

Libertad de expresión, redes sociales y derecho penal. Estudio del caso Nicolás Castro**

“Lo que hace a una persona partícipe de una sociedad es la posibilidad de manifestarse, y si uno tiene que guardar silencio pues desaparece”.

NICOLÁS CASTRO

“Si la justificación para la supresión de derechos y garantías es la seguridad de los ciudadanos frente a los enemigos, ¿cuál será la justificación de mañana?”.

GÜNTHER JAKOBS

SUMARIO

Introducción. I. Libertad de expresión en la CADH y en el contexto de las redes sociales. A. Las redes sociales como espacios normativamente prefigurados. B. La relación asimétrica de poder entre quien ejerce la libertad y quien se ve afectado por ella. C. La forma y el contenido de lo expresado. II. El sistema de responsabilidades ulteriores de carácter penal de la CADH. Requisitos de proporcionalidad. A. El empleo de un régimen de responsabilidades ulteriores de carácter penal (es desproporcional pues) funciona como un incentivo a la autocensura. B. Alternativa al régimen de responsabilidades ulteriores de carácter penal: la autorregulación. III. Persecución penal de la libertad de expresión. La doctrina del derecho penal del enemigo. A. Indicios de aplicación del derecho penal del enemigo en este caso. 1. Perspectiva ideológica. 2. Perspectiva procesal. 3. Perspectiva sustantiva. 4. Incompatibilidad con la CADH. Conclusiones.

* Este artículo es la memoria final del trabajo de la línea de investigación sobre libertad de expresión de la Universidad Externado de Colombia, adelantado durante el primer semestre de 2010. El grupo estuvo integrado por las y los estudiantes de la Facultad de Derecho: DANIELA AGUILAR, MARÍA CAMILA GALVIS, SARAH CAROLINA OSMA, ADRIANA VILORIA e IVÁN OTERO, por los docentes del Departamento de Derecho Constitucional JORGE ERNESTO ROA y JUAN CARLOS UPEGUI. Magister en Derecho de la Universidad Externado de Colombia. dercosnt@uexternado.edu.co.

** Fecha de recepción: 16 de agosto de 2010. Fecha de aprobación: 7 de octubre de 2010.

RESUMEN

El autor propone una lectura de la libertad de expresión en la internet a partir del análisis de un caso: la persecución penal de un usuario de Facebook que participa en un grupo que busca asesinar al hijo del presidente de la República. La tesis, al amparo de la Convención americana de derechos humanos, es que ese tipo de discursos esta prohibido, empero, el régimen de responsabilidad aplicable no puede ser de tipo penal. En busca de los límites al ejercicio de dicha libertad el autor intenta perfilar un marco conceptual desde las prácticas, el tipo de discurso, las subjetividades y los valores de la internet. En la autorregulación o en la composición de tipo civil deben fundarse los límites a la libertad de expresión que la resguarden de la autocensura o de la aplicación de un derecho penal del enemigo.

PALABRAS CLAVE

Libertad de expresión, censura, redes sociales, derecho penal del enemigo, acceso a la información, Corte Interamericana de Derechos Humanos, Comisión Interamericana de Derechos Humanos.

ABSTRACT

The author explores a way to construe the freedom of speech in the internet context using a case analysis. In the case, a Facebook user, who allegedly had participated in a Group to murder the son of the Colombian President, is detained and prosecuted. Using the American Convention of Human Rights as the applicable law, the author thesis is that this kind of discourse is clearly forbidden, even though the liability henceforth should not be criminal. The freedom of speech limitations must be defined regarding the practices, the kind of discourses, the conception of the subject and the values that internet encompasses. In conclusion, these limitations should be built upon either auto-regulation or civil liability, doing so it is most likely to keep it off from the risks of both self-censorship and the criminal law of the enemy.

KEY WORDS

Freedom of speech, Censorship, Social Network, Enemy Criminal Law, Access to information, Inter-American Court of Human Rights, Inter-American Commission on Human Rights.

INTRODUCCIÓN

La libertad de expresión es un derecho reconocido con suficiencia en los tratados internacionales¹ y en las constituciones occidentales², reconocido incluso antes de que existieran los medios de comunicación masiva y la internet. Definir en el sentido más estricto posible los contornos jurídicos de dicha libertad es imposible. Casos verdaderamente difíciles suelen ocurrir, ya no por una decidida imprecisión de los términos jurídicos, sino por la imposibilidad de determinar los elementos específicos de los contextos de comunicación de ideas y pensamientos.

Cada cierto tiempo, el ejercicio de la libertad de expresión soporta el desafío de la novedad, tanto en los contenidos como en las formas. Tal es el caso del lenguaje empleado en el contexto de las llamadas redes sociales en la internet. Esta novedad debe ir acompañada de un discurso jurídico adecuado que permita precisar qué es lo permitido y lo prohibido en tales contextos, cuáles son los límites entre la libertad de expresión y el ejercicio del poder estatal, y cuál debe ser la forma precisa de la responsabilidad.

En esta oportunidad adelantaremos un estudio de caso inspirados en los hechos relacionados con un ejercicio concreto de libertad de expresión en Colombia, en el contexto de las redes sociales de internet.

El caso que analizaremos es el de NICOLÁS CASTRO, un joven de veintitrés años, estudiante de bellas artes de la Universidad Jorge Tadeo Lozano de Bogotá, que atrajo la atención de los medios de comunicación y de las autoridades judiciales por su presunta responsabilidad en la creación de un grupo en la red social Facebook. El grupo, titulado “Me comprometo a matar a JERÓNIMO URIBE hijo de ÁLVARO URIBE”, y descrito como “un grupo para aquellos que quieran vengarse del bellaco tirano, gobernante ilegítimo, masacrador, genocida, cobarde, monstruo llamado ÁLVARO URIBE VÉLEZ, asesinando a su no menos criminal, y no menos bárbaro hijo JERÓNIMO URIBE”, fue creado en el mes de marzo de 2009 por un usuario de Facebook registrado como “El cuervo del saludo”.

Esta información permaneció en el ámbito propio de la red social sin mayor repercusión, hasta la mañana del 9 de julio de 2009, cuando un periodista de Caracol Radio, GUSTAVO GÓMEZ, informó a la opinión pública de la existencia del referido grupo. Ese mismo día el grupo fue eliminado.

1. Entre otros instrumentos internacionales, la libertad de expresión está establecida en los siguientes: Declaración universal de derechos humanos (artículo 19), Declaración americana de derechos y deberes del hombre (artículo 4.º), Carta africana sobre derechos humanos y de los pueblos (artículo 9.º), Convención americana de derechos humanos (artículo 13), Convenio europeo para la protección de los derechos humanos y libertades fundamentales (artículo 10.º).

2. Constitución de los Estados Unidos (Enmienda 1), Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos (artículo 6.º), Constitución Política de la República de Costa Rica (artículo 29), Constitución Política de la República Federativa de Brasil (artículo 5-IX), Constitución Política de la Nación Argentina (artículo 14), Constitución Política de Colombia (artículo 20).

Enterado de la noticia, en horas de la noche, NICOLÁS CASTRO cerró su perfil en Facebook, con el cual había ingresado al grupo para dejar la siguiente nota en el muro:

Este tipo con sus artesanías de Colombia no hace más que explotar indígenas y gente de bajos recursos, además está acusado de plagio en la Universidad de los Andes, y es bien conocido por acallar ese y otros tipos de problemas que ha tenido al interior de esa universidad, amenazando con matar a quien se le enfrente...hp.

Agotadas ciertas pesquisas por parte de la Fiscalía General de la Nación, NICOLÁS CASTRO fue capturado y privado de la libertad el 2 de diciembre de 2009, por los cargos de instigación para delinquir con fines terroristas³. Ciento treinta y ocho días después, el 9 de abril de 2010, un juez ordenó su libertad provisional, al considerar ilícitas, por vulneración de derechos fundamentales, las pruebas que justificaron la medida de detención provisional y la acusación de la Fiscalía. Posteriormente, el fiscal encargado del caso solicitó la nulidad de la audiencia preparatoria, en la que se había excluido el material probatorio aportado por el fiscal. Este recurso fue admitido y el juez lo resolvió a favor de la Fiscalía y ordenó admitir todas las pruebas. Aunque la admisión de pruebas no admite recurso, la defensa de NICOLÁS apeló esta decisión. El 30 de junio de 2010 fue revocada la medida de aseguramiento por vencimiento de términos y por dilación en la práctica del juicio oral. Actualmente, CASTRO espera que se señale la fecha y la hora del juicio oral, en el que serán tenidas en cuenta todas las pruebas anteriormente recaudadas y excluidas.

Desde el 9 de julio de 2009 esta historia podría dividirse en tres. Una construida por los medios de comunicación; otra por la Fiscalía General de la Nación; y otra por los jueces. Por un lado, los medios de comunicación masiva (televisión y prensa) hicieron un cubrimiento profundo y continuo del caso, algunas veces atribuyendo la responsabilidad a NICOLÁS CASTRO⁴

3. Uno de los mejores resúmenes de los hechos generales del presente caso fue publicado el 5 de abril de 2010 en el portal de la silla vacía, por CARLOS CASTILLO CORTÉS, cfr. <http://www.lasillavacia.com/historia/9091> (última consulta de todos los enlaces: 20 junio 2010). Sobre el punto consultar también el cubrimiento dado por la revista *Semana*, en especial la edición impresa 1440, del 5 de diciembre de 2009 <http://www.semana.com/Sumario.aspx?IdEdi=1440>, que incluso le dedicó la portada y el dossier principal al caso: <http://www.semana.com/noticias-nacion/terrorista-internet/132327.aspx>, y la entrevista realizada a NICOLÁS CASTRO el 19 de febrero de 2010 por JOSÉ MONSALVE: <http://www.semana.com/noticias-justicia/jeronimo-diga-justo-este-carcel-nicolas-castro/135232.aspx>. Igualmente, el boletín de prensa de la ONG Colectivo de Abogados José Alvear Restrepo, publicado en el portal del Comité Intereclesial de Justicia y Paz el 9 de marzo de 2010: <http://justiciaypazcolombia.com/Nicolas-Castro-y-el-delito-de>.

4. Como se puede inferir del lenguaje asertivo utilizado en el titular de *El Tiempo* versión on line del 6 de diciembre de 2009, “La historia de Nicolás Castro, el vegetariano que amenazó al hijo menor del Presidente”, en http://www.eltiempo.com/colombia/justicia/ARTICULO-WEB-PLANTILLA_NOTA_INTERIOR-6748527.html; y del titular de la revista *Semana* en su versión on line, del 2 de diciembre de 2009, “Capturan a joven (*sic*) que amenazó por Facebook al hijo de

y otras dudando de la probidad e imparcialidad de la justicia⁵. En ambos eventos, manteniendo el caso en la agenda de la opinión pública. La segunda historia es la de la Fiscalía General de la Nación que, motivada por la idea de que el asunto revestía “interés presidencial”, no escatimó esfuerzos ni reparó en emplear a fondo sus poderes inquisitivos para encontrar un responsable, al parecer, no siempre de una forma ajustada a la ley. Finalmente, está el discurso de los jueces que, soportado sobre la presunción de inocencia, la garantía de no incriminación y la protección de los derechos fundamentales, apunta hacia la inocencia de NICOLÁS⁶.

En el presente estudio cada una de estas perspectivas tiene su dosis de importancia, tanto para la comprensión del fenómeno desde el punto de vista jurídico, como para la elucidación del mismo, desde el punto de vista de los ejercicios de poder.

Una vez explícitas las posibles tramas discursivas sobre las que se ha construido el caso, el estudio trabajará sobre una hipótesis fáctica, la cual, es importante aclararlo, ha sido rechazada por NICOLÁS CASTRO en distintos medios, y no ha sido demostrada judicialmente. En nuestra hipótesis vamos a suponer, y sólo a suponer, que NICOLÁS CASTRO fue el creador del mencionado grupo en Facebook, y que efectivamente, las palabras allí contenidas, en ese específico contexto, son de su autoría y constituyen una expresión de su voluntad.

Con base en esta hipótesis de trabajo vamos a defender la siguiente tesis en cuatro partes: 1) el hecho concreto de perseguir la muerte de otra persona,

Uribe”, en <http://www.semana.com/noticias-justicia/capturan-joven-amenazo-facebook-hijo-uribe/132139.aspx>. Otro tanto podría decirse del formato utilizado en la versión impresa de la revista *Semana*, edición 1440 del 5 de diciembre de 2009, en cuya portada aparece la foto de NICOLÁS CASTRO esposado, con la frase “¿El ‘terrorista’ de internet?”, en <http://www.semana.com/Sumario.aspx?IdEdi=1440>.

5. Como, por ejemplo, la nota publicada en la silla vacía el 6 de febrero de 2010 por LUCAS OSPINA, en <http://www.lasillavacia.com/elblogueo/lospina/6556/que-te-caiga-un-pleito-sobre-nicolas-castro>, las entrevistas de CECILIA OROZCO en el diario *El Espectador* publicadas el 5 de diciembre de 2009 y el 19 de febrero de 2010, respectivamente: <http://www.elespectador.com/impreso/articuloimpreso175944-justicia-o-privilegio-de-autoridad> y <http://www.elespectador.com/impreso/cuadernilloa/entrevista-de-cecilia-orozco/articuloimpreso188769-una-terrible-injusticia>, y el cubrimiento posterior de la revista *Semana*, como, por ejemplo, la entrevista ya citada del 19 de febrero de 2010 <http://www.semana.com/noticias-justicia/jeronimo-diga-justo-este-carcel-nicolas-castro/135232.aspx> y la nota sobre la decisión judicial en donde se desestima la legitimidad del material probatorio del caso, del 20 de marzo de 2010: <http://www.semana.com/noticias-nacion/facebookpositivo/136613.aspx>.

6. Sobre el cubrimiento en prensa de esta decisión, consultar la revista *Semana* on line: <http://www.semana.com/noticias-justicia/cayo-caso-contra-nicolas-castro-joven-del-facebook/136588.aspx>, y <http://www.semana.com/noticias-nacion/facebookpositivo/136613.aspx>, este último publicado el 20 de marzo de 2010 bajo el título “Un ‘Facebook-positivo’”, en una clara parodia a los llamados “falsos positivos”, eufemismo militar para denominar las ejecuciones extrajudiciales. Es importante indicar que al momento de entregar este informe, 20 de junio de 2010, el caso está pendiente de resolución por el juzgado 3.º especializado de Bogotá, en la etapa previa a la audiencia preparatoria del juicio.

mediante la creación de grupos en las redes sociales, constituye un ejercicio abusivo de la libertad de expresión, en los términos del artículo 13 de la Convención americana de derechos humanos; 2) como ejercicio abusivo de la libertad de expresión, el mismo debe estar sometido a una responsabilidad ulterior que, a su vez, debe respetar el principio de proporcionalidad; 3) el empleo efectivo de la acción penal frente a los hechos indicados en 1) es desproporcionado, y revela un uso del poder estatal inspirado en la doctrina del derecho penal del enemigo; 4) Los hechos indicados en 3) son incompatibles con las obligaciones contraídas por el Estado colombiano contenidas en la Convención americana de derechos humanos y suponen responsabilidad internacional del Estado.

I. LIBERTAD DE EXPRESIÓN EN LA CONVENCIÓN AMERICANA DE DERECHOS HUMANOS Y EN EL CONTEXTO DE LAS REDES SOCIALES

El derecho a la libertad de expresión en la Convención americana de derechos humanos (en adelante la Convención o la CADH) tiene dos particularidades: 1) haber establecido un sistema de regla excepción, donde la regla es la libertad (todo se puede decir, por cualquier medio) y la excepción son las restricciones; y 2) haber limitado las excepciones por un sistema de reglas bien constituidas (prohibición de censura previa, régimen de responsabilidades ulteriores sometidas al criterio de proporcionalidad, régimen de protección especial a la niñez y régimen de prohibición de ciertos tipos de discurso)⁷.

7. Artículo 13 de la Convención americana de derechos humanos. *Libertad de pensamiento y de expresión*:

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

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

- a. el respeto a los derechos o a la reputación de los demás, o
- b. la protección de la seguridad nacional, el orden público o la salud o la moral públicas.

3. No se puede restringir el derecho de expresión por vías o medios indirectos, tales como el abuso de controles oficiales o particulares de papel para periódicos, de frecuencias radioeléctricas, o de enseres y aparatos usados en la difusión de información o por cualesquiera otros medios encaminados a impedir la comunicación y la circulación de ideas y opiniones.

4. Los espectáculos públicos pueden ser sometidos por la ley a censura previa con el exclusivo objeto de regular el acceso a ellos para la protección moral de la infancia y la adolescencia, sin perjuicio de lo establecido en el inciso 2.5. Estará prohibida por la ley toda propaganda en favor de la guerra y toda apología del odio nacional, racial o religioso que constituyan incitaciones a la violencia o cualquier otra acción ilegal similar contra cualquier persona o grupo de personas, por ningún motivo, inclusive los de raza, color, religión, idioma u origen nacional.

Los hechos del presente caso nos presentan una dificultad original en relación con su adecuación a los términos de la CADH: definir si el hecho de crear un grupo en la red social Facebook en el que se compromete a matar a una persona (el hijo del presidente de la República de Colombia) puede ser calificado como un ejercicio legítimo de la libertad de expresión.

La función jurídica de la libertad de expresión es proteger la manifestación de pensamientos, ideas y opiniones de toda índole. En especial de aquellas ideas, opiniones y pensamientos que en un contexto tiempo-espacio puedan ser consideradas contrarias a la opinión común, a las tendencias mayoritarias o a la visión ortodoxa de los fenómenos. Se establece precisamente para proteger el discurso del disidente, del hereje, el discurso incómodo, el discurso de la contra-corriente⁸.

Por otro lado, tanto los órganos del sistema interamericano de protección de derechos humanos como la Corte Constitucional colombiana insisten en la importancia de esta libertad en el modelo democrático de gobierno⁹, en el valor que tiene esta libertad para facilitar el libre mercado de las ideas, y en general, su especial importancia a partir del modelo de sujeto propio de nuestra época: un ser humano singular y autónomo¹⁰.

Este ámbito de protección de la libertad de expresión tiene poco que ver con el ejercicio de la mencionada libertad, concretado en el compromiso de matar a una persona. Por el contrario, parece más bien caer en el ámbito de la prohibición del discurso de la propaganda de la guerra, de la apología del odio y de la incitación a privar de derechos a los otros. ¿Se trata entonces de una conducta definitivamente no protegida por la libertad de expresión?

8. MIGUEL CARBONELL. "Libertad de expresión en materia electoral", *Derecho comparado de la información*, julio-diciembre de 2008. Instituto de Investigaciones Jurídicas-Unam. México, D. F. Disponible en: <http://www.juridicas.unam.mx/publica/librev/rev/decoinc/cont/12/art/art3.pdf>.

9. Corte Interamericana de Derechos Humanos. Sentencia del *caso Olmedo Bustos contra Chile*, febrero 2001, consideraciones 64 a 69. Sentencia del *caso Canese contra Paraguay*, agosto de 2004, consideraciones 82 a 87. Sentencia del *caso Palamara Iribarne contra Chile*, noviembre de 2005, consideraciones 79 a 88.

10. Corte Constitucional. Sentencia SU-667 de 1998, M. P.: JOSÉ GREGORIO HERNÁNDEZ. "Según lo declara el artículo 20 de la Carta Política y lo estipulan varios tratados internacionales obligatorios para Colombia, el derecho a expresar con libertad el propio pensamiento, las opiniones, las ideas, los conceptos y las creencias tiene el carácter de fundamental en cuanto de él es titular toda persona, sin ningún tipo de discriminaciones, a partir del reconocimiento que hace el orden jurídico sobre su íntima vinculación a la esencia misma del ser humano, la naturaleza racional de éste y su inserción, también natural, en la sociedad". Sentencia C-010 de 2000, M. P.: ALEJANDRO MARTÍNEZ CABALLERO. "La libertad de expresión ocupa un lugar preferente en el ordenamiento constitucional colombiano, no sólo por cuanto juega un papel esencial en el desarrollo de la autonomía y libertad de las personas y en el desarrollo del conocimiento y la cultura sino, además, porque constituye un elemento estructural básico para la existencia de una verdadera democracia participativa. Por ello, esta Corporación ha destacado la importancia y trascendencia de esta libertad, que protege no sólo la facultad de difundir y expresar opiniones e ideas, o libertad de expresión en sentido estricto, sino también la posibilidad de buscar, recibir y difundir informaciones de toda índole, o derecho y libertad de informar y ser informado".

La dificultad original que suponen los hechos de este caso obliga a afinar el análisis. En especial, a considerar tres elementos del contexto del ejercicio concreto de la libertad: A. Las redes sociales como espacios normativamente prefigurados; B. La relación asimétrica de poder entre quien ejerce la libertad de expresión y quien se ve afectado por ella; y C. La forma y el contenido de lo expresado.

A. LAS REDES SOCIALES COMO ESPACIOS NORMATIVAMENTE PREFIGURADOS

Una de las manifestaciones preclaras de la sociedad de la información es la aparición de nuevos escenarios para la expresión de las ideas. Las llamadas “redes sociales” de la internet son quizá la manifestación paradigmática de esta transformación cultural en torno a la comunicación de ideas y de pensamientos en tiempo real, sin consideraciones especiales y sin la necesidad de intermediarios. El surgimiento de estas redes nos ha permitido asistir, en un lapso realmente insignificante, a una transformación de los sujetos propios de la modernidad, de los contextos normativos de los actos de comunicación y de los roles institucionales de los nuevos actores.

Por un lado, el usuario de la red social es un sujeto que se concibe bajo una doble necesidad: la de estar en línea, exhibido, conectado, y la de comunicarse de una forma rápida y efectiva. La red social se lo permite y de una u otra manera así lo impone.

En este contexto un nuevo “tipo” de sujeto podría caracterizarse de forma doble. Primero, como un sujeto que reemplaza a aquel que necesitaba aislarse o ser dejado solo; lo cual supone una nueva forma de subjetividad construida sobre la redefinición de las concepciones clásicas de la intimidad y la reserva, y sobre la desaparición de una diferencia clara entre espacios públicos y privados. Y segundo, como un sujeto que se construye sobre una redefinición de la forma de comunicarse; bajo el presupuesto de que en la red el lenguaje debe ser rápido, certero, efectista. La explosión de información en los foros virtuales y en las redes sociales supone un sujeto que se comunica rápido, que dice y que fácilmente olvida lo que ha dicho, que escribe aquí y allá sin que necesariamente exista reflexión sobre el acto de comunicación.

Por su parte, las redes sociales como Facebook son habilitadas y configuradas bajo una serie de normas de diverso carácter, en especial las normas técnicas, que permiten que cierto tipo de cosas se puedan hacer o no en términos fácticos (por ejemplo, permitir acceso a ciertas personas, vincular a un usuario con otro, comunicarse de ciertas formas, indicar aprobación o desaprobación de ciertas informaciones, crear grupos abiertos o cerrados, etc.) y otras, de carácter normativo, concebidas como los términos y condiciones para el uso de los servicios de los portales y la participación en la red, y que determinan

que ciertas cosas se puedan hacer o no en términos morales o jurídicos¹¹ (por ejemplo, la prohibición de incluir material deliberadamente pornográfico, el mandato de cumplir con las políticas de protección a la intimidad de los usuarios o la permisión de expresar libremente sus opiniones, etc.).

Una aproximación a las redes sociales en términos normativos nos lleva a preguntarnos por la naturaleza (jurídica) de los sujetos que participan en ellas, del espacio propio de la red y de las relaciones que se crean entre los usuarios.

¿Existe una relación contractual entre usuario y administrador? ¿De qué tipo de nexo contractual se trata? ¿Cuál es la ley que gobierna la ejecución del contrato, la ley de la nacionalidad del servidor, la de la nacionalidad del usuario, un derecho por costumbre de carácter transnacional por identificar? ¿Qué tipo de relación existe entre los usuarios que comparten información? ¿Esta información puede estar sometida a cierta reserva? ¿El administrador de la base de datos puede “consultar” la información de los usuarios? ¿Podría entregarla ante una requisición judicial de autoridades del Estado de su nacionalidad? ¿Es la internet un espacio público? ¿Es la red social un espacio público o privado? ¿Cómo definir la publicidad o la privacidad del espacio de la red social? ¿Un grupo abierto, en Facebook, puede ser considerado como público? ¿Bajo qué criterios? ¿El incumplimiento de los términos y condiciones de uso de la red social puede generar una responsabilidad diferente a la determinada por el administrador, por el servidor o por el propietario? ¿El administrador del servidor debe adelantar una política de inspección y de cumplimiento de los términos y condiciones de uso, con el fin de proteger derechos de terceros?

Las respuestas a estas preguntas desbordan el objetivo de esta investigación, pero su planteamiento nos permite aproximarnos a una determinación del contexto del ejercicio de la libertad de expresión de NICOLÁS CASTRO. En especial nos permite afirmar que sería inadecuado e insuficiente hacer una valoración jurídica de tales hechos sin considerar, por ejemplo, el carácter de las redes sociales, los nuevos significados que pueden tener los ejercicios de comunicación que suceden en su seno, el tipo de subjetividad que se ha creado a partir de la existencia de las redes sociales, y el tipo de espacio en donde se ejerce la actividad, el cual, por demás, difícilmente podría ser catalogado como privado o público siguiendo criterios clásicos.

11. Los términos y condiciones en Facebook están concebidos bajo la figura de un acuerdo entre Facebook y el usuario, cuyo contenido mínimo se compone de ciertas reglas agrupadas bajo la figura del llamado Statement of Rights and Responsibilities. <http://www.facebook.com/terms.php?ref=pf> (última actualización 22 abril de 2010). Dentro de este acuerdo está también la llamada política de privacidad, certificada por Truste, dentro de las prácticas norteamericanas de la auto regulación en la red. <http://www.facebook.com/policy.php>

B. LA RELACIÓN ASIMÉTRICA DE PODER ENTRE QUIEN EJERCE LA LIBERTAD DE EXPRESIÓN Y QUIEN SE VE AFECTADO POR ELLA

Otro de los elementos del contexto del caso que consideramos importante es el de la relación asimétrica de poder entre NICOLÁS CASTRO, un estudiante universitario que ejerce su libertad de expresión, y JERÓNIMO URIBE, un hijo del presidente de la República, quien se ve afectado por dicho ejercicio.

En este caso, JERÓNIMO URIBE no puede ser visto como una persona natural común y corriente ni encontrarse en una situación jurídica o fáctica de indefensión respecto de NICOLÁS CASTRO. Todo lo contrario, la posición preeminente de JERÓNIMO URIBE respecto de NICOLÁS es ostensiva. JERÓNIMO URIBE es un personaje público, figura en los medios de comunicación y es tratado socialmente con todos los privilegios que le ofrece su condición de hijo del presidente de la República.

Además de esta particularidad hay otros elementos que podrían cualificar el ejercicio de la libertad de expresión en este caso. Por la época en que sucedieron los hechos (creación del grupo y aparición del mensaje en el muro) en el primer semestre del año 2009, los hermanos URIBE MORENO se vieron envueltos en un par de escándalos que alcanzaron los medios de comunicación masiva nacionales. Uno relacionado con un supuesto tráfico de influencias en el acto de declaración de zona franca sobre unos terrenos de su propiedad¹², y otro relacionado con unos nombramientos en los que al parecer habían intervenido¹³.

En este contexto no es irrelevante preguntarse ¿si la persecución judicial en el caso de NICOLÁS CASTRO se debe a un uso abusivo de la libertad de expresión por constituir una clara incitación a la violencia contra JERÓNIMO URIBE, o si, por el contrario, tal persecución pudo estar inspirada en el contenido político y el personaje público al que estaba dirigido?

Si se valora el momento político en que se creó el grupo, la posición de poder que detentaba JERÓNIMO URIBE y los escándalos que rodeaban a los hijos de la familia presidencial, es posible ver en el ejercicio de la libertad de expresión no solamente un lenguaje irritante y lesivo de los valores de la Convención americana, sino también un contenido político propio del

12. Escándalo por la adjudicación de zonas francas a los hermanos URIBE MORENO en Mosquera, Cundinamarca: "Según la denuncia periodística, el visto bueno para la creación de la mencionada zona franca fue entregado por cinco altos funcionarios que dependen directamente del presidente URIBE, entre ellos dos ministros del despacho". En revista *Semana.com Hijos de presidente Álvaro Uribe rechazan acusaciones*. Lunes 20 de abril de 2009. <http://www.semana.com/noticias-politica/hijos-presidente-alvaro-uribe-rechazan-acusaciones/123078.aspx>.

13. Escándalo en la segunda mitad de 2009 por la supuesta entrega de notarías en Facativá y Tunja por parte de los hermanos URIBE MORENO para pagar favores políticos del gobierno, denunciada por el ex Superintendente de Notariado y Registro, MANUEL CUELLO BAUTE. Revista *Semana.com "Jamás he intervenido en nombramientos": Tomás Uribe*. Lunes 27 de julio de 2009. <http://www.semana.com/noticias-politica/jamas-he-intervenido-nombramientos-tomas-uribe/126738.aspx>.

repudio, del descontento y de la indignación que pueden generar conductas de corrupción en el seno de la familia presidencial, protegido por la misma Convención.

Esta visión del caso nos lleva a recordar que el discurso político tiene un especial nivel de protección dentro de la libertad de expresión en el contexto de la Convención. No sólo por ser la aplicación del derecho a recibir y difundir ideas, opiniones y expresiones de diverso contenido, sino por su importancia para el correcto funcionamiento del sistema democrático¹⁴. Dentro del amplio rango de discursos garantizados por la libertad de expresión, existen algunos que, al decir de la Comisión y de la Corte Interamericanas, gozan de un especial nivel de protección por su importancia crítica para el funcionamiento de la democracia o para el ejercicio de los demás derechos fundamentales¹⁵. Se trata del discurso político sobre asuntos de interés público, sobre funcionarios públicos o candidatos a ocupar cargos públicos¹⁶, y sobre aquellos que configuran elementos fundantes de la identidad o la dignidad personales¹⁷. Frente a estos tipos de discurso, la presunción de cobertura resulta todavía más fuerte y los requisitos que deben ser demostrados para justificar su restricción son particularmente exigentes¹⁸.

Si bien consideramos que este caso no podría ser encuadrado con claridad, desde el punto de vista de su contenido, como una manifestación clara del discurso político, y mucho menos, como una hipótesis de aplicación de leyes de desacato, sí consideramos importante que se valore, como otro de sus elementos, la relación de asimetría de poder entre quien ejerce la libertad de expresión y quien se ve afectado por dicho ejercicio. Máxime si dicho ejercicio puede tener visos de discurso crítico-político, lo cual se hace patente, no por el contenido literal del lenguaje, sino por su contexto.

14. Corte IDH. Caso *Ríos y otros vs. Venezuela*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 28 de enero de 2009. Serie C No. 194. Corte IDH. Caso *Perozo y otros vs. Venezuela*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 28 de enero de 2009. Serie C No. 195.

15. Corte Interamericana. Sentencia del caso *Canese contra Paraguay*, agosto 2004, consideraciones 97 a 103. Sentencia del Caso *Herrera Ulloa contra Costa Rica*, julio 2004, consideración 127; Caso *Ivcher Bronstein contra Perú*, febrero 2001, consideración 155. Véase también, CIDH. Informe Anual 1994. Capítulo V: *Informe sobre la compatibilidad entre las leyes de desacato y la Convención Americana sobre Derechos Humanos*. 17 de febrero de 1995. Aprobado en el 88° periodo ordinario de sesiones.

16. Corte Interamericana. Sentencia del caso *Palamara Iribarne contra Chile*, noviembre de 2005, consideración 82.

17. Corte Interamericana. Sentencia del caso *López Álvarez contra Honduras*, febrero de 2006, consideración 171.

18. Relatoría para la libertad de expresión. Resumen ejecutivo del marco jurídico interamericano sobre el derecho a la libertad de expresión. 2009. Comisión Interamericana de Derechos Humanos. Disponible en <http://www.cidh.org/Relatoria/showarticle.asp?artID=159&IID=2>.

Sobre este asunto es pertinente citar un informe del año 2009 de la Relatoría Especial para la Libertad de Expresión de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos¹⁹:

Tomarse en serio la idea de una ciudadanía democrática y militante implica entonces diseñar instituciones que permitan, y no que inhiban o dificulten, la deliberación sobre todos los asuntos y fenómenos de relevancia pública. En este punto, las instituciones propias del derecho sancionatorio y en especial del derecho penal, resultan de particular relevancia. El uso de los medios coercitivos del Estado para imponer una visión única del mundo o desalentar una deliberación vigorosa y abierta sobre todos los asuntos de relevancia pública, resulta incompatible con los principios que orientan los regímenes democráticos y, en particular, con el derecho a la libertad de expresión consagrado en el artículo 13 de la Convención americana. Respecto a este asunto, hay algunos temas que preocupan particularmente a la Relatoría Especial, tales como: (i) la existencia de leyes penales de desacato, injuria y calumnia, particularmente, cuando se aplican para procesar penalmente a quienes han hecho valoraciones críticas sobre asuntos de interés público o sobre personas que tienen relevancia pública; (ii) el uso de la legislación penal para proteger la “honra” o “reputación” de ideas o instituciones; (iii) los intentos de aplicar tipos penales como “terrorismo” o “traición a la patria” a quienes se han limitado a expresar o difundir ideas u opiniones distintas –o incluso radicalmente distintas– a las sostenidas por las autoridades públicas; y (iv) la criminalización de la protesta social.

Ante este tipo de procesos judiciales, el ciudadano del común, como NICOLÁS CASTRO, se ve enfrentado a una paradoja. De una parte, la Constitución Política de Colombia y la Convención americana de derechos humanos, protegen su derecho a la libertad de expresión; protección que además es reforzada cuando sus manifestaciones se refieren a asuntos de interés público, personas que hacen parte de la administración pública o cuando propician la deliberación y el control ciudadano. Sin embargo, de otro lado, se encuentran con que los funcionarios o personas objeto de la deliberación ciudadana no toleran la crítica y utilizan el sistema judicial para reprimir este tipo de manifestaciones, obteniendo, como en este caso, decisiones que además de cuestionables limitan los derechos de quien se expresó libremente y censuran indirectamente a quienes pretendían hacerlo.

Ante esa dicotomía es oportuno concluir que la seguridad jurídica es un valor importante, que tan solo se construye si los sistemas de justicia internos en Colombia implementan con imparcialidad los criterios elaborados por la

19. Comisión Interamericana de Derechos Humanos. La agenda de la Relatoría Especial para la Libertad de Expresión: problemas persistentes y desafíos emergentes. Relatoría para la Libertad de Expresión, 2009.

Corte Interamericana de Derechos Humanos y garantizan el mayor nivel de protección de la libertad de expresión de los ciudadanos, en todo caso, dentro de los límites establecidos por la misma Convención americana.

C. LA FORMA Y EL CONTENIDO DE LO EXPRESADO

De otro lado, el significado de toda palabra o signo o conjunto de palabras o de signos se puede determinar empleando al menos dos teorías. La teoría clásica del significado, llamada también pictórica o esencialista, para la cual existe una relación intrínseca entre los signos y la realidad; y la teoría contemporánea del significado, denominada también funcional, para la cual el sentido depende de los usos de las expresiones²⁰.

Sin necesidad de entrar a determinar el sentido o significado del conjunto de palabras *me comprometo a matar a JERÓNIMO URIBE* desde un punto de vista psicológico (i.e. cuál era el propósito de su creador, qué intención perseguía, qué lo inspiraba), consideramos probable, al menos, comprender tales expresiones desde una perspectiva simbólica. En concreto, una forma en extremo ruda de expresar desaprobación respecto de una forma de ser del poder, en especial, desaprobación de la manera en que se ejerce y se usa el poder por el presidente de la República de Colombia, y de una u otra forma, una manera radical de oponerse a ello.

Desde la perspectiva de los usos del lenguaje es fácil descartar la línea de análisis perseguida por la Fiscalía General en este caso: la vinculación de este ejercicio de la libertad de expresión con actividades reales de terrorismo, como un segmento de una empresa criminal orientada a la comisión de delitos. Esta línea de análisis parece más bien el producto de la paranoia del discurso del enemigo (patriota/terrorista, quien no está conmigo está contra mí) que el resultado certero de la aplicación de técnicas confiables de indagación. Un análisis más reposado de los posibles usos del lenguaje que respete el contexto nos permite soportar nuestra perplejidad para calificar definitivamente los hechos.

En ambientes familiares es común escuchar, con el propósito de expresar reprobación o rechazo frente a ciertas conductas o circunstancias, frases tales como: “me provoca matarlo”, “si me hace eso, yo lo mato”. Los niños, cuando son reprimidos o castigados por sus padres, con frecuencia expresan su sentimiento de desaprobación con frases tales como “me gustaría que te murieras”. Un despecho amoroso por lo general se expresa con el deseo de hacer desaparecer al otro “ojalá te murieras, no deseo verte nunca más”, etc. Los contextos nos permiten de nuevo una correcta dimensión de este tipo de expresiones: la irritabilidad o desaprobación que generan ciertas conductas o

20. Cfr. MARIBEL NARVÁEZ MORA. *Wittgenstein y la teoría del derecho. Una senda al convencionalismo jurídico*, Madrid, Marcial Pons, 2004.

ciertas personas, la asimetría de poder entre quien ejerce la libertad de expresión y quien es “muerto” discursivamente, el sentido pragmático de las palabras por encima de su sentido literal ostensivo.

Mutatis mutandis, en una democracia el ejercicio de la libertad de expresión en el contexto de las redes sociales, y bajo el empleo de términos literalmente rudos, puede tener sobre todo un contenido político. En el presente caso se ejerce desde abajo hacia arriba (asimetría de poder entre el ciudadano común y el presidente de la República), utiliza una forma especialmente fuerte (compromiso de matar a alguien), pero tiene un contenido esencialmente político (se está resistiendo, en rotundo desacuerdo con la forma de ejercer el poder, de manejarlo y de aprovecharse de él). Desde esta perspectiva es plausible considerar este tipo de manifestaciones como ejercicios legítimos de la libertad de expresión.

En este mismo sentido, el hecho de que en los foros en la internet el lenguaje utilizado por los usuarios sea en ocasiones crudo, violento y severo, soporta el argumento de una especie de uso generalizado de ese tipo de expresiones en dicho medio. En efecto, los valores de los signos lingüísticos en la red están en permanente construcción por la novedad del medio, por las dinámicas comunicativas, por la inidoneidad y ausencia de regulación estatal, y por la participación abierta de los usuarios. Este lenguaje utilizado en la internet ha sido denominado por algunos como lenguaje “netivo”. En efecto,

la aparición de un medio de comunicación nuevo, crea la necesidad de encontrar un modo de expresión que aproveche las características del canal, explotando todas sus ventajas y esquivando en lo posible sus limitaciones. Esto es lo que se llama lenguaje del medio, que necesariamente se diferencia de otros lenguajes específicos para cada medio de comunicación²¹.

No obstante, nuestra tesis es que, de todas formas, hay en el lenguaje una capacidad de modificar la realidad que no puede ser desechada. No porque la expresión de compromiso para matar a alguien en este caso tuviera siquiera la idoneidad para modificar la realidad en este sentido, como lo veremos más adelante. Sino porque el uso de expresiones orientadas a que se produzca la vulneración de los derechos de los otros desconoce la moral subyacente de la Convención americana, debidamente positivada en el párrafo 5 del artículo 13.

5. Estará prohibida por la ley toda propaganda en favor de la guerra y toda apología del odio nacional, racial o religioso que constituyan incitaciones a la violencia o cualquier otra acción ilegal similar contra cualquier persona o grupo

21. JOSÉ MANUEL GIMENOS. “El lenguaje de internet. La flecha tu diario de ciencia y tecnología”. 5 de febrero de 2007. En <http://www.laflecha.net/articulos/comunicacion/el-lenguaje-de-internet>

de personas, por ningún motivo, inclusive los de raza, color, religión, idioma u origen nacional.

En efecto, consideramos que la conducta de crear un grupo en una red social en donde se indique el compromiso de matar a alguien configura un uso abusivo de la libertad de expresión, prohibido por la Convención americana y por la Constitución Política.

Lo anterior no nos conduce a afirmar que las palabras del citado grupo en Facebook constituyan una “incitación a la violencia” en los términos de la CADH o una “instigación a delinquir” en los términos del Código penal colombiano (argumentos que desarrollaremos en la tercera parte de este escrito). No obstante, tales conductas son susceptibles de ser reguladas por otra de las hipótesis del parágrafo 5 del artículo 13 de la CADH: la prohibición del ejercicio de la libertad de expresión consistente en cualquier “otra acción ilegal similar contra cualquier persona”.

En conclusión, expresar en una red social el compromiso de matar a una persona (al hijo del presidente de la República o a cualquier otra persona) mediante la creación de un grupo, constituye un ejercicio abusivo de la libertad de expresión prohibido por la Convención americana de derechos humanos.

II. EL SISTEMA DE RESPONSABILIDADES ULTERIORES DE CARÁCTER PENAL DE LA CONVENCION AMERICANA. REQUISITOS DE PROPORCIONALIDAD

Como lo indicamos al inicio del acápite anterior, el derecho a la libertad de expresión en la Convención tiene la particularidad de haber establecido un sistema de regla excepción, donde la regla es la libertad (todo se puede decir, por cualquier medio) y la excepción son las restricciones (bajo un sistema de reglas bien constituidas). Entre estas últimas encontramos las del llamado régimen de responsabilidades ulteriores.

El régimen de responsabilidades ulteriores descansa sobre el principio según el cual no hay derechos absolutos. En consecuencia, el ejercicio de la libertad de expresión está sometido a ciertos límites y su ejercicio abusivo sometido a ciertas responsabilidades. No obstante, en la definición de los límites y de las responsabilidades los Estados están obligados a respetar ciertas reglas recogidas en el llamado principio de proporcionalidad.

Estas reglas básicas de la responsabilidad ulterior son dos: la limitación debe estar prevista en la ley (existe reserva de ley para las limitaciones), y debe ser necesaria para alcanzar uno de los siguientes propósitos: proteger los derechos de los otros o proteger ciertos bienes públicos como la seguridad nacional, el orden público y la salud y moral públicas. La jurisprudencia interamericana ha cualificado estas reglas básicas al indicar, por ejemplo, que las restricciones deben orientarse a satisfacer un interés público imperativo,

que las restricciones de carácter penal deben ser excepcionales o que las restricciones sólo se justifican cuando el ejercicio abusivo de la libertad de expresión revista una especial gravedad o se haya causado un daño, etc.²².

Además, el principio de proporcionalidad no es un principio autónomo: está llamado a operar siempre que se presente una limitación de los derechos humanos, ya sea en su dimensión objetiva o subjetiva. En estos casos el operador jurídico debe adelantar un escrutinio de proporcionalidad²³ con el fin de establecer si las medidas adoptadas fueron necesarias en una sociedad democrática para limitar, restringir o sancionar el ejercicio “indebido” del derecho, o si es procedente, para determinar cuál vía resultaría adecuada, cuando la ejercida por el Estado no fue proporcional y razonable.

En el presente asunto consideramos que el régimen de responsabilidades ulteriores con el cual se pretendió limitar el ejercicio de la libertad de expresión de NICOLÁS CASTRO desconoce el mandato de proporcionalidad. Sobre todo porque la medida utilizada (aplicación del tipo penal de instigación a delinquir, inicio de la investigación penal y consiguiente privación de la libertad) no era necesaria para la protección, por un lado, de los derechos de terceros (el derecho a la vida de la persona amenazada, en concreto el derecho a la vida de JERÓNIMO URIBE), y por el otro, para la protección de la

22. Corte Interamericana. Sentencia del caso *Canese contra Paraguay*, agosto 2004, párrafo 96. “(...) El Tribunal ha señalado que la “necesidad” y, por ende, la legalidad de las restricciones a la libertad de expresión fundadas en el artículo 13.2 de la Convención americana, dependerá de que estén orientadas a satisfacer un interés público imperativo. Entre varias opciones para alcanzar ese objetivo, debe escogerse aquella que restrinja en menor escala el derecho protegido. Dado este estándar, no es suficiente que se demuestre, por ejemplo, que la ley cumple un propósito útil u oportuno; para que sean compatibles con la Convención las restricciones deben justificarse según objetivos colectivos que, por su importancia, preponderen claramente sobre la necesidad social del pleno goce del derecho que el artículo 13 garantiza y no limiten más de lo estrictamente necesario el derecho proclamado en dicho artículo. Es decir, la restricción debe ser proporcional al interés que la justifica y ajustarse estrechamente al logro de ese legítimo objetivo, interfiriendo en la menor medida posible en el efectivo ejercicio del derecho a la libertad de expresión”. Sentencia del caso *Kimel contra Argentina*, mayo 2008, párrafo 78: “La Corte ha señalado que el derecho penal es el medio más restrictivo y severo para establecer responsabilidades respecto de una conducta ilícita, particularmente cuando se imponen penas privativas de libertad. Por lo tanto, el uso de la vía penal debe responder al principio de intervención mínima, en razón de la naturaleza del derecho penal como *ultima ratio*. Es decir, en una sociedad democrática el poder punitivo sólo se puede ejercer en la medida estrictamente necesaria para proteger los bienes jurídicos fundamentales de los ataques más graves que los dañen o pongan en peligro. Lo contrario conduciría al ejercicio abusivo del poder punitivo del Estado. La necesidad de utilizar la vía penal para imponer responsabilidades ulteriores al ejercicio del derecho a la libertad de expresión se debe analizar con especial cautela y dependerá de las particularidades de cada caso. Para ello, se deberá considerar el bien que se pretende tutelar, la extrema gravedad de la conducta desplegada por el emisor de aquéllas, el dolo con que actuó, las características del daño injustamente causado, las características de la persona cuyo honor o reputación se pretende salvaguardar, el medio por el cual se pretendió causar el daño y otros datos que pongan de manifiesto la absoluta necesidad de utilizar, en forma verdaderamente excepcional, medidas penales”.

23. MIGUEL CARBONELL. *El principio de proporcionalidad en el Estado constitucional*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2007.

seguridad nacional (evitar o combatir actos terroristas, la desestabilización de la familia presidencial).

La medida no era necesaria porque el ejercicio de la libertad de expresión no puso, ni tampoco tenía idoneidad alguna para poner en peligro la vida de JERÓNIMO URIBE, quien, por demás, dispone de uno de los esquemas de seguridad personal más completos del país. Tampoco era necesaria porque dicho ejercicio de la libertad de expresión no tenía la idoneidad para afectar la seguridad nacional ni para aterrorizar a la población. El significado del lenguaje, insistimos, lo determina el contexto social, la situación histórico-social y/o espacio-temporal, así como el medio en que se expresa. Jerga, condición social, edad del imputado y medio de comunicación, le dan sentido y trascendencia al ejercicio de la libertad de expresión. En este caso, la declaración de NICOLÁS CASTRO tenía una forma simbólica, la misma no estaba encaminada a la comisión de un delito, era más bien la expresión de una opinión personal de descontento con la realidad política del país y con la forma en que actuaban los individuos poderosos.

Visto en contexto, resulta absurdo decir que el bien jurídico efectivamente tutelado fuese la vida del sujeto mencionado o el orden y la seguridad públicos. Bienes jurídicos que jamás estuvieron en peligro. *A contrario*, si se hubiese querido llevar a cabo el delito se hubiese hecho por medios idóneos, incluso ocultando la existencia del plan, de una forma más organizada, con participación de los receptores o del público al cual fue dirigido, así como con actuaciones que pudiesen configurar por lo menos un principio de ejecución en el *iter criminis*. La falta de idoneidad de la conducta salta a la vista: basta con comparar la escasa acogida que tuvo el grupo (con menos de veinte seguidores) con la fuerza que han tenido otras agrupaciones similares en Facebook²⁴. La incidencia como se puede ver es prácticamente nula.

La ausencia de un daño demostrado y de la gravedad objetiva del ejercicio abusivo de la libertad de expresión son otros dos argumentos que se suman a la tesis del uso desproporcionado del régimen de responsabilidades ulteriores. Máxime si se recuerda que en las sociedades democráticas el empleo de los mecanismos penales se considera como *última ratio*, y aún más, cuando los mismos están orientados a penalizar el ejercicio abusivo de la libertad de expresión²⁵.

24. Durante la investigación, al consultar dentro de la red social Facebook encontramos al menos veintitrés grupos que se introducían con la expresión “me comprometo a matar a...”. Grupos con diversa cantidad de miembros y de enseñas, por ejemplo: “Soy colombiano de corazón y yo también quiero matar a Chávez”, grupo que tiene 617 miembros y a cuyos creadores y partícipes la prensa local no les ha prestado atención, ni la Fiscalía les ha iniciado investigación penal. Incluso hay un grupo cuyo nombre es “me comprometo a matar a Ricardo Abdahlann”, que tiene 239 miembros y es tan intrascendente que incluso la propia víctima comenta en el muro sobre el poco cariño que le tienen sus creadores y participantes.

25. Corte Interamericana. Sentencia del caso *Usón Ramírez contra Venezuela*, noviembre 2009, Párrafo 67. “(...) si bien un instrumento penal puede ser idóneo para restringir el ejercicio

En conclusión, las medidas (persecución penal y privación de la libertad) adoptadas por el Estado son desproporcionadas, pues no eran necesarias para salvaguardar el derecho a la vida o la seguridad pública. ¿Cómo sortear entonces la concreción de la obligación de intervención mínima del poder judicial estatal en la libertad de expresión y la posible adopción de medidas alternativas que aseguren un ejercicio razonable del reproche estatal frente a un uso abusivo de la libertad de expresión? Sobre este punto nos ocuparemos seguidamente.

A. EL EMPLEO DE UN RÉGIMEN DE RESPONSABILIDADES ULTERIORES DE CARÁCTER PENAL (ES DESPROPORCIONAL PUES) FUNCIONA COMO UN INCENTIVO A LA AUTOCENSURA

La existencia de un régimen de responsabilidades ulteriores severo tiene la función promocional negativa de propiciar prácticas sociales de autocensura. En adelante intentaremos aclarar este concepto para posteriormente referirnos a los pronunciamientos del sistema interamericano sobre este particular.

La autocensura constituye una limitación de hecho a la libertad de expresión, en tanto que, por miedo, las personas dejan de emitir una opinión o una información. “La autocensura es un silencio que se alimenta del temor al poder económico, político o de cualquier otro tipo; del miedo a sufrir las consecuencias de criticar, importunar o no acatar esos poderes”²⁶.

En una sociedad democrática y liberal no debe haber cabida a la autocensura, en la medida en que ésta es producto de una clara instrumentalización de las ideas, la información y las opiniones, a partir del miedo a las sanciones y a los ejercicios de control del poder. La autocensura deviene entonces en uno de los efectos más dañinos de la criminalización de las opiniones.

La Corte Interamericana ha reconocido la importancia de la doble dimensión individual y colectiva del derecho a la libertad de expresión, entendida como la posibilidad de emitir y de recibir información. Rescata de la dimensión colectiva su importancia durante los procesos sociales, tales como las elecciones o los controles realizados por los ciudadanos a sus gobernantes. En estos escenarios la ocurrencia de la autocensura tiene como efecto la eliminación de los espacios de discusión, de recepción y de difusión de información o de opiniones; en claro desmedro de la riqueza que se busca caracterice al mercado de las ideas.

abusivo de determinados derechos, siempre y cuando esto sirva al fin de salvaguardar el bien jurídico que se quiere proteger, lo anterior no significa que la utilización de la vía penal para la imposición de responsabilidades ulteriores al ejercicio de la libertad de expresión sea necesaria o proporcional en todos los casos”.

26. HUGO AZNAR. *Ética y periodismo*, Paidós, Barcelona, Papeles de comunicación 23, 1995.

En el caso *Herrera Ulloa vs. Costa Rica*²⁷, la Corte IDH destacó el efecto amedrentador de una sentencia condenatoria sobre la libertad de expresión. La imposición de sanciones penales, como consecuencia de determinadas expresiones, funciona como un método indirecto de restricción a la libertad de expresión. Para la Corte IDH, el Estado debe abstenerse de censurar la información relacionada con actos de interés público, ejecutados por funcionarios públicos o por particulares involucrados voluntariamente en asuntos públicos, quienes deben reflejar mayor tolerancia a las críticas.

Por su parte en el caso *Ricardo Canese vs. Paraguay*²⁸ la Corte IDH consideró que la sentencia condenatoria en materia penal es una violación *per se* de la Convención americana. Y la Comisión IDH informó sobre la inexistencia de una alternativa menos lesiva para la libertad de expresión (como la responsabilidad civil) en el ordenamiento jurídico paraguayo²⁹. En efecto, la Comisión asimila en este caso la autocensura a la censura previa, al producir los mismos efectos: no permitir que las expresiones circulen.

Como se puede ver, los órganos del sistema interamericano coinciden en reprobar los efectos de una sentencia condenatoria causada por la emisión de una opinión, ya que dichos efectos no solo recaen sobre el condenado, sino que menoscaban la posibilidad de que otros miembros de la sociedad tengan acceso a dichas opiniones o informaciones.

27. HERRERA ULLOA, periodista, publica en el diario *La Nación* de Costa Rica una nota con información publicada en cuatro periódicos belgas sobre tráfico de influencias y corrupción en Costa Rica, que involucraba a un embajador honorario. El afectado inició proceso penal contra HERRERA. El Código penal costarricense establecía una penalidad para los periodistas que repitieran información de terceras fuentes, además del delito de difamación. Después de ocho años de trámites en los tribunales, HERRERA fue condenado en última instancia, forzado al pago de multas, al registro en una base de datos de delincuentes y a la deslegitimación profesional.

28. RICARDO CANESE, candidato presidencial en las primeras elecciones presidenciales posteriores a la dictadura militar en Paraguay, se refirió a su contrincante como el “prestanombre” de la familia del antiguo dictador. Esta afirmación le comportó un proceso penal por injuria y calumnia promovido por los socios del afectado, aduciendo interés en el tema presidencial y la causa pública. Producto de este proceso se afectó la imagen de CANESE durante su campaña presidencial, se le sometió a un proceso de nueve años en tribunales, perdió su trabajo, se le condenó el pago de costas del proceso y se le sometió a restricciones estrictas para salir del país, para posteriormente absolverlo de toda responsabilidad penal mientras el proceso ya estaba en conocimiento de la Comisión.

29. Corte Interamericana. Sentencia del caso *Canese contra Paraguay*, agosto 2004, alegatos de la Comisión Interamericana, párrafo 72, literal 1: “en este caso el medio elegido para proteger un supuesto fin legítimo fue un instrumento desproporcionado de restricción de la libertad de expresión, puesto que existen otros medios menos restrictivos mediante los cuales el señor Wasmosy, única persona nombrada en forma directa por el señor Canese, pudo haber defendido su reputación, tales como la réplica a través de los medios de difusión o a través de acciones civiles. Al condenar al señor Ricardo Canese como consecuencia de la expresión de sus ideas, el Paraguay violó en perjuicio de éste la libertad de expresión consagrada en el artículo 13 de la Convención. Ello es así tanto si se considera la condena penal como una limitación indirecta a la libertad de expresión, dado el carácter intimidatorio que provoca, o como una limitación directa, dado que no es necesaria. Asimismo, las sanciones penales, al ser aplicadas, constituyen un mecanismo ilegítimo de restricción a la libertad de expresión”.

En conclusión, la existencia de un régimen de responsabilidades ulteriores que estimule la autocensura viola la Convención por desconocer el mandato de proporcionalidad. En esta medida, el Estado colombiano debe promover desde su normativa una mayor tolerancia a las expresiones y opiniones, no sólo respecto de las personas públicas, sino de las personas influyentes en cuestiones de interés público (categoría en la que entraría JERÓNIMO URIBE), y además, el régimen de responsabilidades ulteriores debe orientarse hacia medidas alternativas a las penales, situación que no se presentó en este caso, en donde tuvo prioridad la privación de la libertad.

El efecto más grave del proceso penal seguido contra NICOLÁS CASTRO es el mensaje de intimidación que envía a la sociedad. Está demostrada la probabilidad de persecución y falta de garantías para quien decide expresarse desfavorablemente respecto de personas públicas e influyentes, situación que hace más seguro el silencio y que refuerza el imperio de la censura.

B. ALTERNATIVA AL RÉGIMEN DE RESPONSABILIDADES ULTERIORES DE CARÁCTER PENAL: LA AUTORREGULACIÓN

¿Si hay un ejercicio excesivo de la libertad de expresión y las medidas penales son desproporcionadas, cuál es la alternativa? Sobre este punto enunciamos una propuesta que creemos podría armonizar la libertad de expresión y el uso responsable del poder que contiene dicha libertad. La medida que consideramos logra este cometido es la autorregulación. Sobre la misma detallaremos algunas características.

El concepto de autorregulación es diferente al de autocensura. Lo que busca la autorregulación es que en medios de comunicación con un potencial transformador de la dinámica social como Facebook, exista respeto, libre iniciativa y un uso responsable; la autocensura, a pesar de ser personal, está movida por el temor a los efectos producto de tal manifestación de ideas.

La autorregulación sólo puede darse en contextos democráticos porque parte de un compromiso personal y no tiene un carácter coercitivo, característica que hace que sólo tenga efectividad en la libertad. La mayor ventaja de la autorregulación es que contextualiza, hace que en el ámbito de la comunicación se ejerza una responsabilidad personal y social sin que se amenace la libertad de expresión, al no tener mecanismos distintos a la reprobación social de cara a las actuaciones incorrectas, lo que estimula un ejercicio más maduro y responsable de la libertad de expresión.

La autorregulación es una forma de regulación diferente a la regulación ejercida por el Estado; no es coercitiva pues no cuenta con mecanismos distintos a la desaprobación social frente a las actuaciones incorrectas, surge del compromiso personal y busca que los sujetos se pongan de acuerdo en la forma y bajo qué códigos de conducta van a regular sus actividades, sin que esto signifique la exclusión de la intervención del Estado.

Entre los beneficios de la autorregulación encontramos: 1) la flexibilidad para resolver conflictos; 2) la contextualización de los contenidos, las formas y el lenguaje; 3) la legitimidad del control sobre las conductas indebidas o irresponsables (no necesariamente ilegales) bajo sus propios códigos de conducta, en el caso del internet y las redes sociales; 4) un límite a la superproducción estatal de normas para controlar la comunicación, las cuales devienen innecesarias al carecer de capacidad para abarcar todo el mercado de las ideas; y 5) la promoción de la comunicación y de las actividades económicas de carácter globalizado.

En relación con los agentes de la autorregulación, es importante notar la existencia de dos acepciones del prefijo “auto” que califica la actividad reguladora: una con carácter colectivo, en la que el control lo ejercen todos los miembros de la colectividad, de los usuarios; y otra con carácter individual, en la que el control es ejercido por la propia persona o por el agente³⁰.

Por otra parte, para los casos en que no existan normas estatales aplicables, JEANNE PIA MIFSUD BONNICI en su libro *Self-Regulation in Cyberspace* (2008) propone que la autorregulación puede llenar los vacíos dejados por la legislación de los Estados en materia sustancial y procesal, al establecer los mecanismos y las vías respectivas para resolver los conflictos surgidos *on-line*. Como ambas modalidades, la regulación estatal y la autorregulación, ofrecen beneficios y reportan riesgos, se ha concebido una modalidad ecléctica en la que conviven la regulación del Estado y la autorregulación de los usuarios. Se trata de la autorregulación regulada³¹, modalidad que implica que el contenido normativo que rige las actuaciones en internet se encuentre dentro de lo regulado por los Estados y lo previsto por los usuarios, ambos criterios con un carácter complementario, en el que se *yuxtaponen el sistema regulador y el sistema auto-regulador en un sistema de mínimos para la Ley y de máximos para la ética*³².

Consideramos que esta modalidad de regulación se aviene a los términos de la Convención americana en relación con las características que debe tener el régimen de responsabilidades ulteriores en materia de libertad de expresión en la internet (i. e. intervención mínima del poder punitivo del Estado), pero sobre todo puede ser un buen desarrollo de los fundamentos

30. CHRISTOPHER T. MARSDEN. *Regulating the global information society*, 2000, p. 64 [en línea] http://books.google.co.uk/books?hl=en&lr=&id=sETJaoJ2XiUC&oi=fnd&pg=PA57&dq=self+regulation+and+internet&ots=nN8CcNCx4R&sig=dVKOA3TJec5alrbrSJ_ktR2gr-I#v=onepage&q=self%20regulation%20and%20internet&f=false. Consulta (19-5-2010).

31. WOLFGANG SCHULZ, THORSTEN HELD. *Regulated Self-Regulation as a Form of Modern Government Study commissioned by the German Federal Commissioner for Cultural and Media Affairs*, p. 5 [en línea] <http://www.humanrights.coe.int/Media/documents/interim-report-self-regulation.pdf>. Consulta (19-5-2010).

32. ERNESTO VILLANUEVA. *Temas selectos del derecho a la información*. Volumen 67 de la serie de estudios jurídicos, Universidad Autónoma de México, 2004, p. 14 [en línea] <http://www.bibliojuridica.org/libros/3/1473/12.pdf>. Consulta (19-5-2010).

filosóficos y antropológicos de la Convención (seres humanos dignos, libres, responsables y solidarios).

Para concluir enunciamos el dilema en materia de regulación de las redes sociales en internet, que se generó cuando el empresario del internet TIM O'REILLY propuso a todos los bloggers o blogueros³³, en un foro internacional en materia de seguridad informática, moderación en sus comentarios y el establecimiento de un código de conducta, enmarcado en los siguientes preceptos:

A) toma la responsabilidad no sólo por tus propias palabras sino también por los comentarios que permites en tu blog. B) Etiqueta tu nivel de tolerancia para comentarios abusivos. C) Considera eliminar comentarios anónimos. D) Ignora a los *trolls* (persona que hace comentarios escandalosos para generar controversia en los foros de internet). E) Sigue la conversación fuera de internet, habla directamente o encuentra a algún intermediario que pueda hacerlo. F) Si sabes de alguien que se esté comportando mal haz que lo sepa. G) No digas nada en línea que no dirías en persona³⁴.

Con esta propuesta se elimina la existencia de los mensajes anónimos en los blogs y se podría involucrar un sistema de responsabilidades por las opiniones emitidas por otras personas. Frente a esto algunos de los usuarios más liberales han considerado que la propuesta de O'REILLY desconoce las herramientas de autorregulación con las que se puede controlar el flujo de información, herramientas como los sistemas de denuncia de Facebook³⁵, los reportes sobre la información en los blogs de blogger³⁶, las banderillas rojas de Youtube para alertar el contenido inapropiado de un video, o simplemente borrar los mensajes. ¿Constituiría este ejercicio de autorregulación (la imposición de un código formal de conducta para los blogger) un ataque intenso a la naturaleza libre del internet?

En conclusión, consideramos que el estímulo estatal a una cultura de la autorregulación en internet permitiría, con más eficacia y también con más legitimidad, controlar los ejercicios abusivos de la libertad de expresión en las redes sociales. Esto no solo permitiría desarrollar las obligaciones positivas de la Convención americana en la materia, sino que evitaría intromisiones desproporcionadas del Estado en la órbita de las libertades de sus habitantes.

33. Es el término utilizado para el usuario de internet en particular de sitios web de forma periódica, para actualizarlos o recopilar cronológicamente textos, información o artículos con el ánimo de tener invitados y recibir sus opiniones sobre la información que difundió, creando así una relación cercana con sus lectores.

34. <http://radar.oreilly.com/archives/2007/04/draft-bloggers-1.html>

35. <http://www.facebook.com/terms.php?ref=pf>

36. <http://www.blogger.com/content.g>

III. PERSECUCIÓN PENAL DE LA LIBERTAD DE EXPRESIÓN. LA DOCTRINA DEL DERECHO PENAL DEL ENEMIGO

En esta parte del artículo demostraremos que las actuaciones del poder judicial colombiano en el caso de NICOLÁS CASTRO, además de ser una aplicación excesiva y desproporcionada del régimen de responsabilidades ulteriores de la libertad de expresión, constituyen una aplicación de la doctrina conocida como “derecho penal del enemigo”. Este título se divide en dos partes: en la primera haremos una contextualización del caso de NICOLÁS CASTRO dentro de los elementos que integran la teoría mencionada; y en la segunda analizaremos cada actuación judicial como indicios procesales, sustanciales e ideológicos de la aplicación de la teoría del derecho penal del enemigo.

NICOLÁS CASTRO fue privado de su libertad como presunto responsable del delito de instigación a delinquir con fines (terroristas o de homicidio). Como sabemos, el derecho penal está caracterizado por ciertas funciones legitimadoras que van dirigidas a la prevención de delitos (prevenir vulneraciones a bienes jurídicos relevantes) y a la realización de garantías penales (protección no sólo a los bienes jurídicos, sino también a los destinatarios de la acción penal). Esto le permite tomar distancia de un modelo de derecho penal autoritario y acercarse a uno de carácter garantista. También existe otro tipo de funciones que desvirtúan la legitimidad del derecho penal y que son detectables en todo tipo de sociedades, como la interiorización de valores (el derecho penal no es una cuestión moral, no se prohíbe determinado comportamiento por razones morales sino por razones legales), y la función simbólica (cuando el derecho penal sólo se limita a producir la sensación de seguridad, sin que se modifiquen cuestiones de fondo, convirtiéndose en una manera fácil de cubrir las deficiencias en el ejercicio del poder político).

Uno de los ejemplos más representativos y debatidos en torno a un derecho penal simbólico es el conocido como derecho penal del enemigo, concepto revelado y criticado por GÜNTHER JAKOBS en 1985³⁷. Este autor define como enemigo a “quien se aleja de modo permanente del derecho y no ofrece garantías de que va a continuar fiel a las normas mínimas de convivencia de la sociedad (...) por lo tanto, el individuo que no admite ingresar al estado de ciudadanía no puede participar de los beneficios del concepto de persona”³⁸. Tal tratamiento se justifica para brindarles seguridad a los demás ciudadanos que sí decidieron recibir el mensaje de cumplimiento del ordenamiento jurí-

37. GÜNTHER JAKOBS, MIGUEL POLAINO. “En los límites de la orientación jurídica: derecho penal del enemigo”, en *Terrorismo y Estado de derecho*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2009, p. 19.

38. GÜNTHER JAKOBS, MANUEL CANCIO MELIÁ. *Direito penal do inimigo*, org. y trad. ANDRÉ LUIS CALLEGARI Y NEREU JOSE GIACOMOLLI, Porto Alegre, Livraria do Advogado, 2005, p. 10. Citado por ANDRÉ LUIS CALLEGARI, FERNANDA ARRUDA. “Derecho penal del enemigo y derechos fundamentales”, en *Derecho penal del enemigo: el discurso penal de la exclusión*, Buenos Aires, Edisofer, 2006, p. 329.

dico; igualmente se justifica por la necesidad de contar con un instrumento eficaz para contener el aumento de la criminalidad.

Se contraponen así un derecho penal de ciudadanos a un derecho penal del enemigo. El primero optimiza las esferas de libertad, el segundo la protección de los bienes jurídicos, protegiéndolos no sólo de actuaciones inminentes (actos ejecutivos), sino también de actuaciones preliminares (distintas fases del *iter criminis*) e incluso del riesgo o del peligro. Es así como el derecho penal del enemigo incide en el sistema penal de una sociedad mediante la introducción de nuevas figuras delictivas, la ampliación de las existentes y la agravación desproporcionada de las penas. En resumen, el derecho penal del enemigo justifica las medidas necesarias que deben tomarse frente a conflictos evidentes y en estados de emergencia, que exigen una actuación inminente, certera e impostergable para que éstos sean suprimidos.

Un Estado de derecho que garantice la vigencia de las normas y de los derechos no sólo puede protegerlos y auspiciarlos, sino que debe tener en cuenta el entorno en el que se desenvuelve la sociedad, como un aspecto importante para que ese Estado pueda cumplir con sus fines. En palabras de JAKOBS: “(...) Un estado de derecho sencillamente perfecto e ideal pondría a los terroristas las cosas especialmente fáciles y les ofrecería condiciones ideales para extenderse y para realizar actos terroristas”.

Dejando a un lado el posible debate que esta tesis pueda generar, nos interesa responder a dos interrogantes: ¿qué sucede en sociedades como la colombiana, donde el conflicto no es cuestión de momentos históricos excepcionales, sino se consolidó como un elemento característico de nuestra sociedad y de nuestro derecho? Y, ¿el derecho penal del enemigo deberá, por lo tanto, configurarse como una institución permanente?

Para ello es necesario destacar “la especificidad y particularidad del caso colombiano”³⁹, dado que somos un país que no vivió tortuosamente una dictadura militar, como sí la padecieron otras naciones latinoamericanas. Generalmente, las instituciones colombianas ejercen sus atribuciones con cierta normalidad, el principio de separación de poderes se ha mantenido, se posibilitan las protestas ciudadanas, o por lo menos se reconocen y de alguna manera son tenidas en cuenta, no hay censura directa a los medios de comunicación, etc. A grandes rasgos, Colombia se ha caracterizado por su estabilidad democrática. Sin embargo “las libertades civiles e instituciones democráticas están socavadas por el temor; la violencia política y de otros tipos es mucho mayor que en aquellos países del continente en los que se encuentran suprimidas por un régimen dictatorial”⁴⁰.

En nuestro parecer, en el caso de NICOLÁS CASTRO se dan dos aspectos que en Colombia reflejan la implementación del derecho penal del enemigo:

39. ESTANISLAO ZULETA. “Derechos humanos, violencia y narcotráfico”, en *Colombia: violencia, democracia y derechos humanos*, Bogotá, Altamir Ediciones, 1991.

40. *Ibíd.*, p. 141.

la importancia que se ha dado a la noción de seguridad y la tergiversación del concepto de eficiencia. Al respecto, ALEJANDO APONTE reconoce las importantes modificaciones que sufrió nuestro sistema penal con las recurrentes declaraciones de estado de excepción durante el siglo XX⁴¹, algunas como producto de la denominada doctrina de seguridad nacional promovida por gobiernos estadounidenses para impedir y contrarrestar nuevos movimientos de liberación en la región, que trataran de seguir el ejemplo de la revolución cubana.

Aponte explica que

Una de las consecuencias más concretas de la implementación de un derecho penal basado en una lectura radical de la noción de seguridad, fue la criminalización y persecución indiscriminada de todo tipo de actores que se movían, en ese entonces, en lógicas de acción política distintas de la actuación guerrillera que era el paradigma de la violencia política. El guerrillero constituía el gran enemigo. A su lado se criminalizaron otros actores como ciertos sectores de opinión pública, miembros de partidos políticos de izquierda, estudiantes, campesinos, obreros y otros actores que fueron perseguidos a través del derecho penal (...) ⁴².

El autor agrega otra característica de nuestro derecho penal que se ha arraigado hasta nuestros días: un derecho penal que, en búsqueda de la eficiencia, se olvida de las garantías procesales y sustanciales de los sindicatos, y donde la eficiencia se resume en sentencias condenatorias. APONTE señala que este eficientismo es producto de la cruenta época de incursión del narcotráfico y sus enfrentamientos internos y retaliaciones contra ciertos representantes estatales que involucraban a una cantidad considerable de población civil: los carros bomba, los atentados en aviones, en calles, en centros comerciales, etc.

Estos hechos produjeron el surgimiento de la justicia sin rostro, respecto de la cual, “en todos los años de [su] vigencia, ha sido sintomático el uso abstracto de estadísticas que terminan produciendo un efecto social apenas simbólico, pues el ciudadano común no observa ningún cambio real en la dinámica cotidiana de la violencia que lo amenaza”⁴³. Esto en razón a que la justicia muchas veces no llegó a donde debió haber llegado. En igual sentido, para FERRAJOLI y ZOLO “la intervención penal es un mecanismo de criminalización de tipo ético e individualizante que no tiene otro efecto que el de identificar particulares chivos expiatorios a los que imputar culpas y responsabilidades para eximir al sistema social en su conjunto”⁴⁴.

41. ALEJANDRO APONTE. “Derecho penal del enemigo en Colombia: entre la paz y la guerra”, en *Derecho penal del enemigo: el discurso penal de la exclusión*, Buenos Aires, Edisofer, 2006, p. 209.

42. *Ibíd.*, p. 210.

43. *Ibíd.*, p. 212.

44. LUIGI FERRAJOLI y DANILO ZOLO. “Democracia autoritaria y capitalismo maduro”, *El Viejo Topo*, Barcelona, 1983, p. 115. Citado por GERMÁN ALLER, en *El derecho penal del Ene-*

En esta mezcla de eficientismo y seguridad el derecho penal colombiano se ha politizado⁴⁵. En un derecho penal que relativiza al enemigo según una coyuntura específica⁴⁶, el concepto de enemigo se empieza a ampliar o a reducir según se interprete por quien detenta el poder. Puede ser enemigo aquel que se muestre abiertamente en contra de las políticas regulares de un gobierno o que exprese su aversión a personajes públicos, o que denuncie posibles irregularidades en la institución, manteniéndose todo en la órbita de la ideación –si se habla en términos penales– o de la libertad de pensamiento y expresión.

A. INDICIOS DE APLICACIÓN DEL DERECHO PENAL DEL ENEMIGO EN LA JUDICIALIZACIÓN DE NICOLÁS CASTRO

Frente al caso de NICOLÁS CASTRO es posible identificar algunos indicios de la aplicación de un derecho penal del enemigo. De acuerdo con esta teoría: “el autor no tiene ninguna esfera privada, ningún ámbito para una conducta aun no relevante socialmente, sino que es concebido tan solo como fuente de peligro o, en otras palabras, como enemigo del bien jurídico tutelado”⁴⁷. En el derecho penal del ciudadano este posee un ámbito vital que el derecho no puede interferir ni inspeccionar y está protegido por garantías procesales. Veamos algunos indicios de la aplicación del derecho penal del enemigo en este caso desde tres perspectivas: ideológica, procesal y sustantiva.

1. PERSPECTIVA IDEOLÓGICA

¿Es NICOLÁS CASTRO un verdadero delincuente o, por el contrario, siguiendo la lógica del derecho penal del enemigo, se amplió la órbita del tipo penal de instigación a delinquir para cobijar su supuesta conducta? ¿Haberlo declarado como “terrorista” se puede justificar por la supuesta declaración abierta en contra de uno de los hijos del presidente reconocido por su renombre e importancia pública? ¿El derecho penal le pasa a NICOLÁS CASTRO la factura de su osadía de expresarse rudamente en contra del hijo del presidente de la República?

migo y la sociedad del conflicto. Derecho penal del enemigo: el discurso penal de la exclusión, Buenos Aires, Edisofer, 2006, p. 97.

45. No es sólo político como ese elemento necesario en una sociedad donde el poder punitivo se desenvuelve en una determinada política criminal, sino, más ampliamente como un instrumento partidista de conversión.

46. APONTE. Ob. cit., p. 215.

47. APONTE. Ob. cit., p. 222.

Durante el siglo xx

en Alemania, la “justicia política” persiguió a la izquierda radical o extrema como enemigos del sistema (capitalista). En la España de FRANCO se denominaba enemigo a quien permitía comunicar públicamente una oposición al régimen franquista o a quien exigía derechos fundamentales. Los militares argentinos, durante los años de dictadura, calificaron como enemigos –con base en la doctrina de seguridad nacional– a “los ideólogos que envenenan las almas de nuestros jóvenes en las universidades” y amenazan con que “los enemigos destrozarán las almas de los argentinos”. El antiguo presidente de Ruanda, JEAN KAMBADA, que entre otras ha sido condenado por genocidio, alababa el trabajo de una emisora de radio que animaba a la persecución y muerte de miembros de la tribu tutsi y de los hutus moderados como “arma imprescindible en la lucha contra el enemigo”. El propio GEORGE W. BUSH estilizó hábilmente el concepto de enemigo como concepto de lucha desde el 11 de septiembre de 2001: “We are the target of our enemies who boast they want to kill: kill all Americans, kill all Jews and kill all Christians”, en su discurso a la nación tres días antes del comienzo de la guerra contra Iraq, Bush juraba las posibles consecuencias de continuar con una política de paz como “destruction never before seen on this earth” a tales “enemigos no se les debe dar la oportunidad de atacar primero (...)”⁴⁸.

La denominación del enemigo se facilita por los usos políticos de los conceptos de terrorismo y terrorista, emotivamente cargados. La renovada fórmula según la cual “quien no está conmigo está contra mí” se reedita por los usos ideológicos del derecho penal, mediante la criminalización de los disidentes como terroristas. No en vano el caso de NICOLÁS fue presentado por los medios bajo la dubitativa expresión “¿El terrorista de internet?”⁴⁹.

El argumento para la judicialización, además de la querrela presentada por JERÓNIMO URIBE, fue neutralizar el avance del terrorismo. De esta forma, la descalificación de las conductas de los hijos del presidente de la República y el compromiso con la muerte de uno de ellos es deliberadamente relacionado con una actividad terrorista. NICOLÁS CASTRO no está conforme, desea la muerte del hijo del gobernante y por tanto es un terrorista, atenta contra el gobierno y el derecho penal se adecua a esta realidad política. El derecho penal es una herramienta de la política de turno, no de la justicia. En el derecho penal del enemigo el gobierno se confunde con el Estado.

48. Toda la información de este párrafo fue consultada en STAAT ROSSEAU, p. 33. Citado por KAI AMBOS. *Derecho penal del enemigo*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2007, p. 13.

49. Revista *Semana*, edición 1440 del 5 de diciembre de 2009, en cuya portada aparece la foto de NICOLÁS CASTRO esposado, con la frase “¿El ‘terrorista’ de internet?” <http://www.semana.com/Sumario.aspx?IdEdi=1440>.

2. PERSPECTIVA PROCESAL

Durante las indagaciones de la Fiscalía para establecer la autoría del grupo de Facebook “Me comprometo a matar a JERÓNIMO URIBE...”, se presentaron las siguientes irregularidades que indican que desde la perspectiva sustancial, estamos en presencia de una aplicación del derecho penal del enemigo.

Las dos razones de la policía judicial para solicitar el allanamiento al lugar de residencia de NICOLÁS CASTRO⁵⁰, bajo la teoría de que él era el creador del grupo, fueron: 1) su pertenencia a los grupos de Facebook “No reelijas la rata que mata” y “No reelijas al narco paramilitar tirano”⁵¹; y 2) el hecho de que figuraba como autor de la siguiente nota publicada en el muro de dicho grupo:

Este tipo con sus artesanías de Colombia no hace más que explotar indígenas y gente de bajos recursos, además está acusado de plagio en la universidad de los Andes, y es bien conocido por acallar ese y otros tipos de problemas que ha tenido al interior de esa universidad, amenazando con matar a quien se le enfrente...hp⁵².

Para fundamentar sus hipótesis, el DAS calificó el caso como de “interés presidencial” y solicitó la colaboración internacional del FBI, para obtener información sobre los grupos de Facebook, el origen de los mismos, las direcciones IP⁵³ y otros datos de interés⁵⁴.

Por su parte, la Fiscalía construyó la hipótesis de la autoría del grupo “*Me comprometo a matar a Jerónimo...*” a partir de una conversación en Messenger sostenida por NICOLÁS y su novia⁵⁵, que fue obtenida en el allanamiento que se realizó al computador personal de aquel⁵⁶. Este allanamiento se produjo con ciertas inconsistencias como: 1) la alteración de la información proveniente del FBI sobre las direcciones IP que accedieron al grupo, en las que se confunde el acceso al grupo con su creación⁵⁷; 2) la deducción hecha por la policía judicial⁵⁸ al afirmar que NICOLÁS CASTRO era el autor del grupo con base en información proporcionada por la embajada de Estados Unidos⁵⁹; y

50. Orden de allanamiento y registro. Fecha: 14 de julio de 2009.

51. Informe ejecutivo de la Policía Judicial FPJ3 del 13 de julio de 2009.

52. Las razones se encuentran contenidas en el informe ejecutivo de la Policía Judicial FPJ3 del 13 de julio de 2009.

53. Número que identifica cada dispositivo electrónico con una red informática.

54. Solicitud de información-Oficio SIESGPJ.AIIE.680635-2 del 22 de julio de 2009.

55. Escrito de acusación. FGN-50000-F-27.

56. Formato investigador de campo de la Policía Judicial FPJ9 del 25 de noviembre de 2009.

57. Oficio 02302, Dictamen pericial de informática forense del 24 de noviembre de 2009.

58. Informe de registro y allanamiento de la Policía Judicial FPJ18 del 13 de julio de 2009.

59. File No. 680634, 22 de julio de 2009.

3) la participación coincidente de NICOLÁS CASTRO y el “cuervo del salado” en varios grupos de Facebook⁶⁰.

El descubrimiento parcial y la manipulación de un documento que contenía una conversación vía Messenger entre NICOLÁS y su novia, en la cual los dos hablan del citado grupo “*Me comprometo a matar a...*”. Esta prueba fue intervenida, su formato convertido de XML a Word y alterada de manera que se imposibilitó la identificación de la hora, fecha y participantes⁶¹. El extracto del documento consiste en una secuencia indefinida que no permite establecer qué persona afirma tal o cual contenido.

En el dictamen de la Policía Judicial sobre el computador de NICOLÁS CASTRO⁶² se indica que la palabra URIBE aparece 969 veces, la palabra JERÓNIMO veinte y la palabra rata cuatro; que existe evidencia de que el usuario utilizó los servicios del portal www.anonymouse.com que permite navegar anónimamente por internet, y que se registran varias visitas a páginas de grupos de oposición al gobierno⁶³.

Esta forma de proceder de la Fiscalía parece soportada más sobre la necesidad de identificar o de construir al enemigo en la persona de NICOLÁS CASTRO que sobre las reglas científicas de la prueba. El caso es una muestra de aplicación selectiva del derecho penal, comprobada con la existencia de otros grupos que promovían discursos de odio hacia TOMÁS URIBE, la ausencia de despliegue investigativo frente a los otros once miembros del grupo “*me comprometo a matar...*” y en el tratamiento del caso como un asunto de “interés presidencial”⁶⁴. Es particular la forma como quienes adelantan la investigación asocian distintas conductas de NICOLÁS CASTRO: su oposición a la reelección presidencial (demostrada con su pertenencia a los grupos en Facebook respectivos), el uso de un servicio de navegación anónima y la visita a distintas páginas de internet de extremistas⁶⁵; como indicios de actividad terrorista, sustentados con la similitud de los formatos de las páginas web y la supuesta sincronía horaria de la desactivación del grupo y la del perfil de NICOLÁS⁶⁶.

Luego de hacer un recorrido por las motivaciones, actuaciones y decisiones de la Fiscalía General de la Nación, los cuerpos de inteligencia nacionales y extranjeros que intervinieron y los jueces, se puede concluir que, desde una lectura externa al proceso, se entrevé el afán de éstos por sancionar a NICOLÁS CASTRO, con independencia de las pruebas que demostraban su inocencia, y de que para hacerlo tuvieran que destinar todos los esfuerzos operativos de

60. Grupo: Contra la utilización de perros y gatos como carnada de tiburones.

61. Formato investigador de campo de la policía judicial FPJ9 del 25 de noviembre de 2009.

62. Dictamen pericial en informática forense, 24 de noviembre de 2009.

63. Informe ejecutivo de la Policía Judicial FPJ3 del 13 de julio de 2009.

64. Solicitud de información-Oficio SIESGPJ.AIIE.680635-2 del 22 de julio de 2009.

65. Entre otras: Redantorcha.org.

66. Justificación, Informe ejecutivo de la Policía Judicial FPJ3 del 13 de julio de 2009.

inteligencia e investigación y vulnerar derechos fundamentales como el debido proceso, la libertad personal, la intimidad y la dignidad humana. Conclusión que confirma la aplicación de la teoría del derecho penal del enemigo en todo el desarrollo del proceso de NICOLÁS CASTRO.

3. PERSPECTIVA SUSTANTIVA

Para comprobar que desde la perspectiva sustantiva también se presenta una aplicación de la teoría del derecho penal del enemigo en el caso de NICOLÁS CASTRO, demostraremos que en el mismo, 1) no se presentaron los elementos constitutivos de una conducta de carácter penal, lo que conduce a la atipicidad de las actuaciones de CASTRO y consecuentemente a la imposibilidad de sancionarlo; y 2) el inicio de la acción judicial en este caso es una clara manifestación de una violación al principio de igualdad y una aplicación selectiva de la ley penal.

El primer indicio de la aplicación de la doctrina del derecho penal del enemigo está relacionado con la atipicidad de la conducta de NICOLÁS CASTRO. La Fiscalía ensancha el tipo penal, lo hace extensivo de manera que sea suficiente para cobijar la conducta de NICOLÁS bajo la expresión de instigación para delinquir con fines de homicidio o de terrorismo. Sin embargo, bien visto, el presente no es un caso de instigación a delinquir.

El Código penal colombiano tipifica en su artículo 348 el delito de instigación a delinquir, en los siguientes términos:

El que pública y directamente incite a otro u otros a la comisión de un determinado delito o género de delitos, incurrirá en multa.

Si la conducta se realiza para cometer delitos de genocidio, desaparición forzada de personas, secuestro extorsivo, tortura, traslado forzoso de población u homicidio o con fines terroristas, la pena será de cinco (5) a diez (10) años de prisión y multa de quinientos (500) a mil (1.000) salarios mínimos mensuales legales vigentes.

Para el derecho penal especial, el verbo rector *instigar* lleva implícita la idea de invitar o llevar a otro a la actuación, en este caso, a la comisión de un delito. Invitación que debe estar cualificada y tener la fuerza suficiente para hacer nacer en otra persona la decisión de delinquir. Según VELÁSQUEZ, por instigación o inducción se entiende “la figura en virtud de la cual una persona determina a otra a realizar el injusto doloso concreto, de allí que el instigador sea quien se limita a *provocar* en el autor la resolución delictiva determinada,

sin tener el dominio del hecho, lo que lo distingue del coautor”⁶⁷. Así mismo LOZANO afirma: “Lo que caracteriza la instigación es que aunque el provocador tenga motivos para desear el delito, al estimular al otro a que lo cometa, hace aparecer el acto nocivo necesario o útil a los intereses del instigado”⁶⁸.

Para instigar basta cualquier medio, pero es indispensable que este medio sea idóneo para provocar la resolución delictiva. Bien lo dice VELÁSQUEZ:

se puede instigar mediante regalos, promesas, amenazas, violencia, coacción, provocación de error en el instigado, con abuso del ascendente o autoridad que se detenta, mediante la emisión de consejos, a través de la expresión de deseos, valiéndose de apuestas, etc. Lo importante es que cualquiera de los medios utilizados sea idóneo y eficaz de cara a la realización de la conducta perseguida⁶⁹.

En el mismo sentido MAGGIORE afirma que la instigación “puede ser cometida por cualquier medio: discursos, escritos o hechos, con tal que sean idóneos. A veces el ejemplo, aunque sea mudo, es más eficaz que cualquier manifestación oral o escrita”⁷⁰.

De este tipo penal, destacamos tres elementos que cualifican la instigación: 1) que sea pública; 2) que sea directa; y 3) que esté orientada a que otro(s) cometan determinado(s) delito(s).

¿Se cumplieron estos elementos en el caso bajo análisis? ¿La creación del grupo en Facebook tuvo o podía tener la fuerza suficiente para que otra persona tomara la decisión de delinquir? ¿La creación del grupo invitaba directamente a las personas a cometer un delito? ¿La creación del grupo en cuestión fue un medio idóneo y eficaz para arribar al fin propuesto, en este caso, aterrorizar a la población o matar a JERÓNIMO URIBE?

En lo referente al aspecto de la publicidad que exige la norma penal en su primer inciso, y el cual destacamos anteriormente como fundamental para que se diera la instigación, habría que analizar si las redes sociales en internet son públicas o privadas. En lo que atañe a esta investigación, hay que decir que si bien estas redes sociales permiten el acceso a cualquier persona que haga parte de la red (acceso libre pero limitado) no significa que las use o las pueda usar cualquier persona (carácter público). A esto se suma la imposibilidad de utilizar los criterios clásicos para definir los linderos entre lo público y lo privado. Las comunidades virtuales tienen una dimensión semi-privada, quienes se unen a diferentes grupos lo hacen en virtud de invitaciones limitadas por la pertenencia y la participación en la red social.

67. FERNANDO VELÁSQUEZ VELÁSQUEZ. *Derecho penal. Parte general*, cuarta edición, Bogotá, Librería Jurídica Comlibros, 2009, p. 915.

68. CARLOS LOZANO Y LOZANO. *Elementos de derecho penal*, Bogotá, Temis, 1979, p. 21.

69. *Ibíd.*

70. GIUSEPPE MAGGIORE. *Derecho penal. Volumen 3. De los delitos en particular*, segunda edición, Bogotá, Temis, 1985-1986, pp. 442 y ss.

Asimismo, no existe prueba, ni hay mayores indicios, de que el pensamiento de CASTRO haya tenido el eco suficiente (idoneidad y eficacia) para hacer nacer en otras personas que se unieron al grupo (en todo caso en un número inferior a veinte), o que lo conocieron por diferentes medios, la idea o determinación de acabar con la vida de JERÓNIMO URIBE o de aterrorizar a la población. Tampoco hay evidencia que indique que la creación de este grupo en Facebook generaba una incitación efectiva a delinquir. Semejante conclusión no se puede inferir de la sola existencia del grupo. Por el contrario, dicho ejercicio puede verse como una mera declaración, la manifestación de una persona, sin un claro o posible ascendente sobre otras, en donde se expresaba un compromiso respecto de algo terrible, pero sin que la literalidad de este uso discursivo pudiera concretarse en la realidad.

Por último, consideramos que la creación de un grupo en Facebook con los contenidos que el susodicho tenía (me comprometo a matar a JERÓNIMO URIBE) no constituye un medio eficaz e idóneo para que otra persona que lo lea se incline a cometer un acto ilícito. Menos cuando, como se exige en el ámbito penal, debe existir un vínculo entre el hecho principal (matar a JERÓNIMO URIBE-terrorizar) y la acción del inductor (creación de grupo en Facebook), la actuación del inductor debe ser determinante, el hecho a realizar debe, por lo menos, implicar el comienzo de actos de ejecución y en este caso ni siquiera tuvieron lugar actos preparatorios, incluso, su accionar no llega si quiera a la etapa de la ideación en el *iter criminis*.

No hay en el comportamiento investigado actos de ejecución que conviertan en sancionable su conducta. De otra parte, el hecho de expresar su inconformismo (hasta el punto de comprometerse a matar) con los hijos del presidente no alcanza a violentar el bien jurídico tutelado. Para que esto suceda, como se exige en nuestro ordenamiento, según el principio de lesividad, es necesario afectar o poner en peligro efectivo el bien jurídico tutelado⁷¹ (seguridad pública), con independencia de que en este caso se trate de un delito de peligro y no de resultado. Situación que nos lleva a descartar la responsabilidad penal por ausencia de antijuridicidad material⁷².

Por los argumentos expuestos, consideramos que el presente caso no cumple los requisitos suficientes y necesarios para que el derecho penal pueda ser aplicado.

La segunda parte pretende mostrar que otro indicio de la aplicación del derecho penal del enemigo está relacionado con la aplicación selectiva de la ley penal en abierto desconocimiento del mandato de igualdad⁷³. Frente a supuestos fácticos similares, por una decisión de la autoridad, a unas personas

71. Corte Suprema de Justicia. Sala de casación penal. Sentencia del 13 de mayo de 2009, M. P.: Julio Enrique Socha Salamanca.

72. FERNANDO VELÁSQUEZ VELÁSQUEZ. Ob. cit., pp. 916-917.

73. Artículo 24. CADH. Todas las personas son iguales ante la ley. En consecuencia, tienen derecho, sin discriminación, a igual protección de la ley.

se les aplica la ley penal y a otras no. La selectividad en la aplicación de la acción penal consiste en que sólo una fracción del número total de delitos cometidos en la sociedad llega al sistema de justicia penal y concluye en una sentencia⁷⁴.

En el presente caso es extraordinaria la eficacia de la Fiscalía para adelantar las pesquisas respectivas y judicializar a NICOLÁS CASTRO como presunto responsable del delito de instigación para delinquir por medio de las redes sociales en internet. La diligente conducta de la Fiscalía en la investigación de las “amenazas” contra el hijo del presidente de la República contrasta con la inactividad investigativa en relación con otros casos similares en donde los “amenazados” son personajes políticos y periodistas, reconocidos como claros opositores al gobierno de turno, como la senadora PIEDAD CÓRDOBA, el senador GUSTAVO PETRO y el periodista DANIEL CORONELL; o personajes públicos de distinto carácter como el presidente venezolano HUGO CHÁVEZ, el periodista deportivo IVÁN MEJÍA y los cantantes colombianos JUANES y SHAKIRA⁷⁵.

El contraste de este tipo de casos con el caso central de nuestra investigación es alarmante. Nos preguntamos entonces, ¿por qué este caso trascendió tanto, hasta el punto de dar con el presunto autor de la supuesta instigación? ¿Tuvo un papel fundamental el hecho de que la persona amenazada fuese el hijo del presidente URIBE VÉLEZ? ¿Por qué las autoridades colombianas no le han dado el mismo interés o importancia a los otros casos, en los que también se ven involucradas altas figuras políticas del país?

4. EL DERECHO PENAL DEL ENEMIGO ES INCOMPATIBLE CON LA CONVENCION AMERICANA DE DERECHOS HUMANOS

En el caso de NICOLÁS CASTRO, el uso instrumental del poder punitivo del Estado desconoce no solamente los fundamentos antropológicos de la Convención y su misma teleología, sino que, en concreto, constituye una violación directa de las obligaciones estatales en relación con los distintos derechos humanos en ella reconocidos. Es claro que una aplicación selectiva de la ley penal desconoce el mandato de igualdad ante y en la ley (art. 24

74. HÉCTOR FIX-FIERRO. *Tribunales, justicia y eficiencia: estudio socio jurídico sobre la racionalidad económica en la función judicial*, México, Universidad Nacional Autónoma de México, 2006, p. 115.

75. Revista *Semana*. “El terrorista de Internet”. El país está sorprendido con el caso de un joven estudiante que amenazó por Facebook a los hijos del presidente y enfrenta ocho años de cárcel. Sábado 5 de diciembre de 2009. En <http://www.semana.com/noticias-nacion/terrorista-internet/132327.aspx> ¿El ‘terrorista’ de internet? Redacción política del periódico *El Espectador*. Los más amenazados de la web: Las redes sociales y los portales de los diarios se han convertido en escenarios de expresiones violentas. 4 de diciembre de 2009. En <http://www.elespectador.com/impreso/politica/articuloimpreso175874-los-mas-amenazados-de-web>.

CADH), que la persecución del pensamiento diferente desconoce la libertad de expresión (art. 13 CADH), y que las actuaciones procesales inspiradas en la ideología y el eficientismo desconocen las garantías judiciales del debido proceso (art. 8.º CADH).

CONCLUSIONES

La conducta concreta de perseguir la muerte de otra persona, mediante la creación de grupos en las redes sociales de internet, constituye un ejercicio abusivo de la libertad de expresión, en los términos del artículo 13 de la Convención americana de derechos humanos. Esta conducta está prohibida por el derecho interno e internacional.

Como ejercicio abusivo de la libertad de expresión, dicha conducta debe estar sometida a una responsabilidad ulterior que, a su vez, debe respetar el principio de proporcionalidad.

El régimen de responsabilidades ulteriores aplicado en el caso de NICOLÁS CASTRO, en la medida en que incluyó aplicación de normas penales, fue desproporcionado. La limitación a la libertad de expresión no era necesaria, el ejercicio de dicha libertad no suponía un riesgo cierto de los derechos de terceros o de la seguridad pública, y la conducta de la expresión no fue lesiva en sí misma.

La autorregulación es una alternativa al uso de la acción penal como elemento del régimen de responsabilidades ulteriores por uso abusivo de la libertad de expresión en las redes sociales de internet o foros virtuales. Esta modalidad reguladora tiene la ventaja de acoplarse al contexto de la internet, ser eficaz y contar con la legitimidad de los usuarios de la red o del foro.

El empleo efectivo de la acción penal frente a la conducta de opinar en contra de personajes poderosos mediante la participación en las redes sociales tiene (y tuvo en este caso) el efecto neto de promover la autocensura, circunstancia proscrita por la Convención americana.

En la judicialización de NICOLÁS CASTRO existen varios indicios de la aplicación de la doctrina del derecho penal del enemigo (aplicación selectiva de la ley penal, irregularidades procesales, ampliación de la tipicidad). Esta conducta estatal es incompatible con las obligaciones contraídas por el Estado colombiano contenidas en la Convención americana de derechos humanos y podrían fundamentar una eventual declaración de responsabilidad internacional del Estado.