponde al cuerpo del video como tal y, otro, que surge del título con el que se presenta la nota periodística y de la descripción que se hace de la misma. En relación con el primer nivel, la Sala Plena consideró que la aproximación que hacen "Las Igualadas" al video de Kika Nieto se encuentra cobijada por el artículo 20 constitucional, en la medida en que corresponde a un ejercicio de la libertad de expresión, pues se trata de una opinión crítica basada en hechos públicos, ciertos y verificables sobre un asunto de interés público, cual es el debate sobre la situación de un colectivo históricamente discriminado.

Así, la Sala advierte que, en el video cuestionado, no se incluyen las expresiones que cita la accionante para reclamar una afectación de su derecho al buen nombre, tales como "*la youtuber Kika Nieto es homofóbica*". Por el contrario, se observa que en la mencionada publicación la periodista María Ángela Urbina realiza un análisis crítico sobre la opinión que dio la accionante en su canal y no sobre la persona, es decir, que dicho pronunciamiento se hace sobre una realidad objetiva, aquello que fue difundido por Kika Nieto y que incluso, se transcribe textualmente. Es decir, se analiza y se cuestiona el mensaje difundido por Nieto, y es a ese mensaje al que se le atribuyen consecuencias discriminatorias que se estiman peligrosas en un contexto que se ha manifestado hostil hacia la comunidad LGBTQ. Además,

también se critica el mensaje por la descalificación implícita que se hace de las personas LGBTQ, al decir que no corresponden a la manera como Dios creó al hombre y a la mujer. Y es esa descalificación la que precisamente "Las Igualadas" tildan de perversa.

Para la Corte no hay duda de que el receptor del video de Las Igualadas tiene claro que se está ante una interpretación de lo dicho por Kika Nieto, que se acompaña de notas contextuales y que es objeto de dura crítica. Así, por ejemplo, en el video de Las Igualadas se concluye que el mensaje de Nieto es discriminatorio, porque implícitamente señala que la homosexualidad está mal y se agrega que de la discriminación 'tolerada' a la violencia hay un paso. No se le atribuye a Kika Nieto la pretensión de promover el odio o la violencia contra la comunidad LGBTQ, pero se advierte que su discurso, independientemente de la intencionalidad de quien lo emite, si puede tener, en criterio de Las Igualadas, esa connotación. Muchos podrán estar de acuerdo con esa apreciación, al paso que habrá muchos otros que se distancien de ella, pero para unos y otros es claro que se trata del análisis que hacen Las Igualadas del video de Kika Nieto y no de expresiones que esta haya realizado o de un propósito de su parte de generar ese tipo de sentimientos y actitudes.

En el segundo nivel, la Corte advirtió que se le atribuyen a Kika Nieto actitudes que contrastan con el contenido objetivo de su opinión, toda vez que afirmar que esta "*Odia a gays y lesbianas...*", en principio, deforma su discurso, porque una cosa es cuestionarlo, señalar que el mismo puede generar discriminación y mantener un imaginario de rechazo que incluso se traduce en violencia. Y otra, muy distinta, es atribuirle al generador del mensaje esos sentimientos y esas actitudes de odio y de rechazo que claramente contrastan con su manifestación expresa. Erika Nieto, al dar su opinión sobre la comunidad LGTBQ, utilizó desde el principio un lenguaje no deliberadamente ofensivo. Y se disculpó cuando se le señaló que su mensaje podría resultar ofensivo o pudo entenderse como discriminatorio. Incluso explicó el alcance de su opinión.

En ese sentido, la Corte distinguió por un lado, las expresiones que en el video de "Las Igualadas" analizan y critican las palabras de Kika Nieto, que constituyen una nítida manifestación de la libertad de opinar, de aquellas contenidas en el título del video, que ya no se refieren a las expresiones objetivas de Nieto, sino que le endilgan a su persona, un sentimiento, que solo es susceptible de atribuirse a partir de manifestaciones externas que lo hagan evidente y que comportarían la trasgresión de una prohibición reforzada con sanción penal, pues difundir ese tipo de expresiones puede encuadrarse dentro de la proscripción penal de los discursos de odio contra colectivos discriminados, lo que podría calificar a dicha expresión como calumniosa.

Para la Corte esa expresión, sin más calificativos, constituye una deformación de lo expresado por Nieto, porque nada en la publicación "*Mi video más sincero*" analizado en el programa de "Las Igualadas" permite sostener que Kika Nieto ha realizado un discurso de odio. Por el contrario, lo que se aprecia en el video de Kika Nieto es un ejercicio válido de su libertad de expresión, toda vez que el contenido de su mensaje corresponde a una opinión fundamentada en sus creencias religiosas.

No obstante lo anterior, la Sala Plena de la Corte Constitucional advirtió que la expresión "*Kika Nieto odia a gays y lesbianas*" se acompañó del complemento "*... así diga lo contrario*", el cual hace evidente que se trata de una interpretación del emisor del mensaje, que pretende llamar la atención sobre el hecho de que, a pesar de que Kika Nieto expresamente diga que no odia a gays y lesbianas, a los emisores les parece lo contrario. Y tal distinción, no sin algo de ambigüedad, se puede constatar en la descripción, cuando el canal se remite al mensaje, no a quien lo emite, para decir que el mismo -realidad objetiva-, promueve el odio y la violencia.

De este modo, en atención a la relativa licencia que se considera admisible en los títulos de las notas periodísticas y a la circunstancia de que, en conjunto, no se trata de una afirmación categórica sobre la conducta de Kika Nieto, sino de la invitación a ver un video en el que se analiza su mensaje a partir de la premisa de que el mismo, en criterio de Las Igualadas, puede contribuir a la promoción del odio y la violencia hacia la comunidad LGBTQ, la Corte encontró que no cabe concluir que del título y de la descripción que lo acompaña se puedan derivar expresiones calumniosas contra Kika Nieto.

Así mismo, la Corte estimó que frente a la aludida ambigüedad del título y a la descripción con la que se presenta el video de Las Igualadas, así como frente al contenido del mismo, Kika Nieto tiene la capacidad de expresar su opinión divergente, en un contexto de libertad de

expresión, en el que ese tipo de intercambios se encuentra protegido, y que esa posibilidad es jurídicamente relevante, porque en razón al tamaño de su audiencia, que comprende varios millones de suscriptores, está en la posibilidad de hacer claridad ante sus seguidores, sobre el alcance de sus comentarios.

De conformidad con lo expuesto, la Corte consideró que no cabía conceder el amparo solicitado, y en consecuencia resolvió confirmar el fallo proferido por el Juzgado Séptimo Civil del Circuito de Bogotá.

- **Salvamentos y aclaraciones de voto**

El Magistrado **Carlos Bernal Pulido** se apartó de la decisión de la mayoría de negar el amparo de los derechos fundamentales a la honra y buen nombre invocados por la accionante, por las siguientes razones:

1. El proyecto soslayó que en este caso existía una colisión de derechos fundamentales entre, por una parte, la libertad de expresión de Las Igualadas (art. 20 C.P.) y el derecho al buen nombre (art. 15 C.P.), en conexión con el derecho a no ser molestada por sus creencias religiosas (art. 18 C.P.) y la libertad de culto (art. 19 C.P.) de Erika Nieto.

2. En este escenario, ante la expresión de las opiniones *sub examine* por medio de plataformas digitales, el juez constitucional debe verificar, de un lado, que sea posible ejercer la libertad de expresión sin censura previa y, por otro, que el ejercicio de esta libertad no implique limitaciones del derecho al buen nombre –en conexión con el derecho a no ser molestado por sus creencias y la libertad de culto–.

3. La divulgación de expresiones injuriosas, calumniosas, ofensivas, oprobiosas, denigrantes, falsas o tendenciosas que generen detrimento del buen crédito de una persona o la pérdida de respeto por su imagen, implica una limitación desproporcionada del derecho al buen nombre. Divulgar expresiones semejantes afecta con gran intensidad el derecho al buen nombre, al paso que beneficia de forma exigua la libertad de expresión. Además, siempre es posible comunicar el mismo mensaje de información u opinión sin usar expresiones de ese talante. Por ende, el uso de estas expresiones resulta innecesario.

4. En el caso *sub examine*, el juez constitucional debía llevar a cabo la mencionada ponderación, teniendo en cuenta el contexto y el contenido de las expresiones, tanto de Erika Nieto como de Las Igualadas.

5. En lo que concierne al video de Erika Nieto, el contexto, que la Corte no tuvo en cuenta, se determina por el hecho de que ella pretendía responder la siguiente pregunta: "*¿Qué opinas de la comunidad LGBTQ siendo de una religión cristiana?*". Ese contexto hace que en su caso no solos sea relevante su derecho al buen nombre, sino también su derecho a no ser molestada por sus creencias (art. 18. C.P.) y su libertad de culto. De acuerdo con el artículo 19 de la Constitución, esta libertad comprende su "derecho a profesar libremente su religión y a difundirla".

6. Las expresiones "*Dios creó al hombre y a la mujer*" y "*solo Dios juzga*" son creencias fundadas en la Biblia, y aceptadas por los cultos judío, católico y cristiano, entre otros. Erika Nieto profesa la fe cristiana. Por ello, tiene el derecho fundamental a difundirla y a no ser molestada por hacerlo.

7. Sobre estas expresiones de Erika Nieto versan las expresiones de la periodista de Las Igualadas, publicadas en un video que aparece en un canal de opinión del diario El Espectador.

8. En el video publicado con el título: "*¿Homofóbica?*", aparecen varias expresiones de Las Igualadas que aquí deben ser consideradas. Estas expresiones se enmarcan en un contexto cáustico que caracteriza a estas periodistas.

9. Algunas expresiones podrían calificarse como calumniosas. Por ejemplo, Las Igualadas señalan que Erika Nieto "*odia a los gays (sic) y lesbianas*" y sugieren que ella promueve la discriminación¹. La posible calificación de calumniosas deriva de que, llevar a cabo actos de discriminación en contra de cualquier persona, en razón de su orientación sexual, está prohibido por el derecho a la igualdad (artículo 13 de la Constitución Política). Asimismo, ese

¹ Transcripción del video ¿HOMOFÓBICA? (Sic). "no significa que sus palabras no sigan discriminando" minuto 3:22, "de la discriminación tolerada a la violencia hay un paso" minuto 3:31, "como los ve Nieto como enfermos y anti naturales" minuto 3:50, "nos llegó el momento de acabar con las palabras que discriminan" minuto 4:40".

tipo de conductas discriminatorias están tipificadas como delito².

10. Otras expresiones de Las Igualadas afectan el derecho al buen nombre de Erika Nieto. Este derecho protege su reputación o la imagen que de ella puedan tener los demás miembros de la comunidad³. Asimismo, este derecho asegura la defensa de los individuos frente a expresiones ofensivas, oprobiosas, denigrantes, falsas o tendenciosa. El detrimento de la imagen se produce porque Las Igualadas atribuyen efectos e implicaciones a las expresiones de Erika Nieto que no derivan de estas y que están en tensión con las propias palabras de la accionante, quien quiere ser percibida como alguien que ama a todos por igual. Esto está constitucionalmente prohibido, incluso en el marco de contexto de expresión cáustica como el que caracteriza a Las Igualadas. Entre tales expresiones en encuentran las siguientes: *"intentó aclarar que no es homofóbica (...) pero a la larga terminó generando más discriminación"*; *"esa idea de que las personas gays, lesbianas y trans no son naturales (...) y se resume en esta idea que dio Nieto 'Dios creó al hombre y a la mujer (...)'"*; *"las personas heterosexuales son las normales y las demás deben tolerarse hace muchísimo daño"*; *"lo que dijo es gravísimo, no promueve nada bueno y hace mucho daño"*; *"el que no quepa en ese molde no es natural, va en contra de Dios y por tanto es indeseada, ¿ven lo violento?"*; *"les está diciendo a mucha gente, que eso que ellos son, es enfermizo y que está mal"*; *"los tolero, o sea, los soporto con paciencia porque soy una persona tan pero tan buena que tengo paciencia, y no salgo corriendo a dispararles o a golpearlos o a matarlos"*; *"lo que hacen estos discursos es alimentar el odio en contra de las personas LGTB"*; *"la sociedad los sigue viendo como los ve Nieto, como enfermos o antinaturales"*; *"su opinión es perversa (...) y en un país como el nuestro termina matando gente"* (negrillas propias). Estas expresiones atribuyen a Erika Nieto un discurso discriminatorio y de odio que ella nunca pronunció.

11. Estas expresiones de Las Igualadas vulneran el derecho al buen nombre de Erika Nieto. Asimismo, dado que su respuesta a la pregunta *"¿Qué opinas de la comunidad LGBTQ siendo de una religión cristiana?"* se funda en la divulgación de su religión, también vulneran su derecho a no ser molestada por sus creencias y su libertad de culto.

12. La vulneración de estos dos últimos derechos fundamentales se hace aún más evidente, si se tiene en cuenta, que Las Igualadas señalan que *"discursos como el de Erika Nieto"* generan discriminación, alimentan el odio o son perversos. Las Igualadas se refieren a discursos religiosos basados en creencias bíblicas. Tales discursos religiosos gozan de la protección especial de los artículos 18 y 19 de la Constitución Política.

13. Por estas razones, criterio del Magistrado **Bernal Pulido**, en este caso era procedente el amparo del derecho al buen nombre de Erika Nieto, en conexidad con los derechos a no ser molestado por las creencias y libertad de cultos, frente a las expresiones presuntamente calumniosas, ofensivas y tendenciosas de Las Igualadas.

14. Para evitar una posible revictimización de la accionante, la Corte no debía ordenar la rectificación. Habría bastado con la concesión del amparo, como medida de satisfacción.

Por su parte, el Magistrado **Antonio José Lizarazo Ocampo** manifestó su salvamento de voto, por cuanto, si bien comparte las consideraciones expuestas en la parte motiva de la sentencia SU-355/19, no está de acuerdo con la solución y decisión adoptada.

Señaló que la ponderación que correspondía efectuar la Corte en esta oportunidad, entre la libertad de expresión y opinión y el derecho al buen nombre en tensión, debía tener presente que ninguna libertad o derecho es absoluto y que la primera limitación está en el deber de toda persona de "Respetar los derechos ajenos y no abusar de los propios" (art. 95.1 C.P.). Consideró importante recordar que, de manera específica, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (art. 19), admite restricciones a las libertades de expresión y opinión, entre ellas, las necesarias para "Asegurar el respeto a los derechos y a la reputación de los demás".

Como se reconoce en la misma sentencia, en la crítica realizada en el canal de opinión "Las

² Ley 599 de 2000, artículo 134A. "ACTOS DE DISCRIMINACIÓN. El que arbitrariamente impida, obstruya o restrinja el pleno ejercicio de los derechos de las personas por razón de su (...) sexo u orientación sexual (...) incurrirá en prisión de 12 a 36 meses y multa de 10 a 15 salarios mínimos legales mensuales vigentes".

³ Prueba de la afectación de la imagen y reputación de Erika Nieto, al ser categorizada como "homofóbica", es la cancelación de su vuelo de luna de miel toda vez que la marca no quería ser asociada con la youtuber, tal y como se expresa en la siguiente nota periodística, ampliamente difundida por varios medios de comunicación. "Sin embargo, este comentario sigue repercutiendo en la vida actual de Kika Nieto, ya que le fue negado un vuelo que realizaría con su pareja para celebrar su luna de miel. Según contó la joven, la aerolínea con la cual viajaría, le anunció que se reservaban el derecho a permitirle utilizar su servicio, ya que a la compañía no le pareció buena idea que la youtuber estuviera relacionada con la marca". RCN radio disponible en el siguiente link: <https://www.rcnradio.com/entretenimiento/aerolinea-le-nego-viaje-kika-nieto-por-comentario-homofobico>

igualadas” de El Espectador, a las opiniones expresadas por Kika Nieto, al titular dicho espacio como “*Kika Nieto odia a gays y lesbianas, así diga lo contrario*”, se hizo una interpretación no objetiva que deformó el alcance de su discurso, puesto que era distinto “cuestionar esas expresiones, considerar que el mismo puede generar discriminación y que incluso puede traducirse en violencia” y otra cosa es atribuirle a quien expresa su opinión, sentimientos y actitudes de odio y de rechazo que no corresponden de manera evidente con lo manifestado.

En concepto del Magistrado **Lizarazo Ocampo**, con fundamento en las mismas razones expuestas en la parte considerativa de la sentencia, la Corte ha debido conceder el amparo a los derechos fundamentales de Kika Nieto, de modo que pudiera responder en el mismo canal de opinión a dichos ataques y rectificar la que considera una tergiversación deliberada de sus expresiones hecha por el canal “Las igualadas”, por lo menos, en el título que se le dio a las opiniones emitidas por un medio de comunicación, de manera que se garantizara un equilibrio y la ciudadanía pudiera formarse su propia opinión. En realidad, como lo señala la propia sentencia, nada en la publicación “*Mi video más sincero*” analizado en el programa de “Las Igualadas” permitía sostener que Kika Nieto había realizado un discurso de odio, en la medida en que su mensaje correspondió a una opinión fundada en sus creencias religiosas, utilizando un lenguaje que prescindió de cualquier expresión ofensiva, que incitara al odio o la violencia. Negar la protección de los derechos invocados por la accionante, no fue, en su criterio, la manera adecuada de resolver este tipo de tensiones, más aún, en una sociedad que se esfuerza en ir construyendo un discurso de tolerancia y en donde las estigmatizaciones y señalamientos han llevado en ocasiones a atentados contra la vida.

La Magistrada **Cristina Pardo Schlesinger** manifestó su salvamento de voto a la decisión que niega la tutela a la demandante Erika Nieto, toda vez que considera que:

1. La Sentencia desconoció que la opinión emitida por la ciudadana Mariángela Urbina en el canal *Las igualadas* se construyó sobre una tergiversación literal y grave de lo dicho por la demandante.

El título del video de Mariángela Urbina emitido por el canal de El Espectador *Las igualadas* se titula “*Kika Nieto odia a gays y lesbianas así diga lo contrario*”. En él, la Sra. Urbina analiza un video “*mi video más sincero*” de Kika Nieto y califica varias de sus afirmaciones como discriminatorias e incitadoras a la violencia. Al menos, tres afirmaciones categóricas se desprenden claramente del discurso de *Las igualadas*, pese a que en realidad no tienen ningún sustento en el mensaje emitido por la accionante. La idea expresada por Kika Nieto y atacada por *Las igualadas* es la siguiente:

“Dios nos hizo a todos y creó al hombre y creó a la mujer. Para que el hombre esté con la mujer y la mujer esté con el hombre, y ya. Lo que hayamos hecho después de eso como hombre con hombre y mujer con mujer considero que no está bien, sin embargo, ojo con esto, lo tolero saben, tengo amigos gays, tengo amigas lesbianas, las amo con todo mi corazón y si sé algo y de lo que estoy completamente segura es que Dios es amor. Punto. Y él me llama a mí a que yo ame la gente, punto. Sin juzgarlos, yo no los cree a ellos, si alguien en algún punto de la vida tiene que juzgarte a ti por ser lesbiana o ser gay, no soy yo, es Dios.”

La periodista Urbina en el canal *Las igualadas* sostiene al respecto:

“(…) Les está diciendo a muchas personas que la ven que eso que ellos son es enfermizo y que está mal.”

“cuando la gente golpea a lesbianas, gays, bisexuales y trans en la calle, usualmente se justifican en argumentos parecidos a los de Nieto. Porque lo que hacen estos discursos es alimentar el odio contra las personas LGBT.”

“¡1.000 personas LGBT han sido asesinadas en los últimos 10 años!

Y eso es porque la sociedad los sigue viendo, como los ve Nieto, como enfermos, y antinaturales.”

“ella tiene derecho a dar su opinión, pero nosotras y el resto del mundo tenemos derecho a decirle que su opinión es perversa, (...) y que en un país como el nuestro termina matando gente”.

En resumen, el discurso emitido en el video de *Las igualadas* afirma que Kika Nieto 1) les dice a las personas LGBT que ven su video que son enfermos y antinaturales, 2) que el discurso de Kika Nieto alimenta el odio y la violencia contra las personas LGBT, y 3) que la opinión de Kika Nieto termina incitando al homicidio en Colombia.

La Magistrada **Pardo Schlesinger** observó que ninguna de las tres afirmaciones es cierta. Kika Nieto no llama enfermo (que padece una enfermedad) ni antinatural (que es contrario a lo natural) a nadie y mucho menos justifica o motiva actos de violencia contra personas LGBT. Por el contrario, las ideas principales del discurso emitido por ella son: que va a emitir su opinión y advierte que todos tienen opiniones diversas “*y eso está bien*”. Sostiene que desde

su perspectiva como cristiana opina que decidir conformar parejas de personas del mismo sexo "no esta bien" pero inmediatamente aclara, que lo tolera, que tiene amigos gays y lesbianas, que los ama, que Dios es amor y la llama a amar a la gente y que no es ella quien debe juzgar.⁴ Se trata de un discurso de aceptación y tolerancia totalmente contrario a actos de violencia o rechazo. Es abiertamente tergiversado interpretar este discurso como un argumento que incite a la violencia o que justifique el homicidio.

De esa forma, las afirmaciones realizadas por la periodista Urbina son claramente contrarias a lo dicho por Kika Nieto, no solo configuran una falsedad sino que le atribuyen responsabilidad en actos que constituyen delitos como es la incitación a la discriminación, a la violencia e incluso al homicidio. El hilo argumentativo a partir del cual califica el discurso como "perverso" surge de relacionar los argumentos del mismo con una cifra que anuncian en el video sin ningún soporte, "1.000 personas LGBTI han sido asesinadas en Colombia durante los últimos 10 años", para sostener que las personas que golpean y matan a personas LGBTI usualmente se justifican en el mismo discurso, lo que claramente no tiene ningún asidero pese a que se presenta como una afirmación con visos de información.

En efecto, el lenguaje utilizado por la periodista Urbina de "Las igualadas" es inequívocamente afirmativo. La periodista no explica que estas afirmaciones surjan su opinión personal o la opinión del canal; no manifiesta que le gusta o que no le gusta, o que está de acuerdo o no, ni siquiera señala que lo afirmado es una interpretación posible, ni explica cuál es el sustento a partir del cual concluye que lo dicho por la accionante, aunque sea tan contraevidente, pueda terminar teniendo la significación que ella le da. Por el contrario, todos los argumentos se presentan como afirmaciones, algunas de las cuales se refuerzan con cifras en un tono más periodístico. En el video se afirma categóricamente que el discurso de Kika Nieto "es gravísimo" que tolerar significa "que tengo paciencia pa aguantarme a esa gente, yo no salgo corriendo a dispararles o a golpearlos" y se relaciona la opinión emitida por la demandante con un número de personas asesinadas en Colombia, atribuyendo a "esa clase de discursos" la responsabilidad por dichos homicidios.

Al respecto, el proyecto de sentencia presentado y aprobado en la Sala Plena sostiene, de forma contraevidente, que en el video de *Las igualadas* "no se le atribuye a Kika Nieto la pretensión de promover el odio o la violencia contra la comunidad LGBT(...) pero se advierte que su discurso, independientemente de la intencionalidad de quien lo emite, sí tiene esa connotación". Es decir que la Corte Constitucional sostiene que *Las igualadas* hacen una diferenciación entre la persona de Kika Nieto y su discurso, atribuyendo exclusivamente a este último la característica de promover el odio y la violencia contra las personas LGBT.

Pero dicha distinción nunca existió realmente en el mensaje de *Las igualadas*. En dicho video se le atribuye a Nieto "ver" a las personas homosexuales como "enfermos y antinaturales", y la acusan de que "su opinión es perversa, (...) y que en un país como el nuestro termina matando gente". La perversidad según la RAE implica o denota *que se obra con maldad, conscientemente o disfrutando de ello*. Las palabras tienen un significado propio, y cuando un periodista profesional las expresa, a través de un medio profesional masivo de comunicación, se da por hecho que conoce su significado y las usa correctamente y se hace responsable de su contenido.

Evidentemente, sostener, sin ningún sustento fáctico, que alguien actúa con perversidad emitiendo opiniones que terminan matando gente, lejos de ser una opinión personal protegida por el derecho a la libertad de expresión es claramente, una afirmación periodística, emitida por un medio masivo de comunicación, por una periodista profesional, en el que se hacen afirmaciones inequívocas que atribuyen afirmaciones falsas y que atentan contra el buen nombre de una persona, al atribuirle difundir mensajes de odio.

A juicio de la Magistrada **Pardo Schlesinger**, la Corte Constitucional debió haber realizado un examen objetivo y serio del discurso emitido y no simplemente hacer una lectura rápida y generalizada de la situación para concluir que el discurso de *Las igualadas* está protegido por la libertad de expresión pues se trata de una opinión "que puede compartirse o no, pero lo cierto es que no hace falsas imputaciones".

⁴ "ojo con esto, lo tolero saben, tengo amigos gay, tengo amigas lesbianas, las amo con todo mi corazón y si se algo y de lo que estoy completamente segura es que Dios es amor. Punto. Y él me llama a mí a que yo ame la gente, punto. Sin juzgarlos, yo no los cree a ellos, si alguien en algún punto de la vida tiene que juzgarte a ti por ser lesbiana o ser gay, no soy yo, es Dios."

2. El mensaje emitido por Kika Nieto estaba enmarcado en la libertad de pensamiento y opinión desde la perspectiva de la libertad religiosa, y el mensaje emitido por la demandada, Mariángela Urbina de *Las igualadas*, es un ataque personal fundado en dicha expresión de la libertad religiosa, que además, califica la opinión cristiana como el argumento que justifica la violencia y el homicidio de las personas LGBT en Colombia.

La dura crítica realizada por parte de la periodista de *Las igualadas* descontextualiza el análisis del discurso evitando explicar que la opinión emitida por Kika Nieto tiene fundamento en sus creencias religiosas. En efecto, la pregunta que responde Kika Nieto en su video es: "*Kika ¿qué opinas de la comunidad LGBTQ siendo de una religión cristiana?*". Por lo tanto, la respuesta es claramente una expresión en ejercicio de la libertad religiosa y la libertad de opinión, expresamente solicitada por el interlocutor e inequívocamente emitida dentro del marco de protección que otorgan los artículos 18 y 19 de la Constitución.

La Magistrada **Pardo Schlesinger** puso de presente que la Corte Constitucional en la sentencia de la cual se aparta, en el acápite de consideraciones se refirió a los "*Discursos especialmente protegidos por la libertad de expresión*" y en dicho numeral recordó que en la Sentencia SU-626 de 2015 la Corte sostuvo: "*La libertad reconocida en el artículo 19 de la Carta implica también la posibilidad de difundir, propagar y enseñar de manera individual o colectiva el sistema de creencias. (...) La libertad de difundir una fe o creencia supone la posibilidad de hacer conocer a otros su doctrina*" e incluso afirmó la Corte que "*las personas son titulares del derecho a expresar por cualquier medio las razones que demuestran la virtud de sus creencias, así como controvertir o criticar las expuestas por otros*".

Sin embargo, a la hora de analizar y resolver el asunto sometido a su consideración, no hizo ningún análisis respecto de las implicaciones que el video emitido por el canal de El Espectador *Las igualadas* podría tener bajo el esquema de la protección constitucional de la libertad religiosa de Kika Nieto y de las personas que comparten el mismo sistema de creencias en Colombia.

De manera concreta, el artículo 18 de la Constitución Política establece que "*nadie será molestado por razón de sus convicciones o creencias (...)*". Tal norma constitucional consagra así una inmunidad de coacción a favor de la libertad religiosa, que proscribe la violencia de cualquier tipo, incluida la verbal, en contra de una persona en razón de sus creencias. Violencias de este tipo han llevado a las sociedades humanas, aun las más civilizadas, a la exclusión de grupos humanos y a la justificación de su holocausto, como sucedió con la nación judía en tiempos no tan lejanos. Hoy en día, la intolerancia religiosa sigue siendo fuente de persecución y violencia contra grupos humanos a gran escala en distintos lugares del mundo y, desafortunadamente, algunas organizaciones no gubernamentales empiezan a enlistar a Colombia como el único país de Suramérica en el que hay alerta de persecución por razones religiosas.⁵

La gravedad de las afirmaciones realizadas por la Sra. Urbina en *Las igualadas* radica en que el discurso que ataca en su video es la opinión personal de Kika Nieto emitida desde su perspectiva religiosa, básicamente desde el marco de su sistema de creencias. En dicho discurso, en que expresó amor y tolerancia, la forma en que describió su percepción de la conformación de parejas es la misma que está descrita en su religión. Por lo tanto, el ataque realizado contra el discurso de Kika Nieto, respecto de que Dios creo al hombre y a la mujer para que constituyeran parejas heterosexuales y que la decisión de conformar parejas de personas del mismo sexo "*no está bien*" según la religión, pero se tolera la decisión y se ama a quienes así lo hagan, es una idea que surge del sistema de creencias de la religión cristiana y que es compartido por millones de personas en Colombia.

Para la Magistrada **Pardo Schlesinger**, calificar que "*esas son las mismas ideas que siguen moviendo a muchos a usar la violencia física*" (...) "*Cuando la gente golpea a lesbianas, gays, bisexuales y trans en la calle, usualmente se justifica en argumentos parecidos a los de Nieto*" a sabiendas de que la opinión emitida por Kika corresponde a su religión, es igual que decir que las ideas cristianas son la razón o la justificación para usar la violencia contra las personas de orientación sexual diversa.

⁵ En el listado de 50 países con alertas de persecución religiosa "lista mundial de la persecución 2019" Colombia aparece en el número 57, siendo el único en Latinoamérica y el segundo en el hemisferio occidental luego de México. Disponible en: <https://www.puertasabiertas.org/uploads/pdf/file/9/LMP2019-libro-descargaweb.pdf>

El discurso así emitido no solo es falso, sino evidentemente discriminatorio. Atenta frontalmente contra quienes tienen una religión y tiene la clara intención de obstaculizar el mensaje religioso calificándolo como discriminatorio y violento.

La Corte Constitucional omitió realizar una valoración del mensaje demandado a la luz del derecho a la libertad religiosa y de la libertad de opinión, que no solo estuvieron en juego sino que fueron claramente afectadas y no solo a la accionada, sino a todos aquellos que piensan de igual forma y que con el video de *Las igualadas* se verán aterrorizados para expresar sus ideas bajo el riesgo de ser vapuleados por un medio profesional y masivo de comunicación y por un canal de temas de género que califica la interpretación de tolerancia del cristianismo como un discurso de odio contra las personas LGBTI.

3. El discurso de *Las Igualadas* constituye un discurso de rechazo y violencia que tuvo efectos concretos, y el papel de la Corte es promover la paz.

En efecto, la accionante acudió a la vía de tutela porque su buen nombre fue atacado por el canal de El Espectador y, en consecuencia, en razón de la gravedad de las afirmaciones, tuvo repercusiones graves en su buen nombre que se transformaron en actos de seguidores que respondieron de forma violenta (verbal) ante la discusión e incluso, según ella misma argumentó, una aerolínea le negó unos tiquetes por ser "*homofóbica*". Posterior a la presentación de la acción de tutela, *Las igualadas* respondieron sumando a su acusación de homofóbica la de pretender censurarlas y para ello utilizaron un titular que volvió tendencia #YoutubersSinCensura, motivando a cientos de personas a rechazar a Kika Nieto por su supuesta homofobia y su intención de censura.

En concepto de la Magistrada **Pardo Schlesinger**, el discurso emitido por *Las igualadas* no es un discurso que promueva el diálogo o propenda por construir consenso, sino que se convierte en una tergiversación de la opinión personal surgida en el sistema de creencias religiosas, con el fin de descalificar sus creencias y tildarlas de discurso de odio, incitador de violencia y causante de muertes de las personas LGBT.

Poco tiempo después de la publicación del video del canal perteneciente a El Espectador, otros medios virtuales empezaron a publicar opiniones que concretaban la interpretación hecha por *Las igualadas*. Así, en el sitio de internet "*Las dos orillas*" que publica diferentes opiniones,⁶ se publicó la columna: "*La homofobia en la iglesia cristiana. El caso de Kika Nieto*".⁷

La Corte Constitucional, en su rol de garante de los derechos fundamentales a la libertad de opinión, de religión, de conciencia y de expresión, no puede pretender que los discursos que fomentan la exclusión contra sistemas de creencias pacíficos como la religión cristiana se conviertan en objetos de protección constitucional.

La Magistrada observó que desafortunadamente en la sentencia de la cual se aparta, se decidió transcribir una de las intervenciones de una audiencia pública realizada para el trámite de otro expediente en la Corte Constitucional en la que se afirma que "*lo que protege la libertad de expresión es la ofensa (...)*". Para la Magistrada que suscribe este salvamento, una cosa es entender que los ciudadanos tengan derecho a verter opiniones fuertes frente al poder y la política, pero otra completamente diferente es pensar que la libertad de expresión pueda servir de escudo para defender ataques personales contra el buen nombre y la honra de una persona, y que bajo dicho escudo, la Corte deba proteger los discursos ofensivos, injuriosos y aún las calumnias que se convierten en formas de violencia verbal, y que alientan el odio e impulsan otros tipos de violencia en total detrimento del derecho a la paz.

Para la Magistrada **Pardo Shlesinger**, tampoco es sostenible el argumento de que solo el discurso que atenta contra grupos minoritarios debe ser rechazado, porque siguiendo esta línea se termina permitiendo que criterios sospechosos de discriminación -como la religión- sean utilizados para falsas acusaciones como fundamento de diferenciaciones restrictivas y excluyentes, y bajo la excusa de que son creencias mayoritarias, sin que los afectados tengan derecho a ser protegidos.

Internet tiene la capacidad de influenciar y afectar profundamente las identidades grupales, particularmente por la inclusión o exclusión social a que dan lugar y por ello, especialmente

⁶ En el mismo medio se publicó la columna: "Kika Nieto versus Las Igualadas, una pelea más allá de YouTube: Quienes dicen defender otros puntos de vista y se jactan de ser de mente abierta se prestaron para hacerle bullying a la influencer cristiana por sus creencias." Disponible en: <https://www.las2orillas.co/kika-nieto-versus-las-igualadas/>

⁷ Consultado en: <https://www.las2orillas.co/la-homofobia-en-la-iglesia-cristiana-el-caso-de-kika-nieto/>

tratándose de medios profesionales de periodismo, la responsabilidad sobre el discurso es mayor. La Corte Constitucional desaprovechó una importante oportunidad para establecer los lineamientos de un marco de la libertad de expresión en internet frente a discursos que incitan a la exclusión y a la violencia, especialmente cuando el destinatario de dicho discurso está enmarcado en el ejercicio de la libertad de religión.

4. Finalmente, el magistrado ponente en el asunto no se preocupó por garantizar que las intervenciones en el proceso fueran pluralistas y equilibradas.

Por último, la Magistrada **Pardo Schlesinger** observó que el proyecto de sentencia presentado a la Sala Plena de la Corporación trajo a colación una larga serie de intervenciones, todas ellas relacionadas con la actividad ejercida por el medio al que se vincula el canal *Las Igualadas* y por las organizaciones que lo respaldan, con clara inclinación por defender su postura. Pese a que, como el mismo proyecto de sentencia aprobado por la Sala Plena lo indica, estaba en juego el buen nombre y la libertad religiosa de la accionante, no se invitó a ninguna entidad experta en temas de libertad religiosa, en discriminación con base en la religión, en la dimensión del buen nombre y la honra y su protección frente a medios digitales.

Así, y pese a la falta de legitimación de los intervinientes en el proceso, se recibieron una serie de escritos sin garantizar un verdadero debate pluralista y sin permitir que hubiese un equilibrio argumentativo que permitiera, no solo a la Sala Plena de la Corporación, sino a todos los ciudadanos que hagan lectura de la sentencia, una visión integral del debate y de los derechos en pugna.

La Magistrada **Diana Fajardo Rivera** y los Magistrados **Alejandro Linares Cantillo** y **José Fernando Reyes Cuartas** se reservaron la posibilidad de presentar aclaraciones de voto en relación con las consideraciones en que se fundamentó la sentencia SU-355/19.

EL INCUMPLIMIENTO DE LOS REQUISITOS QUE SE EXIGEN DE UN CARGO DE INCONSTITUCIONALIDAD POR OMISIÓN LEGISLATIVA RELATIVA, NO LE PERMITIÓ A LA CORTE EMITIR UNA DECISIÓN DE FONDO RESPECTO DE NO INCLUIR EN LA EXONERACIÓN DEL SERVICIO MILITAR OBLIGATORIO A LOS HOMBRES TRANSGÉNERO

II. EXPEDIENTE D-12802 - SENTENCIA C-356/19 (agosto 6)
M.P. Diana Fajardo Rivera

1. Norma acusada

LEY 1861 DE 2017
(agosto 4)

Por la cual se reglamenta el servicio de reclutamiento, control de reservas y la movilización

ARTÍCULO 12. CAUSALES DE EXONERACIÓN DEL SERVICIO MILITAR OBLIGATORIO. Están exonerados de prestar el servicio militar obligatorio, cuando hayan alcanzado la mayoría de edad en los siguientes casos:

- a) El hijo único, hombre o mujer;
- b) El huérfano de padre o madre que atienda con su trabajo a la subsistencia de sus hermanos incapaces de ganarse el sustento;
- c) El hijo de padres incapacitados para trabajar o mayores de 60 años, cuando estos carezcan de renta, pensión o medios de subsistencia, siempre que dicho hijo vele por ellos;
- d) El hermano o hijo de quien haya muerto o adquirido una inhabilidad absoluta y permanente en combate, en actos del servicio o como consecuencia del mismo, durante la prestación del servicio militar obligatorio, a menos que, siendo apto, voluntariamente quiera prestarlo;
- e) Los hijos de oficiales, suboficiales, soldados e infantes de Marina profesionales, agentes, nivel ejecutivo y de la Fuerza Pública que hayan fallecido, o que los organismos y autoridades médico-laborales militar o de policía hayan declarado su invalidez, en combate o en actos del servicio y por causas inherentes al mismo, a menos que, siendo aptos, voluntariamente quieran prestarlo;
- f) Los clérigos y religiosos de acuerdo a los convenios concordatarios vigentes. Asimismo, los similares jerárquicos de otras religiones o iglesias dedicados permanentemente a su culto;
- g) Los casados que hagan vida conyugal;
- h) Quienes acrediten la existencia de unión marital de hecho legalmente declarada;

- i) Las personas en situación de discapacidad física, psíquica, o sensorial permanente;
- j) Los indígenas que acrediten su integridad cultural, social y económica a través de certificación expedida por el Ministerio del Interior;

k) Los varones colombianos que después de su inscripción hayan dejado de tener el componente de sexo masculino en su registro civil;

- l) Las víctimas del conflicto armado que se encuentren inscritas en el Registro Único de Víctimas (RUV);
- m) Los ciudadanos incluidos en el programa de protección a víctimas y testigos de la Fiscalía General de la Nación;
- n) Los ciudadanos objetores de conciencia;
- o) Los ciudadanos desmovilizados, previa acreditación de la Agencia Colombiana para la Reintegración;
- p) El padre de familia.

PARÁGRAFO 1o. Los ciudadanos adelantarán el trámite de reconocimiento de su objeción de conciencia, a través de la comisión interdisciplinaria creada para tal fin.

PARÁGRAFO 2o. Las personas que se encuentren en una causal de exoneración podrán prestar el servicio militar cuando así lo decidan voluntaria y autónomamente.

2. Decisión

Declararse **INHIBIDA** de emitir pronunciamiento de fondo sobre la constitucionalidad del literal k) del artículo 12 de la Ley 1816 de 2017, "Por la cual se reglamenta el servicio de reclutamiento, control de reservas y la movilización."

3. Síntesis de los fundamentos

La Sala Plena concluyó que la demanda no era apta para un pronunciamiento de fondo. Revisados los requisitos del concepto de la violación, se advirtió que la demanda no cumplía con las condiciones de claridad, certeza y especificidad para estructurar un cargo por omisión legislativa relativa.

De una parte, la Sala advirtió que en las pretensiones de la demanda era contradictorio solicitar de forma principal la inconstitucionalidad del literal k) del artículo 12 de Ley 1861 de 2017, para luego formular un cargo único por omisión legislativa relativa.

De otra parte, la *certeza*, porque la demandante desconoció el alcance jurisprudencial de las categorías hombre y mujer respecto al servicio militar obligatorio. Así, recordó la Corte que las mujeres transgénero, para efectos de definir la situación militar, son destinatarias de un trato similar al previsto para la mujer cisgénero y, por lo tanto, no *deben* prestar el servicio militar obligatorio ni hacer los trámites para la obtención de libreta militar, mientras los hombres transgénero deben definir su situación militar. Entonces la comprensión de la demanda del literal k) del artículo 12 de la Ley 1861 de 2017 debió ajustarse a una lectura integral de las causales de exoneración, así como de la jurisprudencia constitucional en la materia.

Finalmente, la Sala tampoco encontró acreditado el requisito de *especificidad* por cuanto las razones presentadas por la demanda no indicaron con precisión por qué desconocía el principio de razón suficiente, en violación del derecho a la igualdad, cuando el Legislador exonera de la prestación del servicio militar obligatorio a los "*varones colombianos que después de su inscripción hayan dejado de tener el componente de sexo masculino en el registro civil*" pero no da igual tratamiento a "*las mujeres que colombianas que después de la inscripción hayan dejado de tener el componente de sexo femenino en el registro civil*".

4. Aclaración de voto

La Magistrada **Diana Fajardo Rivera** acompañó la decisión de la Sala Plena de proferir un fallo inhibitorio en este proceso, pues la demanda presentada no cumplió los requisitos para fijar un problema constitucional. Sin embargo, aclaró su voto para destacar que algunas intervenciones presentadas en el trámite plantearon tensiones constitucionales sobre la forma como el Legislador reguló la prestación del servicio militar y la obligación de gestionar la libreta militar de la población transgénero.

Estas tensiones, sin embargo, no podían ser estudiadas por la Corte porque no surgieron de lo expuesto por la ciudadana demandante, sino, se reitera, de lo considerado por algunos intervinientes. La Magistrada destacó que el escrito de demanda es muy importante en procesos de constitucionalidad, pues da inicio a un proceso participativo; porque delimita y orienta la discusión; y porque preserva el principio democrático que se refleja en las decisiones del Legislador.

En este caso, dado que las referidas tensiones no se expusieron en la demanda, las instituciones involucradas y la sociedad en general no tuvieron la oportunidad de aportar sus elementos de juicio y, por lo tanto, una decisión de fondo desconocería la etapa de construcción de un diálogo constitucional sobre la regulación adecuada de las identidades en tránsito, esto es, del derecho a la identidad de género.

LA ENAJENACIÓN TEMPRANA DE BIENES SUJETOS A MEDIDAS CAUTELARES BAJO LA ADMINISTRACIÓN DEL FONDO PARA LA REHABILITACIÓN, INVERSIÓN SOCIAL Y LUCHA CONTRA EL CRIMEN ORGANIZADO (FRISCO) Y EN PROCESO DE EXTINCIÓN DEL DOMINIO, CONSTITUYE UNA MEDIDA RAZONABLE, PROPORCIONADA Y NECESARIA, QUE CUMPLE UNA FINALIDAD LEGÍTIMA E IMPERIOSA

III. EXPEDIENTE D-13024 - SENTENCIA C-357/19 (agosto 6)
M.P. Alberto Rojas Ríos

1. Norma acusada

LEY 1849 DE 2017
(julio 19)

Por medio de la cual se modifica y adiciona la Ley 1708 de 2014 "Código de Extinción de Dominio" y se dictan otras disposiciones

ARTÍCULO 24. Modifíquese el artículo 93 de la Ley 1708 de 2014, el cual quedará así:

"Artículo 93. *Enajenación temprana, chatarrización, demolición y destrucción.* El administrador del Frisco, previa aprobación de un Comité conformado por un representante de la Presidencia de la República, un representante del Ministerio de Hacienda y Crédito Público y un representante del Ministerio de Justicia y del Derecho y la Sociedad de Activos Especiales SAS en su calidad de Secretaría Técnica, deberá **enajenar**, destruir, demoler o chatarrizar **tempranamente** los bienes **con medidas cautelares dentro del proceso de extinción de dominio** cuando se presente alguna de las siguientes circunstancias:

1. Sea necesario u obligatorio dada su naturaleza.
2. Representen un peligro para el medio ambiente.
3. Amenacen ruina, pérdida o deterioro.
4. Su administración o custodia ocasionen, de acuerdo con un análisis de costo-beneficio, perjuicios o gastos desproporcionados a su valor o administración.
5. Muebles sujetos a registro, de género, fungibles, consumibles, perecederos o los semovientes.
6. Los que sean materia de expropiación por utilidad pública, o servidumbre.
7. Aquellos bienes cuya ubicación geográfica o condiciones de seguridad implique la imposibilidad de su administración.

La enajenación se realizará mediante subasta pública o sobre cerrado, directamente o a través de terceras personas, observando los principios del artículo 209 de la Constitución Política.

Los dineros producto de la enajenación temprana y de los recursos que generen los bienes productivos en proceso de extinción de dominio, ingresarán al Frisco y se destinarán bajo los lineamientos del artículo 91 de la presente ley. Para efectos de la aplicación del presente artículo el administrador del Frisco constituirá una reserva técnica del treinta por ciento (30%) con los dineros producto de la enajenación temprana y los recursos que generan los bienes productivos en proceso de extinción de dominio, destinada a cumplir las órdenes judiciales de devolución de los bienes, tanto de los afectados actualmente como de los que se llegaren a afectar en procesos de extinción de dominio.

En todos los eventos una vez el bien sea **enajenado**, chatarrizado, demolido o destruido, el administrador del Frisco deberá informar a la autoridad judicial que conoce del proceso de extinción de dominio. En la chatarrización o destrucción de bienes automotores, motonaves, aeronaves, será procedente la cancelación de la matrícula respectiva, sin los requisitos del pago de obligaciones tributarias de carácter nacional, revisión técnico-mecánica, seguro obligatorio, y sin que el bien llegue por sus propios medios a la desintegradora. Deberá dejarse un archivo

fotográfico y fílmico del bien a destruir donde se deje evidencia sobre las razones por las que se ordenó la destrucción o chatarrización.

En la destrucción de sustancias controladas, las autoridades ambientales serán las responsables de realizar el control preventivo y concomitante, con el fin de preservar el medio ambiente sano, atendiendo al plan de manejo ambiental.

El administrador del Frisco podrá transferir el dominio a título de donación de los bienes perecederos a una entidad pública. En el evento de ordenarse la devolución el administrador del Frisco efectuará una valoración y se pagará con cargo al Frisco”.

2. Decisión

Primero. Declarar **EXEQUIBLES** las expresiones "*enajenar*", "*tempranamente*", "*con medidas cautelares dentro del proceso de extinción de dominio*" y "*enajenado*", previstas en los incisos primero y quinto del artículo 93 de la Ley 1708 de 2014, tal y como fue modificado por el artículo 24 de la Ley 1849 de 2017, por los cargos estudiados en esta providencia.

Segundo. Declararse **INHIBIDA** para emitir un pronunciamiento de fondo acerca de la constitucionalidad de los incisos tercero y cuarto del artículo 93 de la Ley 1708 de 2014 y tal y como fue modificado por el artículo 24 de la Ley 1849 de 2017, por ineptitud sustantiva de la demanda.

3. Síntesis de los fundamentos

La Corte Constitucional resolvió los cargos por inconstitucionalidad formulados contra el artículo 24 de la Ley 1849 de 2017, que modificó el artículo 93 de la Ley 1708 de 2014, "*Por medio de la cual se expide el Código de Extinción de Dominio*" por infracción de los artículos 29, 34 y 58 de la Constitución, fundados en que la enajenación temprana de bienes que tiene bajo su administración el Fondo para la Rehabilitación, Inversión Social y Lucha contra el Crimen Organizado –Frisco-, producto de una medida cautelar, desconocería los derechos de propiedad y debido proceso, así como el régimen constitucional de la extinción de dominio, porque, a su juicio, la norma suprime la propiedad de esos bienes, sin que haya concluido el proceso con sentencia definitiva.

De manera previa, la Sala Plena decidió no pronunciarse sobre el mérito de los cargos por violación de los artículos 29, 34 y 58 de la Constitución Política formulados contra los incisos 3° y 4° del reseñado artículo 24 de la Ley 1849 de 2017, en tanto consideró que incumplieron los requisitos fijados por la jurisprudencia para emitir una sentencia de fondo.

Los preceptos demandados conforman una hipótesis normativa que fue avalada por la Corte Constitucional en la Sentencia C-539 de 1997. La ley implementó medidas para reducir el nivel de interferencia que padecen los derechos a la propiedad y al debido proceso, a saber: i) la autorización judicial indirecta de la enajenación, representada en las medidas cautelares, que tienen un control integral por parte del juez de extinción de dominio; ii) la existencia de causales legales de activación de la medida de venta anticipada, hipótesis que son de interpretación restrictiva y de aplicación rigurosa; iii) la enajenación se encuentra sujeta a la autorización de un Comité conformado por un representante de la Presidencia de la República, un representante del Ministerio de Hacienda y Crédito Público y un representante del Ministerio de Justicia y del Derecho y la Sociedad de Activos Especiales SAS, el cual fundamenta su decisión en un concepto técnico de costo-beneficio; y iv) la compensación monetaria actualizada que a manera de subrogado patrimonial se paga por haber enajenado de manera temprana los bienes antes de la sentencia, lo que constituye una protección patrimonial del derecho de dominio afectado ante la no demostración de la ilegitimidad del título.

La Sala constató que la enajenación temprana fundada en medida cautelar antes de que exista sentencia, es una medida razonable y proporcional, porque cumple con un fin legítimo y relevante, que en el caso analizado consiste en asegurar la protección del patrimonio público, la eficiencia y eficacia administrativa, así como lograr la vigencia del principio de justicia.

La medida dispuesta por el legislador es conducente, por cuanto transferir el derecho de dominio sobre los bienes objeto de las medidas cautelares previstas en los artículos 20 y 24 de la Ley 1849 de 2017 evitan el desgaste en que incurre la administración en el mantenimiento de los bienes que tendría bajo su custodia. Así mismo es necesaria, toda vez que es la alternativa menos lesiva para los derechos a la propiedad y al debido proceso que a la par garantiza el fin pretendido por la norma y reafirma los principios que éste procura asegurar - protección al patrimonio público y los principios de eficacia así como eficiencia de la

administración y de justicia- con la autorización indirecta de la enajenación. El legislador ha probado ese sistema de gestión de bienes a lo largo de 20 años -desde la Ley 333 de 1996- y ha ido ajustando su alcance para aumentar su eficacia.

Por último, la enajenación temprana tampoco desconoce la presunción de inocencia y la naturaleza de la acción de extinción de dominio, en razón de que no implica declarar ilegítimo el título. En realidad, es una forma de administrar los bienes sujetos a medidas cautelares que tiene en cuenta el derecho de propiedad, al reconocer una compensación monetaria por la venta del bien, como se ha indicado, cuando el interesado obtiene una sentencia favorable, lo que se traduce en una protección patrimonial del derecho de dominio. Se trata una medida proporcional y razonable que tiene en cuenta los principios en colisión, de un lado, los principios de justicia, de eficacia y de eficiencia de la administración, así como la protección del patrimonio público; de otro lado, los derechos de propiedad y del debido proceso.

4. Salvamento de voto

El Magistrado **Antonio José Lizarazo Ocampo** se apartó de la decisión mayoritaria de exequibilidad de la medida de enajenación temprana de bienes sometidos a medidas cautelares dentro del proceso de extinción del dominio, toda vez que, en su concepto, se trata de una medida desproporcionada que vulnera el derecho de propiedad y el debido proceso del titular del bien, cuyo origen ilícito aún no ha sido demostrado y declarado en el proceso. Razones de eficiencia administrativa no justifican, en su criterio la pérdida de la propiedad, cuya garantía está vigente mientras no se pruebe la ilegitimidad del título de dominio.

A su juicio, mientras no se haya dictado sentencia en la que se declare la extinción del dominio de un bien, el derecho de propiedad de quien es titular está amparado por el principio de buena fe y su pérdida solo puede producirse cuando el Estado demuestre ante un juez y con la plenitud de las garantías procesales, que la adquisición del bien fue ilícita o que, aun siendo ajeno al acto ilícito, obró con dolo o culpa grave. La pérdida irremediable de la propiedad cuando aún no se ha proferido una sentencia que declare la extinción del dominio, desconoce abiertamente dicha garantía constitucional, vulneración que no puede justificarse con el reconocimiento de una compensación, más grave aún, cuando la sentencia resulte favorable al propietario.

LA DEROGACIÓN DE LA NORMA DEMANDADA CONDUJO A UN FALLO INHIBITORIO ANTE LA CARENCIA ACTUAL DE OBJETO SOBRE EL CUAL PRONUNCIARSE

IV. EXPEDIENTE D-12904 - SENTENCIA C-358/19 (agosto 6) M.P. Gloria Stella Ortiz Delgado

1. Norma acusada

LEY 1882 DE 2018 (enero 16)

Por la cual se adicionan, modifican y dictan disposiciones orientadas a fortalecer la contratación pública en Colombia, la Ley de Infraestructura y se dictan otras disposiciones.

Artículo 16. Modifíquese los numerales 6 y 7 del artículo 27⁸ de la Ley 1508 de 2012, los cuales quedarán así.

6. No se podrá celebrar este tipo de contratos durante el último año de gobierno **salvo que sean celebrados por el Distrito Capital, los distritos y municipios de categoría especial que sean capitales de departamento y los departamentos de categoría especial y/o sus entidades descentralizadas.**

7. Las vigencias futuras que se expidan deberán cumplir las normas vigentes que regulan la materia y los parámetros previstos en el presente artículo. **En cualquier caso, cuando las vigencias futuras correspondan a proyectos de Asociación Público Privada a cargo del Distrito Capital, de los distritos y municipios de categoría especial que sean capitales de departamento y de los departamentos de categoría especial, y/o sus entidades descentralizadas, estas podrán ser aprobadas en el último año de gobierno y hasta por el plazo de duración del proyecto respectivo, sin perjuicio del cumplimiento de los trámites y**

⁸ Ley 1508 de 2012. Artículo 27. Requisitos para proyectos de asociación público privada que requieren desembolsos de recursos públicos en entidades territoriales. En las entidades territoriales el desarrollo de este tipo de proyectos se regirá, además, por las siguientes reglas: (...).

requisitos dispuestos en este artículo, incluyendo lo relacionado con la aprobación previa de riesgos y pasivos contingentes ante el Ministerio de Hacienda y Crédito Público.

2. Decisión

Declararse **INHIBIDA** de emitir pronunciamiento sobre la constitucionalidad del artículo 16 (parcial) de la Ley 1882 de 2018, que modificó los incisos 6° y 7° del artículo 27 de la Ley 1508 de 2012, por no encontrarse vigente ni estar produciendo efectos jurídicos.

3. Síntesis de los fundamentos

La Sala Plena estudió la demanda presentada contra el artículo 16 (parcial) de la Ley 1882 de 2018, por desconocimiento del voto programático consagrado en el artículo 259 de la Constitución Política. Para el actor, la norma impedía la ejecución plena del siguiente programa de gobierno municipal o departamental, en tanto se autorizaba a algunas entidades territoriales a celebrar contratos para el desarrollo de proyectos de Asociación Público-Privada (APP) y destinar vigencias futuras para este propósito en el último año de gobierno.

Como cuestión previa, la Sala analizó si la disposición parcialmente demandada se encontraba vigente y producía efectos jurídicos al momento de decidirse sobre su constitucionalidad, dado que, durante el trámite de la acción pública, se expidió la Ley 1955 de 2019 que modificó los numerales 6° y 7° de la Ley 1508 de 2012.

Tras analizar la importancia de determinar la vigencia y producción de efectos jurídicos de las normas sometidas a su conocimiento, la Corte Constitucional concluyó que la modificación del artículo 27 de la Ley 1508 de 2012, efectuada por el artículo 113 de la Ley 1955 de 2019, produjo la derogatoria de la disposición parcialmente demandada, que establecía un régimen de prohibición de la celebración de contratos para el desarrollo de proyectos APP durante el último año de gobierno de los entes territoriales. En contraste, la norma derogatoria contempla una autorización para este tipo de negocios jurídicos, de modo que se pueden celebrar en cualquier etapa del período de los alcaldes y gobernadores, sin importar la categoría de la entidad territorial.

Por consiguiente, la Sala advirtió que se produjo una carencia actual de objeto que implica la inhibición para pronunciarse sobre la constitucionalidad de la norma demandada, en razón de su derogatoria. Esta sentencia ya se encuentra firmada y disponible para su consulta.

4. Aclaración de voto

El Magistrado **Antonio José Lizarazo Ocampo** presentará una aclaración de voto en relación con la viabilidad de haber efectuado en esta oportunidad la integración normativa con la disposición legal que deroga el precepto demandado, y así poder emitir un pronunciamiento sobre la constitucionalidad de la nueva norma.

GLORIA STELLA ORTIZ DELGADO
Presidenta

