

Sentencia C-442/11

TIPIFICACION PENAL DE INJURIA Y CALUMNIA-No desconoce el principio de legalidad/TIPIFICACION PENAL DE INJURIA Y CALUMNIA-No constituye una restricción ilegítima a la libertad de expresión

LIBERTAD DE EXPRESION A LA LUZ DE LOS TRATADOS INTERNACIONALES DE DERECHOS HUMANOS Y DEL ORDENAMIENTO CONSTITUCIONAL COLOMBIANO-Alcance y contenido

LIBERTAD DE EXPRESION EN SENTIDO ESTRICTO-Definición

LIBERTAD DE EXPRESION-Rasgos del ámbito constitucionalmente protegido

Se han distinguido ocho rasgos del ámbito constitucionalmente protegido de la libertad de expresión: (1) su titularidad es universal sin discriminación, compleja, y puede involucrar intereses públicos y colectivos, además de los intereses privados del emisor de la expresión; (2) sin perjuicio de la presunción de cobertura de toda forma de expresión por la libertad constitucional, existen ciertos tipos específicos de expresión prohibidos; (3) existen diferentes grados de protección constitucional de los distintos discursos amparados por la libertad de expresión, por lo cual hay tipos de discurso que reciben una protección más intensa que otros, lo cual a su vez tiene directa incidencia sobre la regulación estatal admisible y el estándar de control constitucional al que se han de sujetar las limitaciones; (4) protege expresiones exteriorizadas mediante el lenguaje convencional, como las manifestadas por medio de conducta simbólica o expresiva convencional o no convencional; (5) la expresión puede efectuarse a través de cualquier medio elegido por quien se expresa, teniendo en cuenta que cada medio en particular plantea sus propios problemas y especificidades jurídicamente relevantes, ya que la libertad constitucional protege tanto el contenido de la expresión como su forma y su manera de difusión; (6) la libertad constitucional protege tanto las expresiones socialmente aceptadas como aquellas consideradas inusuales, alternativas o diversas, lo cual incluye las expresiones ofensivas, chocantes, impactantes, indecentes, escandalosas, excéntricas o simplemente contrarias a las creencias y posturas mayoritarias, ya que la libertad constitucional protege tanto el contenido de la expresión como su tono; (7) su ejercicio conlleva, en todo caso, deberes y

responsabilidades para quien se expresa; por último (8) impone claras obligaciones constitucionales a todas las autoridades del Estado, así como a los particulares.

LIBERTAD DE EXPRESION-Titularidad es universal/LIBERTAD DE EXPRESION-Las personas jurídicas también son titulares de este derecho/LIBERTAD DE EXPRESION-Los intereses del receptor de la expresión son determinantes para establecer su alcance

La titularidad es universal, pues es definida por la expresión “toda persona” empleada por el artículo 20 constitucional, el artículo 19 del PIDCP y el artículo 13 de la CADH. Esta Corporación ha sostenido que se trata de una titularidad compleja puesto que involucra al mismo tiempo los intereses de quien se expresa, del receptor de la comunicación, y en algunas oportunidades de ciertas audiencias o el mismo público en general; de allí que sean titulares de la libertad de expresión, en relación con un acto de comunicación determinado, tanto el emisor como el receptor, que en ciertos casos puede ser una colectividad o el público en general. Los intereses del emisor, o quien se expresa, están siempre presentes, especialmente por el carácter de derecho fundamental de la libertad de expresión y su vinculación directa con las posibilidades de autorrealización y dignificación individuales. Además, es un instrumento para el ejercicio de otros derechos fundamentales, como la libertad religiosa, la participación política o el libre desarrollo de la personalidad. El interés del emisor radica tanto en expresar sus ideas, pensamientos, opiniones e informaciones, como en transmitirlos y diseminarlos al público que escoja. La Corte ha reconocido que las personas jurídicas también son titulares de este derecho, especialmente ha reconocido la existencia de un derecho a la libertad de expresión en cabeza de los medios de comunicación. Existe igualmente estrecha relación entre la libertad de expresión del medio de comunicación en tanto persona jurídica, y la libertad de expresión de las personas naturales que forman parte de la estructura organizacional de tales personas jurídicas. Por ejemplo, los editores, redactores, reporteros y otros periodistas o comunicadores sociales, que contribuyen a la transmisión de expresiones de terceros, a la vez que ejercen su propia libertad de expresión.

LIBERTAD DE EXPRESION-Limitaciones

A pesar de la presunción de que toda forma de expresión esta cobijada por el derecho fundamental en estudio existen ciertos tipos específicos de expresión prohibidos. Entre estos

se cuentan: (a) la propaganda en favor de la guerra; (b) la apología del odio nacional, racial, religioso o de otro tipo de odio que constituya incitación a la discriminación, la hostilidad, la violencia contra cualquier persona o grupo de personas por cualquier motivo (modo de expresión que cubija las categorías conocidas comúnmente como discurso del odio, discurso discriminatorio, apología del delito y apología de la violencia); (c) la pornografía infantil; y (d) la incitación directa y pública a cometer genocidio. Estas cuatro categorías se han de interpretar con estricta sujeción a las definiciones fijadas en los instrumentos jurídicos correspondientes, para así minimizar el riesgo de que se sancionen formas de expresión legítimamente acreedoras de la protección constitucional. Con excepción de estas formas de expresión, estrictamente definidas, la presunción constitucional de cobertura por la libertad de expresión, y la sospecha correlativa de inconstitucionalidad de toda limitación -legislativa, administrativa o judicial- a la expresión, se aplican en principio a toda forma de expresión humana.

LIBERTAD DE EXPRESION STRICTO SENSO-Grados de protección constitucional/LIBERTAD DE EXPRESION STRICTO SENSO-Tipos de discurso protegidos/LIBERTAD DE EXPRESION-Manifestaciones que constituyen el ejercicio de otros derechos fundamentales

Existen diferentes grados de protección constitucional en los variados ámbitos de la expresión humana protegidos por la libertad de expresión stricto sensu, por lo cual hay tipos de discurso que reciben una protección más reforzada que otros, lo que incide directamente sobre la regulación estatal admisible y el estándar de control constitucional al que se han de sujetar las limitaciones. Gozan de mayor grado de protección el discurso político, el debate sobre asuntos de interés público, y los discursos que constituyen un ejercicio directo e inmediato de derechos fundamentales adicionales que se vinculan necesariamente a la libertad de expresión para poder materializarse. Por otra parte, existen manifestaciones de la libertad de expresión que constituyen el ejercicio de otros derechos fundamentales, la cual por lo tanto es una condición necesaria para su ejercicio y ha de recibir especial protección en estos ámbitos particulares. Se trata, en resumen, de ocho tipos de discurso: (a) la correspondencia y demás formas de comunicación privada, (b) los discursos estéticos, morales, emotivos o personales, manifestados a través de expresiones verbales, artísticas, o de conductas simbólicas o expresivas, sin perjuicio de la protección constitucional explícita de la libre expresión artística; (c) la exposición de convicciones y la objeción de conciencia; (d) el discurso religioso; (e) el discurso académico, investigativo y científico; (f) las

expresiones realizadas en el curso de manifestaciones públicas pacíficas; (g) el discurso cívico o de participación ciudadana, y (h) el discurso de identidad, que expresa y refuerza la propia adscripción cultural y social.

LIBERTAD DE EXPRESION-A diferencia de los discursos especialmente protegidos, otras formas de expresión pueden ser objeto de mayores limitaciones

Ha sostenido esta Corporación que, a diferencia de los discursos especialmente protegidos, otras formas de expresión pueden ser objeto de mayores limitaciones bien sea porque el ejercicio de la libertad de expresión mediante dichos discursos implica cargas, deberes o responsabilidades constitucionales expresas, o porque su ejercicio ha de armonizarse satisfactoriamente con el ejercicio de los derechos constitucionales de los demás, como es el caso de la expresión comercial y publicitaria o la expresión que puede resultar socialmente ofensiva. No obstante, en estos casos también se aplica la presunción constitucional de cobertura y la sospecha de inconstitucionalidad de las limitaciones a la libertad de expresión. Igualmente se ha puesto de manifiesto que la expresión protegida por la libertad bajo estudio puede ser tanto la del lenguaje convencional, como la manifestada a través de conducta simbólica o expresiva, convencional o no convencional. En tal sentido la expresión puede efectuarse a través de cualquier medio elegido por quien se expresa. La protección constitucional se extiende a dicho proceso de transmisión y difusión, así como al medio utilizado, ya que la libertad constitucional que se estudia protege tanto el contenido de la expresión como su forma. Cada medio expresivo en particular, además de gozar de un nivel básico de protección constitucional compartido por todas las formas de transmisión y difusión de las expresiones, plantea a la vez sus propios problemas y especificidades constitucionalmente relevantes, que inciden sobre el alcance de esta libertad en casos concretos. Lo anterior no significa que cualquier persona pueda exigir el derecho de acceder a determinado medio de comunicación masiva, público o privado, creado por otros cuya libertad también está protegida. Así, los directores o editores de un medio masivo son los titulares del derecho a decidir qué se ha de divulgar a través de dicho medio, sin perjuicio del derecho de rectificación y, en ciertos ámbitos definidos por la ley en desarrollo de la Constitución, del derecho de réplica.

EXPRESION-Fundamentos de justificación de su protección reforzada en los ordenamientos jurídicos nacional e internacional/LIBERTAD DE EXPRESION-Puede ser objeto de

limitaciones/LIBERTAD DE EXPRESION-Conlleva deberes y responsabilidades para quien se expresa/DEBERES Y RESPONSABILIDADES DE QUIEN SE EXPRESA-Alcance variará dependiendo del tipo de discurso que se exprese/LIMITACIONES A LA LIBERTAD DE EXPRESION-Están sujetas a un control constitucional estricto

La libertad constitucional protege tanto las expresiones socialmente aceptadas como las que son inusuales, alternativas o diversas, lo cual incluye las expresiones ofensivas, chocantes, impactantes, indecentes, escandalosas, excéntricas o simplemente contrarias a las creencias y posturas mayoritarias, ya que la libertad constitucional protege tanto el contenido de la expresión como su tono. Su ejercicio conlleva, en todo caso, deberes y responsabilidades para quien se expresa. El alcance de estos deberes y responsabilidades variará, dependiendo del tipo de discurso que se exprese, el ámbito en el cual se haga uso de él y los medios utilizados. En todo caso han de estar definidos con previsión en la ley, sin perjuicio de la aplicación directa de los derechos fundamentales de terceros, como el buen nombre y la intimidad. La Corte también ha hecho énfasis en la especial importancia de este derecho en el ordenamiento jurídico colombiano, y ha señalado que ocupa un lugar privilegiado dentro del catálogo de derechos fundamentales por (1) consideraciones filosóficas sobre la búsqueda de la verdad, (2) razones derivadas del funcionamiento de las democracias, (3) motivos atinentes a la dignidad y autorrealización individual, (4) consideraciones sobre la preservación y aumento del patrimonio cultural y científico de la sociedad, y (5) motivos históricos y consideraciones prácticas sobre la incapacidad estatal de intervenir apropiadamente en esta esfera. No obstante, la libertad de expresión puede ser objeto de limitaciones, esa posibilidad se desprende claramente del artículo 13 de la CADH cuando señala que su ejercicio puede ser objeto de responsabilidades ulteriores fijadas por la ley y necesarias para garantizar los derechos y la reputación de los demás, la seguridad nacional, el orden público o la moral pública. En el mismo sentido el artículo 19 del PIDCP expresamente señala que este derecho puede ser objeto de restricciones siempre y cuando estén expresamente fijadas por la ley y sean necesarias asegurar el respeto a los derechos o a la reputación de los demás; o la protección de la seguridad nacional, el orden público o la salud o la moral públicas. En todo caso las limitaciones a la libertad de expresión están sujetas a un control constitucional estricto, como ha señalado de manera reiterada la jurisprudencia de esta Corporación. Ahora bien, como se anotó previamente se ha entendido que los tipos penales de injuria y calumnia se erigen como restricciones a la libertad de expresión, razón por la cual resulta necesario explorar esta perspectiva.

TIPOS PENALES DE INJURIA Y CALUMNIA-Medidas de protección de los derechos fundamentales a la honra y al buen nombre

BUEN NOMBRE Y HONRA-Distinción

LIBERTAD DE EXPRESION Y LIBERTAD DE OPINION-Prevalencia prima facie/DERECHO AL BUEN NOMBRE Y A LA HONRA-Relación con la dignidad humana

ANIMUS INJURIANDI-Tratándose del buen nombre, se encuentra ligado a la transmisión de información falsa o errada y a la opinión meramente insultante, en tanto que en relación con la honra, puede abarcar situaciones más amplias

TIPOS PENALES DE INJURIA Y CALUMNIA-Finalidad

POTESTAD DE CONFIGURACION LEGISLATIVA EN MATERIA PENAL-Límites/LIMITES AL PODER DE CONFIGURACION LEGISLATIVA EN MATERIA PENAL-Jurisprudencia constitucional/LIMITES AL PODER DE CONFIGURACION LEGISLATIVA EN MATERIA PENAL-Criterios

LEY PENAL-Constituye una severa restricción al ejercicio de los derechos fundamentales y a su vez un mecanismo de protección de los mismos/PROHIBICION DE DELITOS Y PENAS INDETERMINADOS-Prohibición que hace referencia a las modalidades de tipos penales en blanco y abiertos/TIPO PENAL EN BLANCO-Definición/TIPO PENAL EN BLANCO-Aplicación/TIPO EN BLANCO IMPROPIO-Concepto/TIPO EN BLANCO PROPIO-Concepto/TIPO PENAL EN BLANCO-Remisión a normas de rango administrativo tiene sus propias reglas

En materia de tipificación de delitos y fijación de penas, la Corte ha entendido además, que la ley penal constituye una severa restricción al ejercicio de los derechos fundamentales y a su vez un mecanismo de protección de los mismos así como de otros bienes constitucionales, como por ejemplo, el medio ambiente, el orden económico, la moralidad pública, etcétera. Así pues, únicamente pueden ser tipificadas conductas que afecten un bien jurídico con relevancia constitucional. Para efectos de la presente decisión interesa especialmente la prohibición de delitos y penas indeterminados, prohibición que hace referencia a dos modalidades de tipos penales especialmente controvertidas: los tipos penales en blanco y los tipos penales abiertos. Esta Corporación ha definido un tipo penal en blanco como aquel en que el supuesto de hecho se encuentra desarrollado total o parcialmente por una norma de

carácter extrapenal. Los tipos penales en blanco responden a una clasificación reconocida por la doctrina y aceptada por la jurisprudencia constitucional colombiana ante la incapacidad práctica de abordar temas especializados y en permanente evolución, siempre que la remisión normativa permita al intérprete determinar inequívocamente el alcance de la conducta penalizada y la sanción correspondiente. Distintas cuestiones surgen respecto de los tipos penales en blanco y el principio de legalidad en materia penal. La primera de ellas es si la normatividad a la cual se acude por remisión, debe ser preexistente o precedente al tipo penal en blanco. Al respecto, esta Corporación ha expresado que se protege el principio de legalidad no con la exigencia de preexistencia de la norma de complemento respecto de la disposición penal, sino con la simple existencia de ésta al momento de conformación del tipo integrado. También se ha indagado si se ajusta al principio de legalidad cuando la remisión opera respecto de disposiciones que no tengan la entidad de ley en sentido formal. Frente a este interrogante la Corte ha distinguido entre la remisión que ocurre frente a disposiciones de igual jerarquía y aquella que ocurre frente a normas de inferior jerarquía, denominada remisión propia e impropia, según el caso, para concluir que es posible el reenvío a normas de inferior jerarquía, en la medida que una vez integrado el tipo penal este adquiere unidad normativa pues “... la remisión que opera por virtud del tipo penal en blanco constituye simplemente una técnica legislativa de integración del tipo. La norma complementaria se adosa al tipo penal básico para integrar el “tipo penal”, momento a partir del cual éste tiene vigencia y poder vinculante completo. Ambas forman una unidad normativa que tiene plena vigencia”. En todo caso, la remisión o reenvío del tipo penal en blanco a normas de rango administrativo tiene sus propias reglas. Según se señaló en la sentencia C-605 de 2006, la remisión que opera en la complementación del tipo penal en blanco debe cumplir cuatro requisitos fundamentales: En primer lugar, la remisión debe ser precisa; en segundo lugar, la norma a la cual se remite debe existir al momento de conformación del tipo penal. En tercer término la norma de complemento debe ser de conocimiento público y, finalmente, debe preservar, como cualquier norma del ordenamiento, los principios y valores constitucionales.

TIPO PENAL ABIERTO-Contenido/TIPO PENAL ABIERTO-Supone cierto grado de indeterminación de los elementos normativos que lo configuran, empero esto no acarrea indefectiblemente su inconstitucionalidad

JURISPRUDENCIA DE LA CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS-Contiene la

interpretación auténtica de los derechos contenidos en la Convención Americana sobre Derechos Humanos, instrumento internacional que integra el parámetro de control de constitucionalidad/LIBERTAD DE EXPRESION-Jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos

JURISPRUDENCIA DE LA CIDH EN MATERIA DE LIBERTAD DE EXPRESION Y PRINCIPIO DE LEGALIDAD EN LA TIPIFICACION DE LOS DELITOS DE INJURIA Y CALUMNIA-Como precedente en torno al alcance, no puede ser trasplantada automáticamente al caso colombiano

DELITOS DE INJURIA Y CALUMNIA-Desarrollo jurisprudencial de la Corte Suprema de Justicia y Corte Constitucional

DELITO DE CALUMNIA-Elementos que lo estructuran, según la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia/DELITO DE INJURIA- Elementos que lo estructuran, según la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia

INTERPRETACION DE LOS ORGANOS DE CIERRE DE LAS DISTINTAS JURISDICCIONES- Constituye derecho viviente

TIPOS PENALES DE INJURIA Y CALUMNIA-Dirigidos a preservar los derechos fundamentales de cualquier persona residente en Colombia/TIPOS PENALES DE INJURIA Y CALUMNIA-Cumplen importantes propósitos dirigidos a reservar la paz social y a evitar la justicia privada

TIPOS PENALES DE INJURIA Y CALUMNIA-Despenalización está reservada al legislador en el ejercicio de potestad de configuración normativa/TIPO PENAL-Carácter abierto no implica su inconstitucionalidad

Referencia: expediente D-8295

Demanda de inconstitucionalidad contra los artículos 220, 221, 222, 223, 224, 225, 226, 227 y 228 de la Ley 599 de 2000, modificados por el artículo 1 de la Ley 599 de 2000.

Actores:

Eduardo Márquez González y David Armando Rodríguez

Magistrado Ponente:

HUMBERTO ANTONIO SIERRA PORTO

La Sala Plena de la Corte Constitucional, en cumplimiento de sus atribuciones constitucionales y de los requisitos y trámites establecidos en el Decreto 2067 de 1991, ha proferido la siguiente

SENTENCIA

I. ANTECEDENTES

En ejercicio de la acción pública consagrada en el artículo 241 de la Constitución Política, los ciudadanos Eduardo Márquez González y David Armado Rodríguez Henry inicialmente solicitaron la declaratoria de inexecutable de los artículos 220 y 221 de la Ley 599 de 2000 “Por la cual se expide el Código Penal”, modificados por el artículo 1 de la Ley 890 de 2004.

Mediante auto de veintiuno (21) de octubre de 2010 la demanda fue inadmitida y se le concedió a los actores plazo de tres días para corregirla, dentro del término de ejecutoria de la anterior providencia el libelo acusatorio fue enmendado y la demanda fue ampliada a los artículos 22, 223, 224, 225, 226 y 227 del Código Penal, el diez (10) de noviembre de 2010 el Magistrado Sustanciador admitió la demanda presentada, en la misma providencia ordenó su fijación en lista en la Secretaría General de esta Corporación y decidió comunicar la iniciación de este proceso al Presidente del Congreso, al Presidente de la República y al Ministerio del Interior y de Justicia, para que dentro de los diez (10) días siguientes al recibo de la comunicación respectiva, se pronunciaran indicando las razones que, en su criterio, justifican la constitucionalidad o inconstitucionalidad del precepto demandado. En la misma providencia invitó a la Academia Colombiana de Jurisprudencia, al Instituto Colombiano de Derecho Procesal, al Colectivo de Abogados José Alvear Restrepo, a Dejusticia, a la Relatora especial para la libertad de expresión de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos y a las facultades de derecho de las universidades Andes, de Antioquia, de Cartagena, del Valle, Externado, Javeriana, Libre, Nacional y Rosario para que, de estimarlo conveniente, intervinieran en el proceso. Por último, ordenó correr traslado al Procurador General de la Nación para que emitiera el concepto correspondiente.

Dentro del término de fijación en lista fueron allegados al expediente los escritos de

intervención presentados por los ciudadanos (i) Andrés Monroy Gómez en representación del Grupo Derecho Ciudadano a la Información, (ii) Lilibeth Cortés Mora y Máviló Nicolás Giraldo Chica, (iii) David Armando Rodríguez Rodríguez, (iv) Jaime Bernal Cuellar, (v) Andrés Morales, (vi) Laura Viviana Flórez Rodríguez, (vii) Ana Beatriz Castelblanco Burgos y (viii) Gustavo Gallón Giraldo, Juan Camilo Rivera Rugeles, Mateo Gómez Vásquez y Fátima Esparza Calderón. El seis (06) de octubre de dos mil diez (2010) fue radicado en la Secretaria General de esta Corporación el concepto emitido por el Procurador General de la Nación.

Cumplidos los trámites constitucionales y legales correspondientes, entra la Corte a decidir sobre la demanda de la referencia.

1. Disposiciones demandadas

A continuación se transcriben los enunciados normativos demandados:

LEY 599 DE 2000

Diario Oficial No. 44.097 de 24 de julio del 2000

EL CONGRESO DE COLOMBIA

DECRETA:

ARTICULO 220. INJURIA. <Penas aumentadas por el artículo 14 de la Ley 890 de 2004, a partir del 1o. de enero de 2005. El texto con las penas aumentadas es el siguiente:> El que haga a otra persona imputaciones deshonrosas, incurrirá en prisión de dieciséis (16) a cincuenta y cuatro (54) meses y multa de trece punto treinta y tres (13.33) a mil quinientos (1.500) salarios mínimos legales mensuales vigentes.

ARTICULO 221. CALUMNIA. <Penas aumentadas por el artículo 14 de la Ley 890 de 2004, a partir del 1o. de enero de 2005. El texto con las penas aumentadas es el siguiente:> El que impute falsamente a otro una conducta típica, incurrirá en prisión de dieciséis (16) a setenta y dos (72) meses y multa de trece punto treinta y tres (13.33) a mil quinientos (1.500) salarios mínimos legales mensuales vigentes.

ARTICULO 222. INJURIA Y CALUMNIA INDIRECTAS. A las penas previstas en los artículos

anteriores quedará sometido quien publicare, reprodujere, repitiere injuria o calumnia imputada por otro, o quien haga la imputación de modo impersonal o con las expresiones se dice, se asegura u otra semejante.

ARTICULO 223. CIRCUNSTANCIAS ESPECIALES DE GRADUACION DE LA PENA. Cuando alguna de las conductas previstas en este título se cometiere utilizando cualquier medio de comunicación social u otro de divulgación colectiva o en reunión pública, las penas respectivas se aumentarán de una sexta parte a la mitad.

Si se cometiere por medio de escrito dirigido exclusivamente al ofendido o en su sola presencia, la pena imponible se reducirá hasta en la mitad.

ARTICULO 224. EXIMENTE DE RESPONSABILIDAD. No será responsable de las conductas descritas en los artículos anteriores quien probare la veracidad de las imputaciones.

Sin embargo, en ningún caso se admitirá prueba:

1. <Numeral INEXEQUIBLE>

2. Sobre la imputación de conductas que se refieran a la vida sexual, conyugal, marital o de familia, o al sujeto pasivo de un delito contra la libertad y la formación sexuales.

ARTICULO 225. RETRACTACION. No habrá lugar a responsabilidad si el autor o partícipe de cualquiera de las conductas previstas en este título, se retractare voluntariamente antes de proferirse sentencia de primera o única instancia, siempre que la publicación de la retractación se haga a costa del responsable, se cumpla en el mismo medio y con las mismas características en que se difundió la imputación o en el que señale el funcionario judicial, en los demás casos

No se podrá iniciar acción penal, si la retractación o rectificación se hace pública antes de que el ofendido formule la respectiva denuncia.

ARTICULO 227. INJURIAS O CALUMNIAS RECIPROCAS. Si las imputaciones o agravios a que se refieren los artículos 220, 221 y 226 fueren recíprocas, se podrán declarar exentos de responsabilidad a los injuriantes o calumniantes o a cualquiera de ellos.

ARTICULO 228. IMPUTACIONES DE LITIGANTES. <Artículo CONDICIONALMENTE exequible sentencia C-392 de 2002> Las injurias expresadas por los litigantes, apoderados o defensores en los escritos, discursos o informes producidos ante los tribunales y no dados por sus autores a la publicidad, quedarán sujetas únicamente a las correcciones y acciones disciplinarias correspondientes.

2. La demanda

En el líbello inicialmente presentado los demandantes acusan a los artículos 220 y 221 de la Ley 599 de 2000 de vulnerar los artículos 20, 29 y 93 constitucionales y los artículos 9 y 13 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos. En el escrito de corrección extienden los mismos cargos a los artículos 223 a 228 del Código Penal por considerarlos modalidades especiales de consumación de los delitos de injuria y calumnia, es decir por tratarse según su opinión de tipos penales derivados o formas secundarias o subsidiarias de un delito autónomo.

Como punto de partida indican que tanto la Corte Constitucional como la Corte Interamericana de Derechos Humanos han señalado que las disposiciones penales que restringen la libertad de expresión, además de ser necesarias y excepcionales, deben ser expresas, precisas, previas, y estar plasmadas en una ley. Narran que recientemente la Corte IDH declaró que la ley penal argentina que tipificaba los delitos de injuria y calumnia era contraria a la Convención Americana sobre Derechos Humanos, por no ser precisa e inequívoca en detallar los elementos constitutivos del ilícito, y permitía la persecución a ejercicios legítimos de este derecho, como críticas negativas sobre hechos y personas.

Consideran que los artículos 220 y 221 de la Ley 599 de 2000 son tan imprecisos ambiguos y amplios, al tipificar los delitos de calumnia e injuria que los preceptos de la ley argentina declarados violatorios de la Convención, pues tiene una redacción similar y que por lo tanto resultan inconstitucionales. Explican que la actual redacción de los delitos de injuria (“imputación deshonrosa”) y de calumnia (“imputar una conducta típica”) permite que críticas, opiniones negativas, o discursos impopulares o chocantes, sean perseguidos penalmente pues “para los ciudadanos no hay certeza jurídica sobre lo que está sancionado y lo que está permitido”. Estiman que la supuesta imprecisión y vaguedad entran en contradicción con los límites a la libertad de configuración del Congreso de la República “en

violación al artículo 29 constitucional, según el cual las conductas descritas como delitos, deben respetar el principio de legalidad, y estar descritas clara e inequívocamente.”

En el escrito de corrección de la demanda exponen que los mismos defectos achacados a los tipos penales de injuria y calumnia se extienden a los restantes artículos del Capítulo Único del Título V del Código Penal, por tratarse de tipos penales subordinados. Acotan que los artículos 223 y 226, son formas especiales de cometer injuria o calumnia; el artículo 225, en estricto sentido en una norma con contenido procesal que establece una causal de terminación anticipada del proceso penal; y los artículos 224 y 227 prevén causales de ausencia de responsabilidad especiales. El artículo 228 establece cuales conductas, no son sancionadas a través de los dos delitos principales.

Indican que muestra de lo anterior es la remisión expresa que hacen los artículos 222 a 228 a los artículos 220 y 221. Por ejemplo, el artículo 222 establece que será injuria y calumnia indirecta quien “publicare, reproducere, repitiere injuria o calumnia”, razón por la cual para aplicar este artículo 222, es necesario, primero determinar una injuria o calumnia genéricas.

Lo mismo ocurre con el artículo 223 que establece que “Cuando alguna de las conductas previstas en este título se cometiere utilizando cualquier medio de comunicación social u otro de divulgación colectiva o en reunión pública, las penas respectivas se aumentarán de una sexta parte a la mitad”, pues este artículo prevé una circunstancia de agravación punitiva, que depende de que la difamación se cometa en un medio de comunicación social.

El artículo 226, no habla, en estricto sentido de deshonar sino de agraviar, como verbo rector de la conducta, sin embargo los actores consideran que tanto la voz deshonar como agraviar, sufren de la misma inexactitud e imprecisión constitutivas de una violación al principio de estricta legalidad penal, del derecho al debido proceso, y elemento establecido por la Corte Interamericana de Derechos Humanos como requisito de restricción de la libertad de expresión.

Finalmente, a juicio de los demandantes los artículos 224, 227 y 225 de la Ley 599 de 2000 no prevén formas subsidiarias de los delitos de injuria y calumnia sino: i) causales de ausencia de responsabilidad, ii) una forma de terminación anticipada del proceso, pero entienden que siguen reproduciendo o conteniendo el mismo defecto de ambigüedad e

imprecisión debido a que hacen referencia a los tipos básicos de injuria y calumnia.

Concluyen que estos artículos, al referirse a circunstancias de agravación o atenuación, o causales de ausencia de responsabilidad y al ser formas subordinadas, no hacen otra cosa que reproducir el concepto o definición que hicieran los artículos 220 y 221 de injuria y calumnia respectivamente, razón por la cual, en su opinión, no ayudan a la concreción y precisión de las descripciones de los dos artículos principales y adolecen de la misma falta de precisión, concreción y taxatividad, que en su parecer adolecen los artículos que tipifican originalmente estos dos delitos en el Código Penal.

En cuanto al parámetro de control en este caso argumentan que está conformado por los artículos 20 y 29 de la Constitución Colombiana, en cuanto consagran el derecho a la libertad de expresión y establecen los requisitos para el ejercicio de la libertad de configuración penal por parte del legislador, especialmente la exigencia de precisión en la tipificación penal de conductas, y por los tratados internacionales de derechos humanos que hacen parte del bloque de constitucionalidad, especialmente los artículos 9 y 13 de la Convención Americana de Derechos Humanos, el primero por tipificar el principio de legalidad de la ley penal y el segundo por consagrar la libertad de expresión. Señalan adicionalmente que “los pronunciamientos de los órganos creados por estos tratados internacionales, con el fin de proteger y promover los derechos humanos, son también parte del bloque de constitucionalidad”, y para respaldar este último aserto citan distintas sentencias de la Corte Constitucional Colombiana.

Hacen luego una extensa exposición sobre la importancia de la libertad de expresión en las sociedades democráticas y pluralistas de la cual concluyen que se trata de una libertad preferente porque “al restringirse la libertad de expresión, se está limitando o incluso suspendiendo el debate público, la confrontación política propias de las sociedades pluralistas y diversas, además del derecho de todas y todos los ciudadanos a criticar, cuestionar o apoyar las acciones que nos afectan.”

Asumen entonces que las restricciones a esta libertad, para estar ajustada a la Constitución y a tratados internacionales que hacen parte del bloque de constitucionalidad, deben cumplir con una serie de condiciones que estiman no reúnen las disposiciones demandadas del Código Penal por las razones que se resumen a continuación:

1. En primer lugar señalan que el artículo 220 del Código Penal al tipificar de delito de injuria no describe de manera clara e inequívoca la conducta sancionada, pues la expresión imputaciones deshonrosas no es suficientemente precisa. Indican que en el caso Eduardo Kimel Vs. Argentina la Corte IDH señaló que las normas que limitan la libertad de expresión deben cumplir con el requisito de estricta formulación, citan luego apartes de esta decisión donde se consigna que los tipos penales deben emplear términos “estrictos y unívocos, que acoten claramente las conductas punibles” con el propósito de impedir que se persigan las opiniones disidentes y contrarias, y de que haya certeza sobre lo que está criminalizado y lo que no. Luego hacen una comparación entre la forma como aparece tipificado en el Código Penal Argentino y en el Código Penal Colombiano el delito de injuria, concluyen que son muy similares en su imprecisión y que por lo tanto el artículo demandado no se ajusta a los requerimientos que, según al Corte IDH, deben reunir los preceptos que limitan la libertad de expresión. Recuerdan que en el caso Eduardo Kimel vs. Argentina se decidió que la tipificación penal argentina del delito de injuria contravenía los artículos 9 y 13.1 de la Convención, en relación con los artículos 1.1 y 2 de la misma. Insisten en que la actual tipificación del delito de injuria, no establece qué debe entenderse por “imputaciones deshonrosas”, razón por la cual pueden resultar sancionados “críticas o discursos, que pueden ser altisonantes, impopulares, groseros o chocantes, pero que están protegidos por el derecho a la libertad de expresión”.

1. Los cargos que formulan los actores contra el artículo 221 del Código penal tiene el mismo sustento. Alegan que la tipificación del delito de calumnia no es suficientemente precisa pues la expresión imputar falsamente una conducta típica es vaga. Consideran por lo tanto que también se desconoce el requisito de estricta formulación, establecido por la Corte IDH, pues el artículo demandado no emplea términos “estrictos y unívocos, que acoten claramente las conductas punibles”. De la comparación que realizan de la forma como aparece tipificado el delito de calumnia en el Código Penal Argentino y en el Código Penal Colombiano, que la legislación nacional es incluso más imprecisa que la argentina y que por lo tanto el artículo demandado no se ajusta a los requerimientos que, según al Corte IDH, deben reunir los preceptos que limitan la libertad de expresión. Opinan que la amplitud y vaguedad de la

disposición penal “permite que el criterio subjetivo de un funcionario, tome como fundamento este artículo y sancione opiniones que en lenguaje coloquial tienen un significado, pero en el mundo jurídico otro. La amplitud, vaguedad e inexactitud, y el hecho que no se diga expresamente lo que no se penaliza, permite que llamar “pícaro” a un funcionario público, por ejemplo, sea tenido, como un delito de calumnia, porque “pícaro”, puede ser alguien responsable de peculado.” Citan en apoyo de su tesis la sentencia T-213 de 2004, en la que consideran que se examinó un caso que demuestra como la imprecisión del tipo penal de calumnia puede dar lugar a que se inicien investigaciones penales por exponer críticas u opiniones sobre la conducta de servidores públicos.

Luego hacen referencia a que la Federación Colombiana de Periodistas ha reportado numerosos casos de periodistas investigados y juzgados por los delitos de injuria y calumnia debido a que han expresado opiniones negativas sobre funcionarios públicos, lo que en su opinión también es un argumento que demuestra la laxitud, ambigüedad y vaguedad de la actual legislación que desconoce el principio de legalidad penal.

Señalan que la Corte Constitucional ha desarrollado una jurisprudencia similar a la de la Corte IDH en cuanto a los requisitos que deben reunir las limitaciones a la libertad de expresión y que también los jueces penales recurren a criterios de interpretación que han permitido superar la ambigua redacción de los delitos de injuria y calumnia, pero consideran que en todo caso “por tratarse de la restricción de un derecho de tal importancia, la ley debe ser taxativa, clara, precisa y no dar lugar a equívocos y, sobre todo, dar certeza a la ciudadanía de cuales conductas no son criminales.”

Hace alusión a precedentes de la Corte Constitucional en los cuales ha examinado leyes que establecen restricciones a la libertad de expresión en términos ambiguos, amplios e imprecisos. Específicamente mencionan la sentencia C-010 de 2000 en la cual se examinó el artículo 10 de la Ley 74 de 1966 que textualmente preveía: “Las transmisiones de programas informativos o periodísticos no podrán hacerse en tono de arenga, discurso o declamación, ni tratando de caracterizar a otra persona mediante la imitación de la voz”. Indican que la Corte constató que la definición era amplia y ambigua, lo que permitía que los funcionarios que aplicaran la ley cayeran en subjetivismos ante la inexistencia de un criterio objetivo para determinar cuándo una transmisión radial era una arenga o declamación. Razón por la cual declaró la inexecutable de la expresión “en tono de arenga, discurso o declamación”

contenida en el artículo acusado.

Igualmente ponen de manifiesto que la Corte Constitucional ha entendido que el principio de estricta legalidad constituye un límite a la libertad de configuración del Legislador en materia penal lo que ha llevado a la declaratoria de inexecutable de aquellas disposiciones que no establecen conductas claras, inequívocas y precisas, que permitieran una aplicación subjetiva. Destacan la sentencia C-205 de 2003, mediante la que se expulsó del ordenamiento un tipo penal que buscaba la sanción a personas que comerciaron con autopartes, pero que, mediante interpretación, también hubiera permitido la sanción de quienes no tuvieran las facturas de los repuestos, a pesar de haber sido legalmente adquiridos.

Refieren decisiones adoptadas por tribunales latinoamericanos que suspenden los tipos penales que restringen la libertad de expresión y narran que en distintos países del Continente se ha modificado la legislación y se ha despenalizado la divulgación de opiniones sobre funcionarios públicos.

Finalmente señalan que la declaratoria de inexecutable de los tipos penales de injuria y de calumnia no provocaría la desprotección de los derechos del buen nombre y de la honra, pues estos bienes jurídicos están tutelados por otros medios judiciales, tales como “la acción de tutela, en la que de probarse la difusión de información falsa o inexacta genera la exigencia judicial de rectificación y protección a estos derechos; la acción civil de reparación extra contractual, en la que de tenerse las pruebas de la afectación del buen nombre y honra, generará reparaciones pecuniarias; o las acciones policivas, previstas en el Código Nacional de Policía, previstos en el artículo 219 y s.s. para las declaraciones que perturben la tranquilidad pública; las acciones de grupo y populares, en las que, en el primer caso, un número plural de ciudadanos puede demandar la reparación de los perjuicios causados, o, en el caso de la segunda, solicitar a un juez que impida se atente contra los intereses colectivos con ejercicios abusivos de la libertad de expresión.”

Posteriormente en escrito de corrección de la demanda formulan cargos contra los artículos 222, 223, 224, 225, 226, 227 y 228 del Código Penal que a continuación se resumen.

Respecto del artículo 222 que tipifica la injuria y calumnia indirecta señalan que esta disposición establece una forma especial, subordinada o dependiente de la injuria y la

calumnia, referida a la forma de imputación, ya que se prevé que también cometerá estos delitos quien difunda información de manera “impersonal o con las expresiones se dice, se asegura u otra semejante”. Por lo tanto consideran que se trata de las mismas conductas de injuria y calumnia pero bajo dos formas especiales de configuración o consumación, por lo tanto adolecen de los defectos de imprecisión e indeterminación que reprochan a los artículos 220 y 221 del Código penal. Acotan que este precepto solo aporta unos elementos accesorios y circunstanciales de formas específicas de injuria y calumnia, pero no ayuda a la concreción ni aporta a la claridad y ambigüedad de las expresiones contenidas en los tipos penales principales.

Extienden las críticas antes formuladas al artículo 223 del Código Penal que establece circunstancias en las que se agravan las penas para los delitos. Este artículo, por una parte agrava las penas si la conducta tipificada como injuria o calumnia, se comete usando un medio de comunicación social o en un evento público; y por el otro prevé un atenuante en la pena, si se trata de imputaciones deshonorosas o calumniosas hechas de manera privada. Manifiestan que se trata de un tipo penal subordinado, ya que su aplicación depende de que se configure el tipo básico o principal, y que por lo tanto también resulta afectado por la falta de precisión de los tipos principales pues desconoce el principio de estricta legalidad en materia penal.

Respecto del artículo 224 indican que prevé casos en los que se excluye la responsabilidad cuando existiendo una “imputación de conducta típica”, esta se prueba, afirman que “el elemento constitutivo del artículo sigue siendo el mismo concepto gaseoso e indeterminado del artículo 221. Por lo que, siendo indeterminado el 221, es indeterminado, y por tanto contrario a la estricta legalidad penal, el artículo 224.”

Consideran que el artículo 225 se trata de una norma de contenido procesal que establece una causal de terminación anticipada del proceso penal, en esa medida entienden que no contribuye a precisar los tipos descritos en los artículos 220 y 221, sin embargo afirman que por ser un artículo subsidiario, dependiente de los dos primeros, deben ser declarado inexecutable con el fin de garantizar la coherencia del orden jurídico.

En cuanto al artículo 226, que tipifica la injuria por vías de hecho, resaltan que este tipo penal, en lugar de emplear la expresión “imputación deshonorosa” o “injuriar”, introduce

como verbo rector “agraviar”, empero entienden que este vocablo tampoco es claro, inequívoco ni taxativo, ni aporta concreción al artículo 220 del Código Penal. Sostienen que “se aporta aun mayor indeterminación, ya que no se especifica que es una vía de hecho, o que es “agraviar”; por supuesto, socialmente es posible establecer cuando alguna seña o manera representación, implica un insulto, pero al igual que en el caso la injuria, determinar esto depende del contexto de la afirmación.”

Indican que el artículo 227 tipifica las injurias y calumnias recíprocas y de manera expresa prevé que su aplicación se dará de manera subsidiaria y dependiente de la configuración de alguno de los tipos penales básicos, y de las injurias por vías de hecho; adicionalmente establece una causal de ausencia de responsabilidad. Explican que para su aplicación se requiere usar las definiciones de los artículos 220 y 221, ya que se refiere a las “imputaciones”. Concluyen que en esa medida reproduce la ambigüedad y vaguedad de las definiciones de injuria y calumnia. A lo suman que prevé otro elemento del tipo cuando incluye la expresión “agravios” que en lugar de aportar a la concreción de las conductas descritas, allega elementos que aumentan la indeterminación. Esto, debido a que, en su opinión, ninguna parte del Título V, o del mismo Código Penal, permite concluir que es “agraviar” o su adjetivo “agravioso”.

Consideran que el artículo 228 guarda directa relación con los artículos 220 y 221, porque entre sus elementos definitorios se encuentra el concepto de injuria pero que si cumple con el principio de estricta legalidad penal, pues excluye de manera clara la penalización de ciertas conductas. En efecto, indican que esta disposición prevé que las injurias, expresadas por los abogados apoderados dentro del desarrollo de procesos judiciales, a través de sus escritos o intervenciones, siempre y cuando no sean publicitados, serán corregidas por las normas disciplinarias correspondientes. Afirman que esta norma respeta el principio de estricta legalidad penal, ya que, como ésta existen diversos ejemplos, en los que el legislador, de manera expresa, establece cuales conductas están fuera de la persecución penal.

Concluyen que los artículos 222, 223, 224, 225, 226, 227 y 228 son preceptos penales que contienen los elementos de los artículos 220 y 221, y en consecuencia reproducen la ambigüedad e imprecisión de las expresiones “imputación deshonrosa” y la “imputación de conductas típicas” por lo desconocen el principio de estricta legalidad en materia penal.

Agregan que tampoco introducen elementos accesorios que concreten o eliminen la inexactitud de los artículos 220 y 221, ya que se refieren, en todos los casos a aspectos secundarios o eventos de agravación o atenuación, razones por las cuales solicitan su declaratoria de inexecutable.

3. Intervenciones oficiales y ciudadanas

Debido a las numerosas intervenciones que fueron allegadas al expediente, a continuación se agrupan en dos acápite los principales argumentos expuestos por los intervinientes.

3.1. Intervenciones que solicitan la declaratoria de inexecutable de las disposiciones acusadas

Lilibeth Cortés Mora, Nicolás Giraldo Chica, Gustavo Gallón Giraldo, Fátima Esparza Calderón, Juan Camilo Rivera Rugeles, Mateo Gómez Vásquez, David Armando Rodríguez, Laura Viviana Flórez Rodríguez, Andrés Morales, Andrés Monroy Gómez y Jaime Bernal Cuellar intervinieron en favor de la declaratoria de inexecutable de los artículos demandados. Las razones esgrimidas fueron las siguientes:

1. Destacan los intervinientes la importancia del derecho a la libertad de expresión desde la perspectiva del sistema interamericano de protección de los derechos humanos, hacen referencia al artículo 13 de la CADH y al inciso segundo de esta disposición que regula las posibilidades de restricción de este derecho. Manifiestan que según este enunciado, la CADH reconoce la posibilidad de adjudicar responsabilidades ulteriores como consecuencia del ejercicio del derecho, proscribiendo cualquier clase de responsabilidad anterior (o censura previa). La CADH señala que es posible establecer responsabilidades ulteriores siempre que ellas (i) estén expresamente fijadas en la ley y (ii) sean 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 moral públicas. Resaltan que la protección a la libertad de expresión prevista en la Convención Americana sobre Derechos Humanos es más amplia que la dispuesta en otros tratados internacionales, por lo menos respecto de un punto concreto: mientras que estos últimos permiten censuras ulteriores y previas, la primera prohíbe categóricamente las censuras previas, lo cual implica que solo serán admisibles las

censuras posteriores al ejercicio de la libertad de expresión. Argumentan que este enfoque protector es el que debe servir para interpretar las disposiciones del artículo 20 constitucional, pues el más favorable para la vigencia de los derechos humanos.

1. Hacen referencia al test tripartido implementado por la Corte IDH para examinar la legitimidad de las restricciones a la libertad de expresión, uno de sus componentes consiste en el requerimiento de que deben establecerse mediante leyes que definan y determinen taxativamente el contenido de la limitación a este derecho. Conceden con los demandantes en que los términos empleados por los artículos 220 y 221 del C. P. al tipificar los tipos penales de injuria y calumnia no cumplen este primer parámetro por ser supuestamente amplios y equívocos, de manera que permitirían criterios subjetivos o hacer imputaciones que cercenan derechos protegidos por la CADH.

1. Insisten en que las normas vagas, ambiguas, amplias o abiertas, por su simple existencia, disuaden la emisión de informaciones y opiniones por miedo a sanciones, y pueden llevar a interpretaciones judiciales amplias que restringen indebidamente la libertad de expresión; de lo que deducen que el Estado colombiano ha incumplido su obligación de precisar las conductas que pueden ser objeto de responsabilidad ulterior por el ejercicio de la libertad de expresión, para evitar que se afecte la divulgación de inconformidades y protestas sobre la actuación de las autoridades.

1. Sostienen que los artículos 220 y 221 del Código Penal desconocen el principio de estricta legalidad exigido por la Constitución y por los tratados internacionales de derechos humanos cuando se trata de conductas penales que se erigen en límites a la libertad de expresión. Por un lado, insisten en que el artículo 220 emplea la expresión imputaciones deshonrosas pero no señala un parámetro objetivo para que medir y predecir la posible ilicitud de las expresiones, sino que es un juicio librado a una apreciación subjetiva del juzgador. En esa medida consideran que la disposición demandada no proporciona criterios que le permitan establecer cuándo una imputación puede ser considerada deshonrosa o cuando no. Añaden

que el adjetivo calificativo deshonrosas no es una categoría unívoca y clara, que pueda ser definida a partir del sentido común que tiene esa palabra. Además, no se trata de una categoría que tenga una definición expresa en el ordenamiento jurídico colombiano. Concluyen que en este caso no le basta al juzgador hacer una interpretación literal para desentrañar el sentido de la norma, sino que debe acudir a otros criterios de interpretación, lo cual a su juicio es contrario al principio de legalidad que rige el establecimiento de delitos y penas.

1. Respecto del artículo 221, que define el delito de calumnia, encuentran que la expresión conducta punible empleada parece más precisa, pues se trata de una categoría definida en el Código Penal, pero en todo caso opinan que siga siendo vaga e imprecisa. Una de ellas es que el artículo 221 del Código Penal no estableció cuál era el dolo específico requerido para que se configure el delito de calumnia, lo que a su juicio permite que pueda imponerse la pena prevista sin necesidad de que se encuentre probada la voluntad del sujeto activo de la conducta, lo que deja en manos del juez penal un desbordado margen de apreciación.

1. Concluyen que ninguno de los dos tipos penales cumple con el principio de legalidad estricta de los delitos, lo que trae dos consecuencias negativas que desconocen el derecho a la libertad de expresión: por un lado, en la medida en que no permite deslindar con claridad las conductas sancionadas por tales delitos y las que no lo están, crean un efecto inhibitor que restringe indebidamente el derecho a la libertad de expresión; y por otro lado, deja abierto un margen de interpretación demasiado amplio, que permite que sean utilizados para silenciar expresiones críticas, disidentes o incómodas, las cuales son legítimas en una sociedad democrática. Expresan que la Corte IDH ha señalado que cuando los delitos que penalizan la libertad de expresión se encuentran definidos de manera vaga e imprecisa, el Estado debe ajustar su legislación interna, con el fin de hacerla acorde a los estándares internacionales en materia de protección de derechos humanos.

1. Igualmente señalan que la Corte Constitucional ha sostenido que la libertad de expresión

es un derecho fundamental de carácter preferente, razón por las cuales una limitación a la libertad de expresión se presume inconstitucional, sin embargo, puede ser restringida cuando se determina que la medida supera un test de proporcionalidad y se verifica que (a) persigue una necesidad social imperiosa; (b) es razonable u oportuna para lograr dicha necesidad social; (c) entre todas las medidas disponibles para lograr el objetivo propuesto, es la más benigna para el derecho a la libertad de expresión; y (d) está justificada por la importancia del fin perseguido por la medida restrictiva.

1. Alegan que la restricción de la libertad de expresión mediante los tipos penales de injuria y calumnia no procura una finalidad legítima cual es la protección de los derechos al buen nombre y a la honra porque el proceso penal tiene como principal función, no la protección de estos derechos fundamentales, la cual es contingente, sino la condena al responsable y que por lo tanto las sanciones pecuniarias y la acción de tutela son mecanismos más adecuados para proteger los derechos eventualmente afectados por el ejercicio irresponsable de la libertad de expresión. Por esta misma razón consideran que la persecución penal es una medida innecesaria y desproporcionada en sentido estricto debido a la gravedad de las penas contempladas en las disposiciones acusadas.

1. Mientras que otros intervinientes alegan que los tipos penales demandados son inconstitucionales porque no superan el test de proporcionalidad propuesto tanto por la Corte IDH como por la Corte Constitucional para examinar medidas que limitan derechos fundamentales. Entienden que si bien los tipos penales de injuria y de calumnia persigue un fin constitucionalmente legítimo y son idóneos para cumplir este propósito, no son necesarios porque existen mecanismos alternativos que son menos lesivos de la libertad de expresión y con un grado similar de efectividad respecto de la satisfacción del fin perseguido. Indican que el inciso segundo del artículo 20 constitucional establece la rectificación como elemento de la libertad de expresión, en consonancia con la responsabilidad social que involucra la difusión masiva de información. Adicionalmente, el artículo 86 superior establece la acción de tutela, cuando no exista otro mecanismo de defensa judicial. Consideran que en igual forma, el resarcimiento de los perjuicios generados por lesión injusta de los derechos fundamentales a

la honra y al buen nombre puede lograrse mediante una acción civil extracontractual.

1. Hacen también referencia al artículo 19 del PIDCP y manifiestan que este precepto señala que las restricciones a la libertad de expresión deben ser establecidas por una ley y que deben ser necesarias para asegurar: (a) el respeto de los derechos o la reputación de los demás; (b) la protección de la seguridad nacional o el orden público; o (c) la protección de la salud o la moral públicos. Así mismo, indican que según el Comité de Derechos Humanos, órgano en cargado de aplicar e interpretar el PIDCP, toda medida que tenga el propósito o el efecto de restringir este derecho debe cumplir un “test estricto de justificación”. El cual se compone de tres requisitos, que deben verificarse de manera concurrente para que pueda concluirse que una limitación al ejercicio de la libertad de expresión es válida: (a) debe estar consignada en una ley; (b) debe dirigirse a cumplir uno de los propósitos indicados en el artículo 19.3 del PIDCP; y (c) debe ser necesaria para cumplir con uno de los propósitos enunciados en la citada disposición.

1. El director de la Fundación para la Libertad de Prensa señala que en los últimos cinco años se han adelantado 42 procesos contra periodistas por los tipos penales de injuria y calumnia, destaca que la mayor parte de las denuncias han sido elevadas por funcionarios públicos. Señala que mediante estos procesos penales se buscan objetivos de distinta naturaleza como por ejemplo (i) silenciar críticas que se estén llevando a cabo en contra de las actuaciones de los servidores públicos; (ii) someter a los comunicadores a un proceso penal extenso y demorado, el cual los desgasta y los hace incurrir en altos costos procesales; (iii) presionar a los periodistas para que condicionen la información que publican o que hagan rectificaciones que, de acuerdo con la ley, no estarían en la obligación de realizar. Cuenta que después de haber sido sometidos a estos procesos judiciales los periodistas tienden a autocensurarse, afectando gravemente el libre flujo de información en una sociedad democrática. Narra que la gran mayoría de los procesos penales que se inician contra periodistas por los delitos de injuria y/o calumnia no culminan en sentencias condenatorias. Sin embargo, opina que muchas veces el denunciante no busca que haya una condena, sino que pretende someter al

periodista al desgastante proceso judicial, razón por la cual mediante estos procesos no se estaría protegiendo la honra, la reputación y el buen nombre de los denunciantes, sino que serían utilizados como un mecanismo de censura indirecta.

3.2. Intervenciones que solicitan la declaratoria de exequibilidad de las disposiciones acusadas

Los ciudadanos Ana Beatriz Castelblanco Burgos, apoderada judicial del Ministerio del Interior de la Justicia y Carlos Castro Cuenca presentaron escritos en defensa de las disposiciones acusadas, con fundamento en los siguientes argumentos:

1. Inicialmente afirman que la demanda es inepta y habría lugar a una sentencia inhibitoria porque los argumentos empleados por los demandantes no resultan suficientes para despertar una duda mínima sobre la exequibilidad de las normas impugnadas. Aseveran que los actores se limitan a alegar la supuesta redacción ambigua y equívoca de las normas demandadas y los efectos nocivos que esto podía tener sobre las garantías fundamentales al debido proceso y a la libertad de expresión, sin emitir una argumentación clara y precisa que acredite las falencias endilgadas a los preceptos acusados mediante la demanda de la referencia. Defienden que la ineptitud sustancial del cargo salta a la vista por cuanto los verbos rectores de las normas demandadas cuentan con un preciso significado en el lenguaje general. Por tanto, se trata de expresiones de uso común que no necesitan ser definidas en la ley.

1. Hacen referencia a pronunciamientos de la Corte Constitucional, tanto de constitucionalidad como de tutela, mediante los cuales se ha precisado los bienes jurídicos protegidos por los tipos penales de la injuria y de la calumnia, a saber, la honra, que se vería vulnerada por “imputaciones deshonorosas” (injuria) y el buen nombre, que se afectaría con la imputación falsamente de un delito (calumnia) y la intimidad e integridad moral, que se afectaría por cada una de estas dos conductas típicas.

1. Igualmente indican que la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia ha precisado los elementos que estructuran el tipo pena de calumnia, cuales son: (1) La atribución de un hecho delictuoso a persona determinada o determinable; (2) Que el hecho delictuoso atribuido sea falso; (3) Que el autor tenga conocimiento de esa falsedad; y (4) Que el autor tenga la voluntad y conciencia de efectuar la imputación. Explican que la misma Corporación se ha pronunciado sobre el tipo penal de injuria y ha señalado que se estructura una vez se verifican los siguientes requisitos (1) Que una persona impute a otra conocida o determinable un hecho deshonroso; (2) Que el imputado tenga conocimiento del carácter deshonroso del hecho, (3) Que el carácter deshonroso del hecho imputado dañe o menoscabe la honra de aquella persona; (4) Que el imputador tenga conciencia de que el hecho atribuido tiene esa capacidad de dañar o menoscabar la honra de la persona.

1. Igualmente exponen que la jurisprudencia constitucional se ha pronunciado sobre los distintos elementos que configuran el tipo penal de injuria y, por ejemplo, ha precisado que debe entenderse por imputaciones deshonorosas.

1. Entienden que los pronunciamientos de la Corte Constitucional y de la Corte Suprema han precisado el contenido y el alcance de las normas que tipifican los delitos de injuria y calumnia, por lo tanto, los cargos formulados por los demandantes contra las disposiciones acusadas, en torno a la supuesta ambigüedad e imprecisión normativa y de violación al derecho preferente de la libertad de expresión carecen de fundamento porque el ordenamiento jurídico contiene las suficientes precisiones para evitar que, como lo temen los actores, las meras críticas, opiniones negativas, o discursos impopulares o chocantes, sean perseguidos penalmente.

1. Explican que a la luz del ordenamiento jurídico vigente, las críticas, opiniones o discursos sólo se constituirán en injuria o calumnia, cuando reúnen las condiciones que estructuran tales delitos a la luz de las precisiones introducidas por la jurisprudencia de la Corte Constitucional y de la Corte Suprema de Justicia. Exponen que en esa medida para que una

expresión, opinión o crítica se constituya en imputación deshonrosa y por tanto en delito de injuria, debe lesionar de manera objetiva el núcleo esencial del derecho a la honra; esto es, de manera conjunta, la estimación que cada individuo hace de sí mismo y el reconocimiento que los demás hacen de la dignidad de esa persona, acorde con sus propias acciones, con su comportamiento social y su conducta intachable, lo cual será examinado por el juez respectivo para determinar el grado de proporcionalidad de la ofensa. Además, debe concurrir el conocimiento del carácter deshonroso de tal opinión o expresión por parte de quien lo manifiesta y que ello dañe o menoscabe la honra de quien se predica la opinión, crítica o expresión, daño del cual sea consciente quien lo imparte; es decir, que tenga la intención de causar tal daño. Explican que la imputación de una conducta delictuosa se constituya en calumnia, cuando la respectiva expresión se realiza con el ánimo de atribuirle un hecho delictuoso a la persona natural determinada o determinable a quien ella se dirige, que dicho hecho delictuoso sea falso y de tal falsedad tenga conocimiento quien lo imputa, además de ser consciente de que con ello le causa un daño al destinatario de la imputación y a pesar de ello quiera hacerlo.

1. Señalan que distintos ordenamientos jurídicos tipifican los delitos de injuria y calumnia de manera similar a la legislación colombiana y citan para probar este aserto los casos de Alemania, Argentina, Brasil, Chile y España. Concluyen que las fórmulas de tipificación de los delitos contra la integridad moral implican la utilización de expresiones como imputaciones deshonrosas o injuriar, por lo cual no podría afirmarse que el empleo de estas manifestaciones es extraño en la legislación penal.

4. Concepto del Procurador General de la Nación

Mediante Concepto C-5025, radicado en la Secretaría General de esta Corporación el 26 de enero de 2011, el Procurador General de la Nación solicita a la Corte que se declare inhibida para pronunciarse sobre la constitucionalidad de los artículos 220, 221, 222, 223, 224, 225, 226, 227 y 228 de la Ley 599 de 2000 o, en su defecto los declare inexequibles.

En primer lugar argumenta que la libertad de expresión puede ser objeto de limitaciones porque “tanto las normas constitucionales como las de la Convención Americana de Derechos Humanos que proclaman libertades y reconocen derechos, reconocen que éstos

deben ejercerse con “responsabilidad social”, como lo dice el artículo 20 Superior, y dentro del límite de “el respeto a los derechos o a la reputación de los demás”, como lo precisa el artículo 13, inciso 2º de la Convención Americana de Derechos Humanos. Y esto es así, porque dentro de un orden democrático y justo no existen, ni pueden existir, derechos o principios absolutos, de lo que se sigue que las libertades de pensamiento y de expresión sí pueden tener límites o restricciones”.

Considera el Ministerio Público que la demanda no se dirige contra las normas del Código Penal, sino contra una particular interpretación que hacen los demandantes de las mismas. Indica que los actores reconocen que su inconformidad se funda en que dichas normas contienen unos términos tan amplios y ambiguos que “no permit[en] excluir de la penalización las opiniones críticas, negativas o disidentes, especialmente de los funcionarios públicos en ejercicio de sus funciones, y [que] solo e[s] posible concretizarlos por el contexto de cada afirmación, lo cual a todas luces es contrario a la estricta legalidad penal”. Añade que la mera ambigüedad de una norma, real o supuesta, no es suficiente, en sí misma, para considerar que es inconstitucional, sin haber sido examinada la interpretación hecha por la jurisdicción y, especialmente los órganos judiciales de cierre.

Afirma que: “el demandar unas normas legales por una inadecuada e hipotética mala interpretación que se pueda hacer de ellas al momento de aplicarlas, no constituye un verdadero reproche constitucional que pueda ser conocido y decidido por la Corte. Sin embargo, los actores hacen una interpretación subjetiva de las normas, en algunos aspectos arbitraria, según la cual, aunque la restricción a las libertades de pensamiento y de expresión está contenida en una ley formal, la Ley 599 de 2000, ésta es “imprecisa, ambigua y amplia”, “no establece de manera clara e inequívoca la conducta reprochada”, permite “que críticas, opiniones negativas, o discursos impopulares o chocantes, sean perseguidos penalmente” y “disuade a las personas de emitir opiniones críticas respecto de la actuación de las autoridades, dada la amenaza de sanciones penales o pecuniarias”.

Defiende que la interpretación que hacen los actores no corresponde a la que ha hecho, de manera reiterada, la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia, la cual ha reproducido la jurisprudencia constitucional, lo que a su juicio demuestra que la pretendida vaguedad, ambigüedad, imprecisión o arbitrariedad alegada por los demandantes no ha tenido una real incidencia cuando los delitos de injuria y calumnia son aplicados por la

jurisdicción competente. Aclara que las disposiciones demandadas establecen delitos querellables que sólo pueden cometerse de manera dolosa.

Concluye que la demanda presentada no cumple con los requisitos mínimos establecidos en la ley y decantados por la jurisprudencia, y que por esa razón la Corte no puede pronunciarse de fondo sobre ella y debe, en consecuencia, declararse inhibida por ineptitud de la demanda.

5. Intervención de la Relatoría especial para la Libertad de expresión de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos

La Relatora para la libertad de expresión de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos presentó un escrito en el cual expuso el marco jurídico interamericano sobre el derecho a la libertad de expresión

Respecto de las limitaciones a la libertad de expresión refirió que la jurisprudencia de la Corte IDH ha desarrollado un test tripartito para controlar la legitimidad de las limitaciones, en virtud del cual éstas deben cumplir con una serie de condiciones precisas para ser admisibles bajo la convención Americana. Hizo referencia a que la CIDH y la Corte IDH también han considerado que:

* Ciertas formas de limitación de la libertad de expresión son inadmisibles

* Algunos tipos de limitaciones, por el tipo de discurso sobre el cual recaen o por los medios que utilizan, se deben sujetar a un examen más estricto y exigente para ser válidas bajo la Convención Americana.

Las reglas sobre las condiciones que deben cumplir las restricciones a la libertad de expresión para ser legítimas, se aplican tanto a las leyes que las establecen como tales, como a las decisiones y los actos administrativos, judiciales policiales o de cualquier otra índole que las materializan, es decir, a toda manifestación del poder estatal que incida sobre el pleno ejercicio de la libertad de expresión.

También expuso que la Corte IDH ha sostenido que la concordancia entre las limitaciones a la libertad de expresión y la Convención Americana se debe evaluar con referencia a los hechos del caso en su totalidad y a las circunstancias y el contexto en el cual ocurrieron, no sólo sujetándose al estudio del acto en cuestión.

Respecto de las condiciones que deben cumplir las limitaciones para ser legítimas según la Convención Americana señalo que la regla general es la compatibilidad de las limitaciones con el principio democrático. Es decir, que las restricciones a la libertad de expresión deben incorporar las exigencias justas de una sociedad democrática.

Las condiciones específicas que surgen de la regla general son las siguientes:

1. Condiciones específicas derivadas del artículo 13.2: El test tripartito. Del artículo 13.2 de la Convención Americana se desprenden las tres condiciones básicas para que una limitación al derecho de expresión sea admisible, son ellas:

1. la limitación debe haber sido definida en forma precisa y clara a través de una ley formal y material. Significa que el texto de la ley debe establecer en forma diáfana las causales de responsabilidad posterior a las que puede estar sujeto el ejercicio de la libertad de expresión. Estas leyes deben estar redactadas en los términos más claros y precisos posibles.

1. Las normas vagas, ambiguas, amplias o abiertas, por su simple existencia disuaden de la emisión de informaciones y opiniones por miedo a sanciones, y pueden llevar a interpretaciones judiciales amplias que restrinjan indebidamente la libertad de expresión.

1. Cuando se trate de limitaciones impuestas en normas penales se deben satisfacer adicionalmente las exigencias propias del principio de estricta legalidad.

1. La limitación debe estar orientada al logro de objetivos imperiosos autorizados por la Convención Americana, estos son: la protección de los derechos de los demás, la protección

de la seguridad nacional, del orden público o de la salud o moral públicas.

Sostuvo que los Estados no son libres de interpretar de cualquier forma el contenido de éstos objetivos para efectos de justificar una limitación de la libertad de expresión en casos concretos.

En relación con la protección de los derechos de los demás la CIDH y la Corte Interamericana han sido claras en precisar que en los casos en que se impongan limitaciones a la libertad de expresión para la protección de los derechos ajenos, es necesario que éstos se encuentren claramente lesionados o amenazados, lo cual compete demostrar a la autoridad que impone la limitación.

También ha precisado que no se puede invocar la protección de la libertad de expresión o de la libertad de información como un objetivo que justifique a su turno restringir la libertad de expresión o información, puesto que ello constituye una antinomia.

Tampoco se puede justificar la imposición de un sistema de control a la libertad de expresión en nombre de una supuesta garantía de la corrección y veracidad de la información que la sociedad recibe ya que ello puede ser fuente de grandes abusos.

Finalmente, explicó que si se presenta efectivamente un abuso de la libertad de expresión que cause un perjuicio a los derechos ajenos, se debe acudir a las medidas menos restrictivas de la libertad de expresión para reparar dicho perjuicio. En primer lugar se acudirá a la rectificación o respuesta y en segunda medida se acude a mecanismos de responsabilidad civil. Con relación a la utilización de mecanismos penales, la jurisprudencia interamericana ha considerado que la protección de la honra de funcionarios públicos, políticos o personas vinculadas a la formación de políticas públicas resulta desproporcionada e innecesaria en una sociedad democrática.

II. CONSIDERACIONES.

1. Competencia

Esta Corporación es competente para conocer del proceso de la referencia, de conformidad con el artículo 241 numeral 4 de la Constitución Política.

2. El asunto bajo revisión

Los demandantes formulan cargos de inconstitucionalidad contra los artículos 220, 221, 222, 223, 224, 225, 226, 227 y 228 de la Ley 599 de 2000 (Código Penal). Consideran que el artículo 220 tipifica el delito de injuria de manera vaga e imprecisa, al emplear la expresión imputaciones deshonrosas, y que el artículo 221 incurre en el mismo defecto al tipificar el delito de calumnia mediante la expresión impute falsamente a otro una conducta típica, señalan que esta supuesta indeterminación en la formulación de los tipos penales: (i) vulnera el principio de legalidad en materia de la ley penal establecido en el artículo 28 constitucional y en el artículo 13 de la CADH, (ii) da lugar a una restricción ilegítima a la libertad de expresión porque según la jurisprudencia de la Corte IDH los tipos penales que la limiten deben superar un juicio de estricta legalidad. Alegan que estos vicios de inconstitucionalidad se extienden a los artículos 222, 223, 224, 225, 226, 227 y 228 del Código penal, por tratarse de tipos penales subordinados a los delitos de injuria y de calumnia que incorporan en sus elementos normativos las expresiones tachadas de vagas e imprecisas.

Adicionalmente, los demandantes y algunos intervinientes alegan que los tipos penales de injuria y calumnia no superan el juicio de estricta proporcionalidad al que deben ser sometidas las limitaciones a la libertad de expresión porque no son medidas idóneas para proteger los derechos fundamentales al buen nombre y a la honra y porque son innecesarias pues existen otros medios igualmente adecuados para proteger estos derechos que resultan menos lesivos de la libertad de expresión, tales como las acciones de responsabilidad civil y la acción de tutela. Finalmente, en algunos escritos de intervención se solicita que se declare la exequibilidad condicionada de las disposiciones demandadas porque consideran que los delitos cuestionados son inconstitucionales respecto de ciertos discursos especialmente protegidos tales como los que se refieren a los servidores públicos o noticias de interés público.

Por su parte el Ministerio Público y otros intervinientes alegan que la demanda es inepta porque los cargos que formulan los demandantes son enteramente subjetivos y no tienen fundamento en las disposiciones acusadas, cuyos elementos normativos consideran que han sido precisados por los pronunciamientos de la Corte Constitucional y de la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia. Esgrimen este mismo argumento para defender la constitucionalidad de las disposiciones atacadas, dada la eventualidad que la Corte

Constitucional decida abordar el fondo de los cargos planteados.

Planteado en los anteriores términos el debate constitucional corresponde a esta Corporación: (i) analizar la aptitud de la demanda con el propósito de determinar si hay lugar a un pronunciamiento de fondo, (ii) hacer referencia al alcance de la libertad de expresión en el ordenamiento constitucional colombiano, (iii) referirse al principio de estricta legalidad en materia penal, (iv) examinar la configuración de los tipos penales de injuria y calumnia, (v) examinar los cargos formulados por los demandantes.

3. La aptitud de la demanda presentada.

Si bien cuando estudia una demanda para considerar su admisión el Magistrado Sustanciador verifica que ésta reúna los requisitos necesarios para que se pueda entablar un verdadero debate constitucional -entre los que se cuentan las condiciones mínimas en torno a la claridad, certeza, especificidad, pertinencia y suficiencia de los cargos propuestos por el demandante-, el haber sorteado con éxito ese primer examen no conduce ineludiblemente a un pronunciamiento de fondo sobre la cuestión planteada, porque al momento de proferir sentencia esta Corporación puede percatarse que el libelo acusatorio adolece de defectos que impiden adoptar una decisión definitiva sobre la exequibilidad de la disposición demandada.

Respecto del libelo acusatorio que dio lugar al presente proceso algunos de los intervinientes señalan que los cargos formulados por los actores, relacionados con la supuesta vulneración del principio de estricta legalidad en materia penal, tienen origen en una interpretación de los enunciados normativos demandados totalmente subjetiva y carente de respaldo en los cánones hermenéuticos, a partir de la cual estructuran sus acusaciones de inconstitucionalidad. En esa medida, al estar formulada la acusación respecto de un contenido deducido arbitrariamente, la demanda sería inepta porque no se reunirían las condiciones mínimas para que la Corte Constitucional se pronunciara.

Carecería entonces la demanda presentada respecto del cargo en cuestión del elemento de certeza¹, el cual exige que la demanda presentada recaiga sobre una proposición jurídica real y existente y no simplemente deducida por el actor o implícita, y en consecuencia la Corte debería declararse inhibida para pronunciarse de fondo sobre la disposición acusada.

Se plantea así una cuestión previa que debe ser resuelta por esta Corporación, a saber si la demanda versa sobre una interpretación real de la disposición acusada o si se trata de un contenido normativo deducido artificialmente por el actor sin asidero en criterios hermenéuticos válidos que por lo tanto imposibilita un pronunciamiento de fondo.

Ahora bien, resulta claro que no corresponde a esta Corporación realizar juicios sobre el uso de criterios interpretativos por parte de los demandantes pues su misión es fungir como tribunal constitucional y no como interprete oficioso de la totalidad del ordenamiento jurídico, sin embargo, eventualmente debe abordar esta labor cuando dicho análisis resulta necesario para resolver si procede un estudio de fondo sobre la disposición acusada o un fallo inhibitorio por ineptitud sustancial de la demanda, tal como sucede en el presente caso, razón por la cual se detendrá sobre este extremo.

Los actores alegan que los delitos de injuria y calumnia han sido tipificados de manera imprecisa porque incluyen como elementos normativos expresiones indeterminadas, imputaciones deshonrosas en el caso del primero e impute a otro una conducta típica en el caso del segundo. Al ser planteada de esta manera salta a la vista que esta acusación si tiene fundamento en el texto mismo de las disposiciones demandadas porque hace referencia a su supuesta vaguedad y ambigüedad, es decir, no se trata de un cargo subjetivo enteramente basado en las elucubraciones de los actores.

Cosa distinta es que tal como alegan el Ministerio Público y algunos intervinientes, estas expresiones hayan sido precisadas jurisprudencialmente o que existan otras referencias en el ordenamiento jurídico colombiano que permitan fijar su alcance, este argumento constituye realmente una razón para rechazar la prosperidad de los cargos formulados en la demanda luego de haberlos examinado de fondo.

Concluye por lo tanto esta Corporación que la demanda es apta y pasará a examinar la constitucionalidad de las disposiciones acusadas.

4. La libertad de expresión a la luz de los tratados internacionales de derechos humanos y del ordenamiento constitucional colombiano.

Tal como plantean los demandantes los tipos penales de injuria y calumnia pueden ser considerados, eventualmente, como una limitación a la libertad de expresión. Aunque, en

todo caso, esta cuestión no es del todo pacífica porque también puede defenderse la tesis que la injuria y la calumnia no hacen parte del ámbito protegido por esta libertad, pues ésta no cobija el derecho al insulto que, en definitiva sería la conducta reprimida al menos mediante el tipo penal de injuria². Es decir, que las manifestaciones injuriosas estarían excluidas, desde un inicio, del haz de comportamientos protegidos por este derecho.

Al margen de este debate teórico; en el cual a su vez están involucradas tesis divergentes sobre el contenido de los derechos fundamentales, sus posibilidades de limitación, al igual que las técnicas que debe emplear el juez constitucional para examinar la constitucionalidad de las restricciones establecidas por el legislador; definir el alcance de la libertad de expresión es relevante en el caso concreto con el propósito de examinar la legitimidad constitucional de la tipificación penal de los delitos de injuria y calumnia.

Para estos efectos resulta particularmente relevante la sentencia T-391 de 2007, en la cual la Sala Tercera de Revisión realiza una exposición detallada del alcance y contenido de esta libertad a la luz del ordenamiento jurídico colombiano. A continuación se realizará una síntesis de algunos de los argumentos expuestos en tal providencia.

En primer lugar, el cuerpo normativo que regula este derecho está conformado por el artículo 20 constitucional³, el artículo 13 de la CADH⁴ y el artículo 19 del PIDCP⁵. Ahora bien, todos estos preceptos son plurinormativos y no regulan exclusivamente la libertad de expresión, por esa razón esta Corporación se ha referido a la libertad de expresión en sentido estricto cuando ha querido distinguir entre los distintos contenidos que se desprenden de los preceptos antes aludidos.

Desde esa perspectiva ha definido la libertad de expresión en sentido estricto como el derecho de las personas a expresar y difundir libremente el propio pensamiento, opiniones, informaciones e ideas, sin limitación, a través del medio y la forma escogidos por quien se expresa. Desde esa perspectiva puede ser entendida como una libertad negativa pues implica el derecho de su titular a no ser molestado por expresar su pensamiento, opiniones, informaciones o ideas personales, y cuenta con una dimensión individual y una colectiva, pero también como una libertad positiva pues implica una capacidad de actuar por parte del titular del derecho y un ejercicio de autodeterminación⁶.

En su aspecto individual, comprende no solamente el derecho formal a expresarse como tal

sin interferencias arbitrarias, sino el derecho a utilizar cualquier medio apropiado para difundir el propio pensamiento, no se agota por lo tanto en el reconocimiento del derecho a hablar o escribir, sino que va ligada al derecho a utilizar cualquier medio adecuado para difundir el pensamiento y hacerlo llegar al mayor número de destinatarios. Al ser la expresión y el medio de difusión de dicha expresión indivisibles, las restricciones sobre las posibilidades de divulgación constituyen, igualmente, una limitación de la libertad de expresión. Igualmente esta libertad también abarca el derecho a escoger la forma y el tono que se prefieran para expresar las ideas, pensamientos, opiniones e informaciones propias. También cuenta con una dimensión colectiva, materializada en el derecho de todas las personas a recibir tales pensamientos, ideas, opiniones e informaciones de parte de quien las expresa.

Se han distinguido ocho rasgos del ámbito constitucionalmente protegido de la libertad de expresión: (1) su titularidad es universal sin discriminación, compleja, y puede involucrar intereses públicos y colectivos, además de los intereses privados del emisor de la expresión; (2) sin perjuicio de la presunción de cobertura de toda forma de expresión por la libertad constitucional, existen ciertos tipos específicos de expresión prohibidos; (3) existen diferentes grados de protección constitucional de los distintos discursos amparados por la libertad de expresión, por lo cual hay tipos de discurso que reciben una protección más intensa que otros, lo cual a su vez tiene directa incidencia sobre la regulación estatal admisible y el estándar de control constitucional al que se han de sujetar las limitaciones; (4) protege expresiones exteriorizadas mediante el lenguaje convencional, como las manifestadas por medio de conducta simbólica o expresiva convencional o no convencional; (5) la expresión puede efectuarse a través de cualquier medio elegido por quien se expresa, teniendo en cuenta que cada medio en particular plantea sus propios problemas y especificidades jurídicamente relevantes, ya que la libertad constitucional protege tanto el contenido de la expresión como su forma y su manera de difusión; (6) la libertad constitucional protege tanto las expresiones socialmente aceptadas como aquellas consideradas inusuales, alternativas o diversas, lo cual incluye las expresiones ofensivas, chocantes, impactantes, indecentes, escandalosas, excéntricas o simplemente contrarias a las creencias y posturas mayoritarias, ya que la libertad constitucional protege tanto el contenido de la expresión como su tono; (7) su ejercicio conlleva, en todo caso, deberes y responsabilidades para quien se expresa; por último (8) impone claras obligaciones constitucionales a todas las autoridades del Estado, así como a los particulares.

La titularidad es universal, pues es definida por la expresión “toda persona” empleada por el artículo 20 constitucional, el artículo 19 del PIDCP y el artículo 13 de la CADH. Esta Corporación ha sostenido que se trata de una titularidad compleja puesto que involucra al mismo tiempo los intereses de quien se expresa, del receptor de la comunicación, y en algunas oportunidades de ciertas audiencias o el mismo público en general; de allí que sean titulares de la libertad de expresión, en relación con un acto de comunicación determinado, tanto el emisor como el receptor, que en ciertos casos puede ser una colectividad o el público en general.

Los intereses del emisor, o quien se expresa, están siempre presentes, especialmente por el carácter de derecho fundamental de la libertad de expresión y su vinculación directa con las posibilidades de autorrealización y dignificación individuales. Además, es un instrumento para el ejercicio de otros derechos fundamentales, como la libertad religiosa, la participación política o el libre desarrollo de la personalidad. El interés del emisor radica tanto en expresar sus ideas, pensamientos, opiniones e informaciones, como en transmitirlos y diseminarlos al público que escoja.

La Corte ha reconocido que las personas jurídicas también son titulares de este derecho, especialmente ha reconocido la existencia de un derecho a la libertad de expresión en cabeza de los medios de comunicación. Existe igualmente estrecha relación entre la libertad de expresión del medio de comunicación en tanto persona jurídica, y la libertad de expresión de las personas naturales que forman parte de la estructura organizacional de tales personas jurídicas. Por ejemplo, los editores, redactores, reporteros y otros periodistas o comunicadores sociales, que contribuyen a la transmisión de expresiones de terceros, a la vez que ejercen su propia libertad de expresión.

Los intereses del receptor de la expresión también son determinantes para establecer el alcance de esta libertad pues se trata de un derecho de doble vía que involucra tanto al emisor como al receptor de actos comunicativos concretos. El interés del receptor de un acto comunicativo también puede apreciarse desde la dimensión colectiva de la libertad de expresión, consistente en el derecho de toda persona a recibir o conocer informaciones, opiniones, ideas y pensamientos, dimensión que debe ser garantizada simultáneamente con la del individuo que se expresa. En una democracia, los intereses de los que reciben el influjo de distintas expresiones son primordiales, puesto que de ello depende la formación de sus

preferencias como ciudadanos.

Además existen casos en los que se involucra el interés público, bien sea porque éste se entremezcla con el interés del receptor o la audiencia de la emisión -caso en el cual opera como un refuerzo a la protección de la libertad en comento-, bien sea porque la expresión puede afectar elementos específicos de dicho interés público -caso en el cual opera como un eventual límite a su ejercicio-.

A pesar de la presunción de que toda forma de expresión esta cobijada por el derecho fundamental en estudio existen ciertos tipos específicos de expresión prohibidos. Entre estos se cuentan: (a) la propaganda en favor de la guerra; (b) la apología del odio nacional, racial, religioso o de otro tipo de odio que constituya incitación a la discriminación, la hostilidad, la violencia contra cualquier persona o grupo de personas por cualquier motivo (modo de expresión que cobija las categorías conocidas comúnmente como discurso del odio, discurso discriminatorio, apología del delito y apología de la violencia); (c) la pornografía infantil; y (d) la incitación directa y pública a cometer genocidio. Estas cuatro categorías se han de interpretar con estricta sujeción a las definiciones fijadas en los instrumentos jurídicos correspondientes, para así minimizar el riesgo de que se sancionen formas de expresión legítimamente acreedoras de la protección constitucional.

Con excepción de estas formas de expresión, estrictamente definidas, la presunción constitucional de cobertura por la libertad de expresión, y la sospecha correlativa de inconstitucionalidad de toda limitación -legislativa, administrativa o judicial- a la expresión, se aplican en principio a toda forma de expresión humana.

Existen diferentes grados de protección constitucional en los variados ámbitos de la expresión humana protegidos por la libertad de expresión stricto sensu, por lo cual hay tipos de discurso que reciben una protección más reforzada que otros, lo que incide directamente sobre la regulación estatal admisible y el estándar de control constitucional al que se han de sujetar las limitaciones. Gozan de mayor grado de protección el discurso político, el debate sobre asuntos de interés público, y los discursos que constituyen un ejercicio directo e inmediato de derechos fundamentales adicionales que se vinculan necesariamente a la libertad de expresión para poder materializarse.

Por otra parte, existen manifestaciones de la libertad de expresión que constituyen el

ejercicio de otros derechos fundamentales, la cual por lo tanto es una condición necesaria para su ejercicio y ha de recibir especial protección en estos ámbitos particulares. Se trata, en resumen, de ocho tipos de discurso: (a) la correspondencia y demás formas de comunicación privada, (b) los discursos estéticos, morales, emotivos o personales, manifestados a través de expresiones verbales, artísticas, o de conductas simbólicas o expresivas, sin perjuicio de la protección constitucional explícita de la libre expresión artística; (c) la exposición de convicciones y la objeción de conciencia; (d) el discurso religioso; (e) el discurso académico, investigativo y científico; (f) las expresiones realizadas en el curso de manifestaciones públicas pacíficas; (g) el discurso cívico o de participación ciudadana, y (h) el discurso de identidad, que expresa y refuerza la propia adscripción cultural y social.

Ha sostenido esta Corporación que, a diferencia de los discursos especialmente protegidos, otras formas de expresión pueden ser objeto de mayores limitaciones bien sea porque el ejercicio de la libertad de expresión mediante dichos discursos implica cargas, deberes o responsabilidades constitucionales expresas, o porque su ejercicio ha de armonizarse satisfactoriamente con el ejercicio de los derechos constitucionales de los demás, como es el caso de la expresión comercial y publicitaria o la expresión que puede resultar socialmente ofensiva. No obstante, en estos casos también se aplica la presunción constitucional de cobertura y la sospecha de inconstitucionalidad de las limitaciones a la libertad de expresión.

Igualmente se ha puesto de manifiesto que la expresión protegida por la libertad bajo estudio puede ser tanto la del lenguaje convencional, como la manifestada a través de conducta simbólica o expresiva, convencional o no convencional. En tal sentido la expresión puede efectuarse a través de cualquier medio elegido por quien se expresa. La protección constitucional se extiende a dicho proceso de transmisión y difusión, así como al medio utilizado, ya que la libertad constitucional que se estudia protege tanto el contenido de la expresión como su forma. Cada medio expresivo en particular, además de gozar de un nivel básico de protección constitucional compartido por todas las formas de transmisión y difusión de las expresiones, plantea a la vez sus propios problemas y especificidades constitucionalmente relevantes, que inciden sobre el alcance de esta libertad en casos concretos. Lo anterior no significa que cualquier persona pueda exigir el derecho de acceder a determinado medio de comunicación masiva, público o privado, creado por otros cuya

libertad también está protegida. Así, los directores o editores de un medio masivo son los titulares del derecho a decidir qué se ha de divulgar a través de dicho medio, sin perjuicio del derecho de rectificación y, en ciertos ámbitos definidos por la ley en desarrollo de la Constitución, del derecho de réplica.

Finalmente la libertad constitucional protege tanto las expresiones socialmente aceptadas como las que son inusuales, alternativas o diversas, lo cual incluye las expresiones ofensivas, chocantes, impactantes, indecentes, escandalosas, excéntricas o simplemente contrarias a las creencias y posturas mayoritarias, ya que la libertad constitucional protege tanto el contenido de la expresión como su tono.

La Corte también ha hecho énfasis en la especial importancia de este derecho en el ordenamiento jurídico colombiano, y ha señalado que ocupa un lugar privilegiado dentro del catálogo de derechos fundamentales por (1) consideraciones filosóficas sobre la búsqueda de la verdad, (2) razones derivadas del funcionamiento de las democracias, (3) motivos atinentes a la dignidad y autorrealización individual, (4) consideraciones sobre la preservación y aumento del patrimonio cultural y científico de la sociedad, y (5) motivos históricos y consideraciones prácticas sobre la incapacidad estatal de intervenir apropiadamente en esta esfera.

No obstante, la libertad de expresión puede ser objeto de limitaciones, esa posibilidad se desprende claramente del artículo 13 de la CADH cuando señala que su ejercicio puede ser objeto de responsabilidades ulteriores fijadas por la ley y necesarias para garantizar los derechos y la reputación de los demás, la seguridad nacional, el orden público o la moral pública. En el mismo sentido el artículo 19 del PIDCP expresamente señala que este derecho puede ser objeto de restricciones siempre y cuando estén expresamente fijadas por la ley y sean necesarias asegurar el respeto a los derechos o a la reputación de los demás; o la protección de la seguridad nacional, el orden público o la salud o la moral públicas.

En todo caso las limitaciones a la libertad de expresión están sujetas a un control constitucional estricto, como ha señalado de manera reiterada la jurisprudencia de esta Corporación. Ahora bien, como se anotó previamente se ha entendido que los tipos penales de injuria y calumnia se erigen como restricciones a la libertad de expresión, razón por la cual resulta necesario explorar esta perspectiva.

5. Los tipos penales de injuria y calumnia como medidas de protección de los derechos fundamentales a la honra y al buen nombre.

La Corte Constitucional ha indicado que la honra y el buen nombre constituyen derechos fundamentales que se protegen tanto en sede de tutela, como a través de las instancias civiles y penales⁷.

La delimitación conceptual que ha hecho la Corporación de estos derechos fundamentales permite concluir que el buen nombre se refiere a la reputación de la persona⁸, mientras que la honra hace alusión al respeto que la persona merece por su propia condición de tal⁹. Empero, la jurisprudencia constitucional no ha distinguido de manera absoluta ambos conceptos. En muchos casos¹⁰, se indica que buen nombre es reputación, al igual que honra. De igual manera se encuentran decisiones en las cuales buen nombre y honra se refiere a la conducta en sociedad, sin precisar en qué se diferencian.

En la sentencia C-489 de 2002, con ocasión del estudio de aspectos normativos de los tipos penales de injuria y calumnia, la Corte parece acoger la distinción entre reputación y respeto, para vincular el buen nombre al primero y la honra al segundo. Ello guarda estrecha relación con decisiones en las cuales se considera el derecho al buen nombre vinculado a una actividad exterior de la persona (natural o jurídica).

En esta decisión la Corte considera que el buen nombre alude a la reputación de la persona, es decir, a la apreciación que la sociedad emite de la persona por su comportamiento en ámbitos públicos¹¹. Mientras que la honra, por su parte, se refiere a la valoración de comportamientos en ámbitos privados, así como la valoración en sí de la persona. En suma, el buen nombre se refiere a la apreciación que se otorga a la persona por asuntos relacionales (cumplimiento de obligaciones dinerarias¹², aptitud para dirigir un equipo deportivo¹³, entre otras), mientras que la honra se refiere más a la apreciación de la sociedad hacia una persona, a partir de su propia personalidad y comportamientos privados directamente ligados con ella.

En sentencia T-1319 de 2001 la Corte utilizó esta distinción, al considerar las expresiones dirigidas a cuestionar la aptitud de un director de un equipo deportivo:

“25. En este orden de ideas, no puede sostenerse que exista un atentado contra el buen

nombre del demandante, pues dicha calificación es producto de la manera como la sociedad -de la cual hace parte el demandado -, aprecia su ejercicio profesional como director técnico del equipo que dirigía. Tampoco se aprecia violación de la honra del demandante, pues las imputaciones -ineptitud, incompetencia, etc.- no aluden a la personalidad del demandante, sino al ejercicio de su profesión de director técnico. Es decir, no implican una minusvalía de (...) como persona anónima, sino del personaje público (...) director técnico del equipo de fútbol.”

Ello permite distinguir claramente la relación de cada uno de tales derechos con la dignidad humana. Tratándose de la honra, la relación con la dignidad humana es estrecha, en la medida en que involucra tanto la consideración de la persona (en su valor propio), como la valoración de las conductas más íntimas (no cubiertas por la intimidad personal y familiar). El buen nombre, por su parte, también tiene una cercana relación con la dignidad humana, en la medida en que, al referirse a la reputación, protege a la persona contra ataques que restrinjan exclusivamente la proyección de la persona en el ámbito público o colectivo.

La distinción entre los ámbitos protegidos del buen nombre y la honra tiene repercusiones en cuanto a las conductas restringidas en aras de su protección. En la mencionada sentencia C-489 de 2002 la Corte precisó que “el derecho al buen nombre, como expresión de la reputación o la fama que tiene una persona, se lesiona por las informaciones falsas o erróneas que se difundan sin fundamento y que distorsionan el concepto público que se tiene del individuo”. Ello implica que la afectación del buen nombre se origina, básicamente, por la emisión de información falsa o errónea y que, a consecuencia de ello, se genera la distorsión del concepto público.

Por el contrario, la honra se afecta tanto por la información errónea, como por las opiniones manifiestamente tendenciosas respecto a la conducta privada de la persona o sobre la persona en si misma. No es necesario en este caso, que la información sea falsa o errónea, se cuestiona la plausibilidad de la opinión sobre la persona.

Como consecuencia de lo anterior, en la sentencia T-213 de 2004 se distinguió en el siguiente sentido: “la prevalencia prima facie de la libertad de expresión frente a estos derechos constitucionales, puede ser objeto de distinción. La primacía de la libertad de opinión en la tensión con el buen nombre será reforzada, de manera que sólo opiniones

insultantes o absolutamente irrazonables, serán objeto de reproche constitucional. Por su parte, tratándose de la honra, se demanda que la opinión guarde una estrecha relación con los hechos en los que se apoya. Así, no sólo se trata de opiniones insultantes las que merecen reproche constitucional, sino también opiniones que, a la luz de los hechos, resultan excesivamente exageradas, siempre y cuando tengan como propósito directo cuestionar a la persona en si misma.”

Los anteriores planteamientos guardan relación con la protección de estos derechos por vía del proceso penal. La doctrina nacional y la jurisprudencia de la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia coinciden en la necesidad de que exista ánimo injuriandi para que se considere que la conducta se adecua al tipo penal descrito en el artículo 220 del Código Penal. La valoración de la existencia de dicho ánimo deberá partir de las consideraciones expuestas. Es decir, tratándose del buen nombre, dicho ánimo de injuriar se encuentra directamente ligado a la transmisión de información falsa o errada y a la opinión meramente insultante, en tanto que en relación con la honra, puede abarcar situaciones más amplias.

Ahora bien, como se ha hecho alusión en los párrafos precedentes históricamente se ha entendido que los tipos penales de injuria y calumnia son medidas de protección penal de los derechos fundamentales a la honra y al buen nombre, postura que también ha sido acogida por la jurisprudencia de esta Corporación. Para sustentar esta posición se ha recurrido a distintos argumentos.

En primer lugar se ha puesto de relieve que se trata de derechos fundamentales reconocidos por diversas disposiciones constitucionales y por tratados internacionales de derechos humanos, en este sentido el artículo 2 constitucional señala que “las autoridades de la República están instituidas para proteger a todas las personas en su vida, honra, bienes, creencias y demás derechos y libertades”. El artículo 21 textualmente consigna que se garantizará el derecho a la honra y que la ley señalará la forma de su protección. Por su parte, el artículo 15 constitucional señala en su primer inciso que todas las personas tienen derecho a su intimidad personal y familiar y a su buen nombre y que el Estado debe respetarlos y hacerlos respetar.

En el mismo sentido el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (artículo 17)¹⁴ y la Convención Americana sobre Derechos Humanos (artículo 11)¹⁵, establecen que toda

persona tiene derecho a la protección de la ley contra los ataques a su honra y a su reputación.

Igualmente la jurisprudencia constitucional ha indicado que por estar ligados al respeto de la dignidad humana, estos derechos son objeto de una particular protección en nuestro ordenamiento jurídico. También ha señalado que la protección del derecho a la honra, entendida como la estimación o deferencia con la que cada persona debe ser tenida por los demás miembros de la colectividad que le conocen y le tratan, en razón a su dignidad humana, es un derecho que debe ser protegido con el fin de no menoscabar el valor intrínseco de los individuos frente a la sociedad y frente a sí mismos, y garantizar la adecuada consideración y valoración de las personas dentro de la colectividad¹⁶.

Por tal razón se ha entendido que los delitos de injuria y calumnia son medidas de carácter penal dirigidas a proteger estos derechos. Sobre este extremo se pronunció de manera extensa en la sentencia C-417 de 2009, al sintetizar la evolución histórica de estos tipos penales.

Esta providencia señaló que las conductas típicas de la injuria y de la calumnia pretenden salvaguardar, en lo fundamental, el derecho a la integridad moral, tradición que se remonta a los ordenamientos penales colombianos del siglo XIX en los cuales fue una constante catalogar estos tipos penales dentro de bienes jurídicos que se han considerado semejantes, como lo son el derecho a la honra, a la fama y a la tranquilidad de los particulares, como sucedía en los Códigos penales de 1837 y de 1890.

En las consideraciones del fallo se refiere que la postura de proteger el derecho a la integridad moral como bien jurídico fundamental de una persona, fue discutida ampliamente en los debates surtidos con precedencia al Código Penal de 1936. Se hace alusión a los trabajos preparatorios de ese código¹⁷, de cuya lectura resulta que:

“el primer problema que se plantearon los legisladores de la época fue definir la forma de ordenar los delitos llamados a salvaguardar el bien jurídico del honor. Y basados en la discusión que se planteó en la legislación comparada que por entonces se analizó¹⁸, y que seguía a Carrara¹⁹, se buscó determinar “si se adopta el método de colocar bajo títulos diferentes las varias especies de ataques al honor, según que el culpable se haya dirigido o no a la autoridad judicial, o si se engloban todas las injurias al patrimonio moral en la rúbrica

de los delitos contra las personas”. Se inclinó la comisión redactora por la segunda opción, tras considerar que las razones ofrecidas por Carrara para incluir tal conducta dentro de las infracciones contra la administración de justicia²⁰, no parecían sólidas.”

15. En efecto, los miembros de la comisión consideraron que el derecho lesionado no es el único factor a tener en cuenta al momento de catalogar las infracciones, pues a pesar de que es importante no debe ser excluyente, ya que la intención delictuosa o dolo, es el que le da el verdadero matiz a las acciones humanas, amén de que tampoco debía pasar inadvertida “la intensidad de la violación del derecho, o sea el volumen del daño inmediato sufrido por las diversas víctimas”.

De esa manera -dijeron los redactores-, con un denunciado falso el fin del delincuente es, en la mayoría de los casos, ofender a un particular; así, aunque la administración de justicia sufra un quebranto, “el derecho a la buena reputación y a la honra vale más que el derecho a que no se extravíe la administración de justicia, y el daño y el perjuicio experimentado por el particular a quien acusa, es incomparablemente mayor que el que experimenta la autoridad pública”. Así pues, partiendo de la importancia de la intención delictuosa, el derecho a la integridad moral fue definido como el bien jurídico fundamental a proteger con los mencionados tipos penales²¹.

También se considera detalladamente la manera como fue abordada la cuestión en la redacción del Código Penal actualmente vigente, al respecto se consigna:

En los debates que desembocaron en el actual Código Penal²², Ley 599 de 2000, una vez reconocido el clamor acerca de la descriminalización, se adujo que estas posturas son “apartadas del contexto constitucional que califica la honra como derecho fundamental y objeto de especial garantía a la persona por parte del Estado”²³.

Por tanto se consideró, citando al Tribunal Supremo de los Estados Unidos, que “el derecho individual a la protección del propio nombre no refleja más que nuestro concepto básico de dignidad esencial y valor de todo ser humano, un concepto que ha de hallarse en la raíz de cualquier sistema decente de libertad ordenada” (Rosenblatt vs. Baer, 1966).

Igualmente, se justificó la permanencia de estas figuras, debido a “la intensidad de la guerra verbal que en nuestro país se vive [que] hace aconsejable mantener la pena privativa de la

libertad. Lo anterior especialmente, por cuanto por razones políticas, publicitarias y otras, sería muy rentable injuriar y calumniar, para posteriormente, por la vía de la obliación, extinguir la punición sin consecuencias de ningún tipo en el ámbito de la prevención general y especial. Igualmente se propone, que lo constitutivo de la calumnia, no es la imputación de un hecho falso del cual se predique la tipicidad, antijuridicidad y culpabilidad, sino que, basta que se impute falsamente una conducta típica. Causa el mismo daño a la honra, y sus efectos, son igualmente irreversibles, cuando falsamente se predica que una persona ha sido autora de un homicidio o un peculado pero bajo el amparo de una causal de ausencia de responsabilidad”²⁴ .

De las anteriores transcripciones resulta claramente que la finalidad perseguida al tipificar la injuria y la calumnia es proteger el derecho fundamental a la honra y que la posibilidad de la despenalización fue desechada debido a la importancia de los bienes jurídicos tutelados.

En consecuencia los preceptos acusados persiguen una finalidad legítima desde la perspectiva constitucional, pues precisamente corresponde al Legislador dentro de su potestad configuradora del ordenamiento jurídico establecer medidas de distinta índole para la protección de derechos fundamentales y de bienes constitucionalmente relevantes, sin embargo, cuando decide optar por tipos penales para la consecución de ese propósito, sus posibilidades de configuración están sujetas a límites, entre los que se cuenta el principio de legalidad como se verá a continuación.

6. La potestad de configuración del Legislador en materia penal y el principio de estricta legalidad

El derecho penal comporta una valoración social en torno a los bienes jurídicos que ameritan protección penal, las conductas susceptibles de producir lesiones en tales bienes, el grado de gravedad de la lesión que de lugar a la aplicación del ius puniendi, y el quantum de la pena que deba aplicarse.

En principio, no existe, de manera expresa, un imperativo constitucional según el cual determinados bienes jurídicos deban, necesariamente, protegerse a través del ordenamiento penal. Por el contrario dentro de una concepción conforme a la cual sólo debe acudir al derecho penal, con su efecto limitativo de las libertades individuales, cuando no exista otro medio de protección de los bienes jurídicos que resulte menos invasivo, la criminalización de

una conducta solo puede operar como ultima ratio.

Sin embargo, la Corte ha encontrado que en determinados casos, tanto la naturaleza de los bienes jurídicos, como la gravedad de las conductas cuya exclusión se impone como medida para su protección, hacen que del ordenamiento constitucional, incorporados en él los tratados que forman parte del bloque de constitucionalidad, se derive el imperativo de criminalizar ciertos comportamientos. Así, por ejemplo, la Corte ha señalado que existe un deber constitucional de sancionar penalmente conductas tales como la tortura, el genocidio, las ejecuciones extrajudiciales, o las desapariciones forzadas²⁵.

En el otro extremo se encontrarían aquellas conductas que, dado que se desenvuelven en ámbitos de libertad constitucionalmente garantizados, o debido a la escasa significación del bien jurídico que afectan, estarían constitucionalmente excluidas de la posibilidad de ser objeto de sanción penal.

No obstante, esta prerrogativa del legislador está sujeta a límites. Se dijo al respecto en la sentencia C-038 de 1995²⁶:

“Así, ha habido una constitucionalización del derecho penal porque tanto en materia sustantiva como procedimental, la Carta incorpora preceptos y enuncia valores y postulados – particularmente en el campo de los derechos fundamentales – que inciden de manera significativa en el derecho penal y, a la vez, orientan y determinan su alcance. Esto significa entonces que el Legislador no tiene una discrecionalidad absoluta para definir los tipos delictivos y los procedimientos penales, ya que debe respetar los derechos constitucionales de las personas, que aparecen así como el fundamento y límite del poder punitivo del Estado. Fundamento, porque el ius punendi debe estar orientado a hacer efectivos esos derechos y valores constitucionales. Y límite, porque la política criminal del Estado no puede desconocer los derechos y la dignidad de las personas.

“(…)

“(…) el Legislador puede criminalizar o despenalizar conductas, siempre que al hacerlo respete los principios, derechos y valores establecidos por la Constitución. En efecto, como

bien lo señala uno de los ciudadanos intervinientes, el Legislador puede y debe describir conductas en tipos penales sin que ellas estén prohibidas en forma expresa por la Constitución, cuando considere que es indispensable acudir al derecho penal, como última ratio, para defender el interés jurídico de eventual menoscabo y garantizar así el goce natural y en función social de los derechos de las personas. El control constitucional, en este caso, es más un control de límites de la competencia del Legislador, con el fin de evitar excesos punitivos.”

Los criterios sobre los límites al poder de configuración legislativa en materia penal, han sido reiterados en numerosas ocasiones. Así, por ejemplo, en la sentencia C-070 de 1996, se declaró la constitucionalidad del inciso primero del artículo 372 del Decreto 100 de 1980, que establecía que cuando en los delitos contra el patrimonio económico la cosa objeto del ilícito superaba un valor determinado en pesos, debía agravarse la pena, en el entendido de que la suma fijada debía actualizarse en términos de valor constante, con el objeto de impedir un “exceso injustificado en la punibilidad de los delitos contra el patrimonio económico por efecto de la pérdida de valor adquisitivo del peso”, lo cual acarrearía que la sanción fuera desproporcionada. Se recoge así evidentemente el principio de la “prohibición del exceso”²⁷, modalidad específica de aplicación el principio de proporcionalidad en materia penal.

Dijo entonces la Corte:

“Ahora bien, en el ejercicio de la potestad punitiva del Estado, el legislador debe actuar dentro de los límites constitucionales. Tales límites pueden ser explícitos como implícitos. Así, al Legislador le está vedado, por voluntad expresa del constituyente, establecer las penas de muerte (CP art. 11), destierro, prisión perpetua o confiscación (CP art. 34), así como someter a cualquier persona a torturas, tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes (CP art. 12). Por otra parte, en el ejercicio de la facultad punitiva del Estado, el legislador debe propender a la realización de los fines sociales del Estado, entre ellos, los de garantizar la efectividad de los principios, derechos y deberes consagrados en la Constitución y de asegurar la vigencia de un orden justo (CP art. 2). La dosimetría de las penas es un asunto librado a la definición legal, pero corresponde a la Corte velar para que en el uso de la discrecionalidad legislativa se respeten los principios de razonabilidad y proporcionalidad.”

(...)

“En consecuencia, la calidad y la cantidad de la sanción no son asuntos librados exclusivamente a la voluntad democrática. La Constitución impone claros límites materiales al legislador (CP arts. 11 y 12). Del principio de igualdad, se derivan los principios de razonabilidad y proporcionalidad que justifican la diversidad de trato pero atendiendo a las circunstancias concretas del caso (CP art. 13), juicio que exige evaluar la relación existente entre los fines perseguidos y los medios utilizados para alcanzarlos”.

Una decisión paradigmática en esta materia es la sentencia C-939 de 2002 que declaró la inexecutable del Decreto 1900 de 2002, dictado por el Presidente de la República en virtud de la declaratoria del estado de conmoción interior y con el cual había creado distintos tipos penales dirigidos a combatir el hurto y el contrabando de hidrocarburos.²⁸ Esta providencia contiene una amplia exposición sobre las limitaciones del legislador en materia de tipificación de las penas y establecimiento de las sanciones:

“5. Respecto del poder punitivo ordinario del Estado, la Corte Constitucional ha reiterado que el legislador goza de amplia competencia (libertad de configuración legislativa) para definir cuáles conductas han de ser consideradas punibles y fijar las penas correspondientes a tales comportamientos. Así mismo, ha indicado que frente al ejercicio de dicha libertad de configuración, la Constitución opera como un mecanismo de “control de límites de competencia del legislador, con el fin de evitar excesos punitivos”²⁹.

“(…) la Corte ha entendido que los derechos constitucionales de los asociados se erigen en límite de la potestad punitiva del Estado, de manera que su núcleo esencial y criterios de razonabilidad, proporcionalidad y estricta legalidad, constituyen límites materiales para el ejercicio ordinario de esta competencia estatal³⁰. Estos criterios se aplican tanto a la definición del tipo penal como a la sanción imponible.

“5.1 Deber de observar la estricta legalidad. En punto a este deber, la Corte ha señalado (i) que la creación de tipos penales es una competencia exclusiva del legislador (reserva de ley en sentido material)³¹ y que (ii) es obligatorio respetar el principio de tipicidad: “nullum crimen, nulla poena, sine lege previa, scripta et certa”³². De manera que el legislador está obligado no sólo a fijar los tipos penales, sino que éstos tienen que respetar el principio de irretroactividad de las leyes penales (salvo favorabilidad), y definir la conducta punible de manera clara, precisa e inequívoca³³.

“5.2 Deber de respetar los derechos constitucionales. En relación con los derechos constitucionales, la Corte ha señalado que los tipos penales, se erigen en mecanismos extremos de protección de los mismos³⁴, y que, en ciertas ocasiones el tipo penal integra el núcleo esencial del derecho constitucional³⁵. Por lo mismo, al definir los tipos penales, el legislador está sometido al contenido material de los derechos constitucionales³⁶, así como los tratados y convenios internacionales relativos a derechos humanos ratificados por Colombia³⁷ y, en general, el bloque de constitucionalidad.

“5.3 Deber de respeto por los principios de proporcionalidad y razonabilidad. Respecto de la proporcionalidad y la razonabilidad del tipo penal y su sanción, la Corte ha indicado que al establecer tratamientos diferenciales se somete a un juicio estricto de proporcionalidad³⁸ del tipo, así como de la sanción³⁹. La proporcionalidad, implica, además, un juicio de idoneidad del tipo penal. Así, ante la existencia de bienes jurídicos constitucionales, el legislador tiene la obligación de definir el tipo penal de manera tal que en realidad proteja dicho bien constitucional (...).

“(...

“6. En suma, al igual que ocurre con el resto de competencias estatales, el ejercicio del poder punitivo está sujeto a restricciones constitucionales, tanto en lo que respecta a la tipificación como a la sanción. No podrán tipificarse conductas que desconozcan los derechos fundamentales, que no resulten idóneas para proteger bienes constitucionales o que resulten desproporcionadas o irrazonables. Lo mismo puede predicarse de las sanciones. Estas restricciones, como se indicó antes, operan frente a toda decisión estatal en materia punitiva”.

Precisamente, como se desprende de la anterior transcripción, uno de los límites a la libertad de configuración del legislador en materia penal lo constituye el principio de legalidad. En distintas ocasiones se ha declarado la inexecutable de enunciados normativos en materia penal por trasgredir este principio.

Así, en la sentencia C-559 de 1999⁴⁰ se declaró la inconstitucionalidad de dos tipos penales en razón de “la ambigüedad de la descripción penal.” La misma decisión se tomó en la sentencia C-843 de 1999, que halló contraria a la Constitución una norma sancionatoria pues ella no predeterminaba claramente las conductas punibles, las sanciones y el procedimiento

para imponerlas⁴¹. También en la sentencia C-739 de 2000, en que la Corte declaró la inconstitucionalidad parcial del artículo 6 de la Ley 422 de 1998, que tipificaba el delito de acceso ilegal o prestación ilegal de los servicios de telecomunicaciones, en razón de que contenía algunas normas demasiado amplias y equívocas.

Sin embargo, la sentencia ilustrativa en la materia es la C-205 de 2003. En esa oportunidad la Corte declaró la inconstitucionalidad de una disposición que preveía la sanción penal de quien comerciara con autopartes usadas de vehículos automotores y no demostrara su procedencia bajo el delito de receptación. A juicio de esta Corporación resultaba vulnerado el principio de legalidad, puesto que la tipificación no era suficientemente específica, de manera que podían resultar sancionados “quienes, por ejemplo, no conservan las facturas correspondientes pero comercian con bienes que pueden tener un origen lícito, ya que sólo quedará exento de responsabilidad quien logre demostrar la adquisición lícita de los mismos”. La Corte encontró que “la norma penal resulta siendo ambigua para el ciudadano por cuanto no establece una clara frontera entre cuándo resulta ser lícito o no comerciar con esta clase de mercancías, violándose así el principio de nullum crimen, nulla poena sine lege certa.”

En esa providencia se vierte una extensa reflexión sobre el principio de legalidad en materia penal que a continuación se reproduce en sus trazos esenciales. Inicialmente, se determina que un primer contenido del principio de legalidad se encuentra en la reserva material de ley para la creación de tipos penales, en tanto que manifestación del principio democrático y garantía del pluralismo político. Tal reserva de ley supone la actuación de los representantes de los ciudadanos y mediante un proceso legislativo caracterizado por los principios de contradicción y publicidad. La ley aparece como la expresión de la voluntad popular, realizada en un proceso donde se garantizan el principio democrático y el pluralismo político⁴². Aunque excepcionalmente se permite que el Ejecutivo bajo los estados de excepción tipifique conductas.

Sin embargo, el principio de legalidad no se agota en este contenido inicial y tiene otras manifestaciones, entre las que se cuentan:

1. La prohibición de la analogía (nullum crimen, nulla poena sine lege stricta);

2. La prohibición del derecho consuetudinario para fundamentar y agravar la pena (*nullum crimen, nulla poena sine lege scripta*);
3. La prohibición de la retroactividad (*nullum crimen, nulla poena sine lege praevia*);
4. La prohibición delitos y penas indeterminados (*nullum crimen, nulla poena sine lege certa*)⁴³;
5. El principio de lesividad del acto (*nulla lex poenalis sine iniuria*)⁴⁴;
6. El principio de la necesidad de tipificar un comportamiento como delito (*nullum crimen sine necessitate*)⁴⁵
7. El derecho penal de acto y no de autor.

En materia de tipificación de delitos y fijación de penas, la Corte ha entendido además, que la ley penal constituye una severa restricción al ejercicio de los derechos fundamentales y a su vez un mecanismo de protección de los mismos así como de otros bienes constitucionales, como por ejemplo, el medio ambiente, el orden económico, la moralidad pública, etcétera. Así pues, únicamente pueden ser tipificadas conductas que afecten un bien jurídico con relevancia constitucional.

Para efectos de la presente decisión interesa especialmente la prohibición de delitos y penas indeterminados, prohibición que hace referencia a dos modalidades de tipos penales especialmente controvertidas: los tipos penales en blanco y los tipos penales abiertos.

Esta Corporación ha definido un tipo penal en blanco como aquel en que el supuesto de hecho se encuentra desarrollado total o parcialmente por una norma de carácter extrapenal. Los tipos penales en blanco responden a una clasificación reconocida por la doctrina y aceptada por la jurisprudencia constitucional colombiana⁴⁶ ante la incapacidad práctica de abordar temas especializados y en permanente evolución, siempre que la remisión normativa permita al intérprete determinar inequívocamente el alcance de la conducta penalizada y la sanción correspondiente⁴⁷.

Distintas cuestiones surgen respecto de los tipos penales en blanco y el principio de legalidad en materia penal. La primera de ellas es si la normatividad a la cual se acude por remisión,

debe ser preexistente o precedente al tipo penal en blanco. Al respecto, esta Corporación ha expresado que se protege el principio de legalidad no con la exigencia de preexistencia de la norma de complemento respecto de la disposición penal, sino con la simple existencia de ésta al momento de conformación del tipo integrado⁴⁸.

En todo caso, la remisión o reenvío del tipo penal en blanco a normas de rango administrativo tiene sus propias reglas. Según se señaló en la sentencia C-605 de 2006, la remisión que opera en la complementación del tipo penal en blanco debe cumplir cuatro requisitos fundamentales: En primer lugar, la remisión debe ser precisa; en segundo lugar, la norma a la cual se remite debe existir al momento de conformación del tipo penal. En tercer término la norma de complemento debe ser de conocimiento público y, finalmente, debe preservar, como cualquier norma del ordenamiento, los principios y valores constitucionales.

Una segunda cuestión son los doctrinalmente denominados tipos penales abiertos. La Corte también ha tenido oportunidad de pronunciarse al respecto y ha sostenido:

“La dogmática tradicional ha considerado que el tipo penal debe contener en sí mismo todos los elementos que lo determinan y que lo hacen diferente a otros tipos penales que pueden llegar a ser parecidos. Así lo fundamentan en los artículos 28 y 6º de la Constitución, reiterados por el artículo 3º del Código Penal que establece: “La ley penal definirá el hecho punible de manera inequívoca”.

“Este principio busca que las personas a quienes las normas van dirigidas, conozcan hasta donde va la protección jurídica de sus actos. Con la tipicidad se desarrolla el principio fundamental “nullum crimen, nulla poena sine lege”, es decir la abstracta descripción que tipifica el legislador con su correspondiente sanción, debe ser de tal claridad que permita que su destinatario conozca exactamente la conducta punitiva; en principio, se debe evitar pues la indeterminación para no caer en una decisión subjetiva y arbitraria.

“No obstante este principio general, el propio Código Penal ha consagrado tipos penales

abiertos en los que no existe total precisión de las circunstancias en que la conducta debe realizarse. De esta categoría son entre otros, la falsificación de moneda (Cod. Penal art. 207) y el incesto (Cod. Penal art. 259). En el primer caso -falsificación de moneda-, el significado de moneda se debe entender como un medio de pago cuya emisión y circulación están regulados en la ley y sobre los cuales el Estado ejerce la suprema dirección. En el incesto, la amplitud de la conducta descrita -“otro acto erótico sexual”-, es necesaria, pues las consecuencias antijurídicas se producen tanto con la sexualidad normal como con la anormal y tanto en el acceso carnal propiamente dicho como en los actos que pueden conducir a ello.

“Estos dos tipos penales que se han tomado como ejemplo, desde el Código Penal de 1.837 responden a una clasificación como “tipos abiertos”, por lo que se demuestra que en determinadas circunstancias el legislador no plasma en el tipo penal la descripción perfecta de la conducta, por ser imposible y sin embargo históricamente se ha considerado que con ello no se vulnera el principio de tipicidad”⁵⁰.

Además, mediante Sentencia C-559 de 1999, la Corte Constitucional admitió la legitimidad de este mecanismo alternativo de integración del tipo, al reconocer que no toda la realidad sujeta a regulación penal es susceptible de ser descrita en moldes legales, cerrados y completos.

Se tiene entonces que el tipo penal abierto supone cierto grado de indeterminación de los elementos normativos que lo configuran, empero esto no acarrea indefectiblemente su inconstitucionalidad. Además como ha señalado con acierto la doctrina⁵¹ todo tipo penal puede ser calificado como abierto porque deja cierto margen a la interpretación, por lo que se trata más bien de una cuestión de grados hay tipos más cerrados y tipos más abiertos.

La apertura del tipo puede dar lugar a distintos problemas constitucionales, salta a la vista que un tipo absolutamente abierto vulnera el principio de tipicidad. Pero también desconoce el principio de legalidad porque no sería la ley la que crea el delito sino la voluntad posterior del juez, expresada al momento de la sentencia, este es precisamente el principal reproche

que hacen los demandantes a las disposiciones demandadas.

Por lo tanto, lo que habría que indagar en cada caso es si existen referencias que permitan precisar el contenido normativo de los preceptos penales y respecto de los delitos de injuria y calumnia es fácil constatar que la respuesta es positiva, pues la jurisprudencia de la Corte Constitucional y de la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia han cumplido este propósito.

Antes de abordar este tópico es preciso hacer referencia al Caso Kimel vs Argentina recientemente decidido por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, pues tanto los demandantes como algunos intervinientes lo consideran relevante para el examen de las disposiciones acusadas a la luz de distintos instrumentos internacionales de derechos humanos que integran el parámetro de control de las disposiciones demandadas.

7. El precedente sentado en el Caso Kimel Vs Argentina

De manera reiterada esta Corporación ha sostenido que “en virtud del artículo 93 de la CP, los derechos y deberes constitucionales deben interpretarse de conformidad con los tratados de derechos humanos ratificados por Colombia, de lo cual se deriva que la jurisprudencia de las instancias internacionales encargadas de interpretar estos tratados constituye un criterio hermenéutico relevante para establecer el sentido de las normas constitucionales sobre derechos fundamentales”⁵².

En la misma línea argumentativa en años recientes en diversas decisiones de esta Corporación se ha señalado que la jurisprudencia de la Corte IDH es un criterio relevante para fijar el parámetro de control de las normas que hacen parte del ordenamiento interno colombiano, precisamente porque establece el alcance de distintos instrumentos internacionales de derechos humanos los cuales a su vez resultan relevantes al examinar la constitucionalidad de disposiciones de rango legal al hacer parte del bloque de constitucionalidad.

Dentro de esta línea argumentativa esta Corporación ha sostenido que la jurisprudencia de la Corte IDH contiene la interpretación auténtica de los derechos contenidos en la CADH, instrumento internacional que integra el parámetro de control de constitucionalidad⁵³.

Así, por ejemplo, en la sentencia C-228 de 2002 se destacó la importancia que la Corte Constitucional valorara la doctrina sentada por la Corte IDH, en relación a que las medidas legislativas que impidieran a las víctimas de violaciones de derechos humanos conocer la verdad de los hechos, resultaban contrarias a la CADH, para efectos de examinar la constitucionalidad del artículo 137 de la Ley 600 de 2000, demandado en aquella ocasión.

Finalmente, en la sentencia C-370 de 2006, al examinar distintas disposiciones de la Ley 975 de 2005 relacionadas con los derechos de las víctimas de graves violaciones de derechos humanos, se reconoció el carácter vinculante de la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en los siguientes términos: “Por su relevancia como fuente de Derecho Internacional vinculante para Colombia, por tratarse de decisiones que expresan la interpretación auténtica de los derechos protegidos por la Convención Americana sobre Derechos Humanos, la Corte transcribirá algunos de los apartes más relevantes de algunas de las Sentencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos relativas a estándares sobre justicia, no repetición, verdad y reparación de las víctimas de los graves atentados contra el Derecho Internacional de los Derechos Humanos y el Derecho Internacional Humanitario.”⁵⁴

Entonces, debido a la importancia que tiene la jurisprudencia de la Corte IDH como una interpretación autorizada de la CADH, y porque en buena medida los cargos formulados por los demandantes se fundan en el precedente sentado en el Caso Kimel contra Argentina⁵⁵, resulta necesario hacer brevemente referencia a esta sentencia.

El pronunciamiento de la Corte IDH tiene lugar ante la condena penal impuesta a un periodista, escritor e investigador histórico argentino, que en un libro había criticado la actuación de las autoridades encargadas de la investigación de un crimen ocurrido durante la Dictadura, entre ellas un juez. El funcionario judicial mencionado en la obra promovió una querrela criminal en su contra por el delito de calumnia y el periodista fue condenado por la Sala IV de la Cámara de Apelaciones a un año de prisión y multa de veinte mil pesos por el delito de calumnia, mediante sentencia ejecutoriada el 14 de septiembre de 2000.

Con fundamento en los anteriores hechos la Comisión Interamericana de Derechos Humanos solicitó a la Corte que determinara el incumplimiento del estado argentino de sus obligaciones al incurrir en la violación de los artículos 8 (Garantías judiciales), 13 (Libertad de

pensamiento y de expresión), 9 (Principio de Legalidad) 1.1. Obligación de respetar los derechos) y 2 (Deber de adoptar disposiciones de derecho interno).

Dentro del Proceso el Estado argentino reconoció su responsabilidad y se allanó a las pretensiones de las partes. A pesar de ello, en la sentencia se precisó la entidad y gravedad de las violaciones ocurridas y el alcance de los derechos en cuestión. La Corte resaltó que, en el caso subyace el conflicto entre el derecho a la libertad de expresión en temas de interés público y la protección de la honra de los funcionarios públicos.

Respecto al contenido de la libertad de pensamiento y de expresión, la Corte señaló que quienes están bajo la protección de la Convención tienen el derecho de buscar, recibir y difundir ideas e informaciones de toda índole, así como también el de recibir y conocer las informaciones e ideas difundidas por los demás. Hizo énfasis en la dimensión individual y social de éste derecho, a las que ya se hizo referencia pero también a que en ciertos casos puede ser limitado para proteger la honra y la reputación. Por lo anterior, en el caso en particular se estudió la estricta formulación de la norma que consagra la limitación al derecho a la libertad de expresión a fin de garantizar el derecho a la honra, la idoneidad y finalidad de la restricción, la necesidad de la medida utilizada y la estricta proporcionalidad de la misma.

En relación con el primer punto, la Corte al estudiar el caso consideró que los hechos muestran una afectación al principio de legalidad y precisó lo siguiente:

“es la ley la que debe establecer las restricciones a la libertad de información⁵⁶. En este sentido, cualquier limitación o restricción debe estar prevista en la ley, tanto en sentido formal como material. Ahora bien, si la restricción o limitación proviene del derecho penal, es preciso observar los estrictos requerimientos característicos de la tipificación penal para satisfacer en este ámbito el principio de legalidad. Así, deben formularse en forma expresa, precisa, taxativa y previa. El marco legal debe brindar seguridad jurídica al ciudadano. Al respecto, este Tribunal ha señalado que: La Corte entiende que en la elaboración de los tipos penales es preciso utilizar términos estrictos y unívocos, que acoten claramente las conductas punibles, dando pleno sentido al principio de legalidad penal. Este implica una clara definición de la conducta incriminada, que fije sus elementos y permita deslindarla de comportamientos no punibles o conductas ilícitas sancionables con medidas no penales. La

ambigüedad en la formulación de los tipos penales genera dudas y abre el campo al arbitrio de la autoridad, particularmente indeseable cuando se trata de establecer la responsabilidad penal de los individuos y sancionarla con penas que afectan severamente bienes fundamentales, como la vida o la libertad. Normas como las aplicadas en el caso que nos ocupa, que no delimitan estrictamente las conductas delictuosas, son violatorias del principio de legalidad establecido en el artículo 9 de la Convención Americana⁵⁷.”

En relación con la idoneidad de restricción que se impone al derecho a la libertad de expresión a fin de garantizar el derecho a la honra, se señaló en la providencia lo siguiente:

“los jueces, al igual que cualquier otra persona, están amparados por la protección que les brinda el artículo 11 convencional que consagra el derecho a la honra. Por otra parte, el artículo 13.2.a) de la Convención establece que la “reputación de los demás” puede ser motivo para fijar responsabilidades ulteriores en el ejercicio de la libertad de expresión. En consecuencia, la protección de la honra y reputación de toda persona es un fin legítimo acorde con la Convención. Asimismo, el instrumento penal es idóneo porque sirve el fin de salvaguardar, a través de la conminación de pena, el bien jurídico que se quiere proteger, es decir, podría estar en capacidad de contribuir a la realización de dicho objetivo. Sin embargo, la Corte advierte que esto no significa que, en la especie que se analiza, la vía penal sea necesaria y proporcional”

Sobre la vía penal como medio para restringir el derecho a la libertad de expresión y garantizar la efectividad del derecho a la Honra la Corte precisó, dentro del estudio de la necesidad que:

“el Derecho Penal es el medio más restrictivo y severo para establecer responsabilidades respecto de una conducta ilícita. La tipificación amplia de delitos de calumnia e injurias puede resultar contraria al principio de intervención mínima y de última ratio del derecho penal. En una sociedad democrática el poder punitivo sólo se ejerce 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 tipificación penal de una conducta debe ser clara y precisa, como lo ha determinado la jurisprudencia de este Tribunal en el examen del artículo 9 de la Convención Americana.”

De igual manera precisó que “La Corte no estima contraria a la Convención cualquier medida penal a propósito de la expresión de informaciones u opiniones, pero dicha posibilidad se debe analizar con especial cautela, ponderando al respecto la extrema gravedad de la conducta desplegada por el emisor de aquellas, el dolo con que actuó, las características del daño injustamente causado y otros datos que pongan de manifiesto la absoluta necesidad de utilizar en forma verdaderamente excepcional, medidas penales”. De otro lado, en el marco de la libertad de información, la Corte señaló que existe un deber del periodista de constatar en forma razonable, aunque no necesariamente exhaustiva, los hechos en que fundamenta sus opiniones.

Finalmente, la Corte estudió la proporcionalidad de la medida referente a la sanción penal y afirmó que:

“la restricción tendría que lograr una importante satisfacción del derecho a la reputación sin hacer nugatorio el derecho a la libre crítica contra la actuación de los funcionarios públicos. Para efectuar esta ponderación se debe analizar i) el grado de afectación de uno de los bienes en juego, determinando si la intensidad de dicha afectación fue grave, intermedia o moderada; ii) la importancia de la satisfacción del bien contrario, y iii) si la satisfacción de éste justifica la restricción del otro. En algunos casos la balanza se inclinará hacia la libertad de expresión y en otros a la salvaguarda del derecho a la honra.”

De igual manera señaló:

“Respecto al derecho a la honra, las expresiones concernientes a la idoneidad de una persona para el desempeño de un cargo público o a los actos realizados por funcionarios públicos en el desempeño de sus labores gozan de mayor protección, de manera tal que se propicie el debate democrático⁵⁸. La Corte ha señalado que en una sociedad democrática los funcionarios públicos están más expuestos al escrutinio y la crítica del público⁵⁹. Este diferente umbral de protección se explica porque se han expuesto voluntariamente a un escrutinio más exigente. Sus actividades salen del dominio de la esfera privada para insertarse en la esfera del debate público⁶⁰. Este umbral no se asienta en la calidad del sujeto, sino en el interés público de las actividades que realiza⁶¹, como sucede cuando un juez investiga una masacre en el contexto de una dictadura militar, como ocurrió en el

presente caso.

88. En la arena del debate sobre temas de alto interés público, no sólo se protege la emisión de expresiones inofensivas o bien recibidas por la opinión pública, sino también la de aquellas que chocan, irritan o inquietan a los funcionarios públicos o a un sector cualquiera de la población⁶⁵. En una sociedad democrática, la prensa debe informar ampliamente sobre cuestiones de interés público, que afectan bienes sociales, y los funcionarios rendir cuentas de su actuación en el ejercicio de sus tareas públicas.”.

Teniendo en cuenta lo anterior, la Corte concluyó que la afectación a la libertad de expresión del señor Kimel fue manifiestamente desproporcionada, por excesiva, en relación con la alegada afectación del derecho a la honra en el presente caso.

Por lo anterior, La Corte aceptó el reconocimiento de responsabilidad internacional efectuado por el Estado y declaró que existió violación del derecho a la libertad de expresión, consagrado en el artículo 13.1 y 13.2 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, en relación con las obligaciones generales establecidas en los artículos 1.1 y 2 de dicho Tratado; el derecho a ser oído dentro de un plazo razonable, consagrado en el artículo 8.1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y el principio de legalidad consagrado en el artículo 9 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos.

Ahora bien, aunque constituye un precedente significativo en torno al alcance de la libertad de expresión y del principio de legalidad en la tipificación de los delitos de injuria y calumnia, esta decisión no puede ser trasplantada automáticamente al caso colombiano en ejercicio de un control de convencionalidad que no tenga en cuenta las particularidades del ordenamiento jurídico interno, especialmente la jurisprudencia constitucional y de la Corte Suprema de Justicia que han precisado notablemente el alcance de los elementos normativos de estos tipos penales, a lo cual se hará alusión en un acápite posterior de esta decisión.

Por otra parte, es claro que la Corte IDH entiende en la providencia antes transcrita que la libertad de expresión puede ser limitada con medidas de naturaleza penal, que en todo caso han de estar sujetas a especiales requerimientos en cuanto a su configuración legislativa y en cuanto a su interpretación y aplicación por parte de los funcionarios judiciales. Por lo tanto, para evaluar la constitucionalidad de las disposiciones acusadas necesariamente se debe tener en cuenta los desarrollos de la jurisprudencia en torno a sus elementos

normativos.

8. Examen de las disposiciones acusadas. La jurisprudencia de la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia y de la Corte Constitucional respecto de los delitos de injuria y calumnia

Como ha sostenido en reiteradas ocasiones esta Corporación la jurisprudencia de las Altas Cortes tiene un carácter vinculante para los operadores jurídicos por distintas razones que no es preciso reiterar en esta oportunidad⁶⁶.

Por lo tanto resulta relevante establecer si los pronunciamientos de la Sala de Casación Penal han contribuido a precisar el alcance de los tipos penales de injuria y de calumnia.

En relación con el delito de calumnia, ha señalado que los elementos que la estructuran son: “1) La atribución de un hecho delictuoso a persona determinada o determinable; 2) Que el hecho delictuoso atribuido sea falso; 3) Que el autor tenga conocimiento de esa falsedad; y 4) Que el autor tenga la voluntad y conciencia de efectuar la imputación”⁶⁷.

Frente a la injuria, la mencionada Corporación, mediante auto de 29 de septiembre de 1983, explicó que el tipo penal se estructura una vez se satisfagan los siguientes requisitos “1) Que una persona impute a otra conocida o determinable un hecho deshonroso; 2) Que el imputado tenga conocimiento del carácter deshonroso del hecho, 3) Que el carácter deshonroso del hecho imputado dañe o menoscabe la honra de aquella persona; 4) Que el imputador tenga conciencia de que el hecho atribuido tiene esa capacidad de dañar o menoscabar la honra de la persona”.

Así mismo, ha señalado la Sala de Casación Penal que la legislación colombiana solo consagra como sancionable el comportamiento doloso, esto es, el realizado sabiendo que la imputación que se hace es deshonrosa para el agraviado, y pese a ello queriendo hacerla. La misma conducta dolosa se exige en el caso de la calumnia, pero en ese caso se trata específicamente de la imputación falsa de una conducta punible, hecha con la intención de causar daño en el patrimonio moral de una persona⁶⁸.

Y acerca del derecho a opinar, trayendo a colación los autos de 7 y 29 de marzo de 1984,

adujo la Corte Suprema de Justicia que “si todo concepto mortificante o displicente para el amor propio, pero que no envuelva la afirmación de un hecho inequívoco, verdaderamente lesivo a la honra, fuera admitido a una acusación de injuria para ser castigado conforme al C.P., habría que suponer que el legislador había tenido la pretensión de darle a la sociedad civil y política la austeridad de un claustro, lo que es inadmisibile; eso sería privar a esa misma sociedad de cierto grado de virilidad inseparable de su existencia; todas esas ofensas mortificantes a que el hombre está sujeto en la vida civil salen del dominio del C.P. para caer en el de la opinión”.

En fecha reciente⁶⁹ la Sala de Casación Penal volvió a precisar los elementos normativos que configuran el tipo penal de injuria en el siguiente sentido:

Para la configuración de este tipo penal, es imprescindible que el sujeto activo consciente y voluntariamente impute a otra persona conocida o determinable, un hecho capaz de lesionar su honra, además de conocer el carácter deshonoroso de la imputación y la capacidad de daño y menoscabo a la integridad moral del afectado, de la imputación.

En suma, es imprescindible la concurrencia de los siguientes elementos, en particular:

Que el sujeto agente atribuya a otra persona conocida o determinable un hecho deshonoroso.

Que tenga conocimiento del carácter deshonoroso del hecho.

Que el hecho endilgado tenga la capacidad de dañar o causar menoscabo a la honra del sujeto pasivo de la conducta.

Y, que el autor tenga conciencia de que el hecho imputado ostenta esa capacidad lesiva, o para menguar o deteriorar la honra de la otra persona.

La honra es la estimación o respeto con la que cada persona debe ser tratada por los demás congéneres, en virtud a su dignidad humana. Será deshonoroso el hecho determinado e idóneo para expresar a una persona desprecio u odio público, o para ofender su honor o reputación.

Y en el caso concreto, al examinar si las afirmaciones formuladas en una entrevista radial

sobre una funcionaria judicial configuraban el tipo penal de injuria sostuvo:

La capacidad de menoscabo de la moral de la querellante en este caso no concurre, porque la expresión valorada por la Fiscalía en la resolución acusatoria como deshonrosa, carece de la idoneidad necesaria para afectar el patrimonio moral de la víctima.

(...)

De estas manifestaciones la Fiscalía únicamente estimó como injuriosas las referidas a que la doctora (...) la pasaba en el Guamo ingiriendo licor en compañía del Contralor Departamental, a las cuales la Sala debe limitarse en su valoración por virtud de las restricciones propias de la impugnación, ya que la sustentación se ciñó a demostrar la atipicidad de estas últimas expresiones.

Al valorar estas expresiones, la Sala concluye que carecen de la capacidad suficiente para menoscabar la honra, el prestigio y la buena fama de la que gozaba la querellante en el municipio en el que oficiaba como Fiscal. La afirmación genérica relativa a que la pasaba para arriba y para abajo ingiriendo licor con el Contralor Departamental, seguramente debió causar en su ánimo incomodidad, molestia, desazón, pero no basta para desprestigiarla,

No obstante lo anterior, se reitera, las aseveraciones carecen de idoneidad para afectar el patrimonio moral de la funcionaria judicial debido a su generalidad, vaguedad e impresión. Ninguna particularidad transmiten en cuanto a la supuesta ingesta de bebidas embriagantes, no indica los lugares frecuentados para ello, las condiciones en que lo hacía, la cantidad de licor consumido y su frecuencia, el comportamiento asumido en desarrollo de esa actividad, la incidencia que tenía en el ejercicio de sus funciones, etc., detalles necesarios para poder dañar su honra.

Ahora, el consumo moderado de licor en espacios y ocasiones especiales sin interferencia en la buena marcha del servicio público per se no menguan la honra de un servidor público. Así entonces, el no haber transmitido en la entrevista las particularidades del hecho atribuido, le restan a las manifestaciones idoneidad para afectar la reputación de la ofendida.

Además, la jurisprudencia nacional, de conformidad con el modelo político que nos rige y atendiendo el carácter de última ratio del derecho penal, viene reiterando que no todo

ataque a la moral de una persona constituye injuria, sino sólo aquellos con capacidad real de socavarla.

Labor que el funcionario judicial adelantará sopesando las circunstancias específicas de cada caso, los antecedentes que lo motivaron, el lugar y la ocasión en que ocurrió, para ello tendrá en cuenta los elementos de convicción y el grado de proporcionalidad de la ofensa, determinando si efectivamente se causó una amenaza o vulneración a la honra de la víctima.

En ese sentido, en la sentencia C-392 de 2002, la Corte Constitucional, señaló:

“La Corporación ha precisado que no todo concepto o expresión mortificante para el amor propio puede ser considerado como imputación deshonrosa. Esta debe generar un daño en el patrimonio moral del sujeto y su gravedad no depende en ningún caso de la impresión personal que le pueda causar al ofendido alguna expresión proferida en su contra en el curso de una polémica pública, como tampoco de la interpretación que éste tenga de ella, sino del margen razonable de objetividad que lesione el núcleo esencial del derecho.”

Postura que había adoptado en la sentencia T-028 de 1996, y que esta Sala entre otras determinaciones prohijó el 20 de junio de 2007, en el radicado No. 27423.

Es posible que manifestando el procesado que la medida de aseguramiento fue el producto de una confabulación entre la parte civil y la fiscal, esta afirmación pudiese tener mayor idoneidad para deshonrar a la querellante, empero como ésta no fue la conducta calificada como injuriosa por la Fiscalía, la Sala no puede pronunciarse acerca de ella, pues de hacerlo desbordaría su competencia vulnerando el derecho de defensa y de contradicción.

Nótese entonces que la Sala de Casación al definir los elementos normativos del delito de injuria ha recogido la jurisprudencia vertida por la Corte Constitucional, tanto en fallos de tutela como en fallos de constitucionalidad, y de esta manera ha defendido una interpretación restrictiva del tipo penal que favorece la vis expansiva de la libertad de expresión.

Cabe recordar, que la interpretación reiterada de los órganos de cierre de las distintas jurisdicciones constituye derecho viviente⁷⁰ que permite delimitar el contenido normativo de

las disposiciones sometidas a control constitucional. En esa medida la interpretación que ha hecho la Sala de Casación Penal sobre los tipos penales de injuria y de calumnia determina su alcance y contenido con ocasión de su examen de constitucionalidad y como puede verse tal interpretación circunscribe claramente los elementos normativos del tipo penal y de paso impide que los jueces interpreten de manera subjetiva y arbitraria las conductas penalmente reprochadas -que es el principal cargo que formulan los demandantes- pues, como antes se dijo, están vinculados por el precedente sentado por la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia cuando interpretan y aplican el Código Penal.

Otros aspectos relacionados con los tipos de injuria y calumnia también han sido dilucidados por la jurisprudencia de la Sala de Casación penal, por ejemplo, ha determinado que cuando los derechos al buen nombre y a la honra han sido restablecidos mediante la retractación ordenada en una sentencia de tutela no hay lugar al inicio de la acción penal⁷¹.

En el mismo sentido, a diferencia de lo que sostienen los demandantes, existe una línea jurisprudencial consolidada en el sentido de que los tocamientos corporales no consentidos configuran una injuria por vía de hecho⁷².

También la Corte Constitucional se ha pronunciado respecto de los tipos penales en cuestión, tanto en fallos de tutela como en decisiones de constitucionalidad, y sus decisiones han contribuido a definir los elementos normativos de los tipos penales en cuestión. Esta jurisprudencia vertida tanto en fallos de tutela como de constitucionalidad tiene un carácter vinculante para los funcionarios judiciales y como se ha visto ha sido recogida en los pronunciamientos de la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia.

Sobre la expresión imputaciones deshonrosas ha señalado:

“La Corporación ha precisado que no todo concepto o expresión mortificante para el amor propio puede ser considerado como imputación deshonrosa. Esta debe generar un daño en el patrimonio moral del sujeto y su gravedad no depende en ningún caso de la impresión personal que le pueda causar al ofendido alguna expresión proferida en su contra en el curso de una polémica pública, como tampoco de la interpretación que éste tenga de ella, sino del margen razonable de objetividad que lesione el núcleo esencial del derecho. Por esta razón, la labor del Juez en cada caso concreto, tomando en consideración los elementos de juicio existentes y el grado de proporcionalidad de la ofensa, es la de determinar si ocurrió una

verdadera amenaza o vulneración del derecho en comento”⁷³

Igualmente, como se advirtió previamente existe una consolidada jurisprudencia de la Corte Constitucional que resalta el carácter privilegiado que goza la libertad de expresión en el ordenamiento jurídico colombiano, que debe ser tomada en cuenta por parte de los jueces penales cuando interpreten y apliquen los tipos penales de injuria y calumnia en un caso concreto⁷⁴.

Resta por examinar los otros cargos propuestos por los demandantes y por los intervinientes respecto a la supuesta desproporción de los tipos penales de injuria y calumnia, por no ser idóneos para proteger el buen nombre y la honra y por ser innecesarios debido a la existencia de otros medios de protección menos lesivos de la libertad de expresión. La demanda parte de un supuesto erróneo cual es entender que la mera tipificación de la injuria y a calumnia configura una vulneración de la libertad de expresión, como antes se explicó esta postura no ha sido adoptada ni por la jurisprudencia de la Corte Constitucional ni por la jurisprudencia de la Corte IDH, por lo tanto lo que hay lugar a examinar es la supuesta falta de proporcionalidad de estas medidas legislativas de naturaleza sancionadora.

En lo que tiene que ver con la supuesta falta de idoneidad es claro que el cargo formulado parte de una errada concepción de los tipos penales como medidas de protección de los derechos. En efecto, afirma uno de los intervinientes que la tipificación de la injuria y la calumnia no es apta para proteger el buen nombre y la honra porque la intervención judicial solo tendría lugar una vez se produce la vulneración y con el propósito de sancionar penalmente al responsable de la trasgresión. Empero, está lógica argumentativa llevaría a concluir que las medidas penales nunca serían instrumentos adecuados para la protección de los derechos fundamentales, pues la intervención judicial siempre sería posterior, es decir, una vez producida la afectación iusfundamental, y siempre revestiría un carácter sancionador. Olvida el interviniente que la prohibición de ciertas conductas mediante su tipificación penal tiene principalmente una función preventiva, es decir, la amenaza de sanción penal busca disuadir su comisión. En otras palabras, las medidas de carácter penal, son idóneas para proteger los derechos fundamentales, o en general bienes constitucionalmente protegidos, porque están diseñadas para prevenir la ocurrencia de las conductas que potencialmente pueden lesionarlos, precisamente por los efectos disuasorios que tiene la amenaza de sanción penal⁷⁵.

En tal sentido es preciso recordar que los delitos de injuria y calumnia pretenden tutelar los derechos a la honra y al buen nombre sin distinguir el sujeto activo de la conducta tipificada, es decir, no sólo son tipos penales de sujeto activo cualificado cuya comisión este reservada a comunicadores o periodistas. Igualmente estos delitos tampoco fueron diseñados para proteger la honra y el buen nombre de los servidores públicos, sino que van dirigidos a preservar los derechos fundamentales de cualquier persona residente en Colombia, en esa medida cumplen importantes propósitos dirigidos a preservar la paz social y a evitar la justicia privada.

Respecto a la supuesta falta de necesidad de las medidas penales por existir otras que serían menos gravosas de los otros derechos fundamentales en juego –la libertad de expresión y en definitiva la libertad personal-, tales como el derecho de rectificación, las multas o la acción de tutela, e igualmente idóneas para proteger el buen nombre y la honra este argumento no será acogido por distintas razones. En primer lugar, porque como se plasmó previamente esta Corporación siempre ha encontrado constitucionalmente legítima la protección de los derechos al buen nombre y a la honra mediante tipos penales, adicionalmente esta posibilidad está expresamente autorizada por tratados internacionales de derechos humanos tales como la CADH y el PIDCP y como antes se dijo ha sido acogida por la Corte IDH. En segundo lugar, la jurisprudencia de la Corte Constitucional ha entendido que existe una especie de protección multinivel de los derechos al buen nombre y a la honra, dentro de este diseño protector, los tipos penales de injuria y calumnia sólo entrarían sería aplicados cuando se trata de vulneraciones especialmente serias de estos derechos fundamentales, frente a las cuales los otros mecanismos de protección resultan claramente insuficientes, lo que precisamente concuerda con la idea del derecho penal como ultima ratio, también defendida por la jurisprudencia constitucional, postura que además ha sido plenamente acogida por la Sala de Casación penal de la Corte Suprema de Justicia, como previamente se demostró y que además debe ser seguida por los jueces penales debido al carácter vinculante que tiene los precedentes sentados por estas dos Corporaciones.

El supuesto abuso que hacen ciertas personas de la denuncia penal como instrumento para restringir la libertad de expresión no es una razón suficiente para declarar la inconstitucionalidad de los tipos de injuria y de calumnia, precisamente porque los mismos intervinientes afirman que hay muy escasas condenas penales en la materia y la eventual investigación y juzgamiento de los periodistas denunciados por este delito no constituye a

juicio de esta Corporación una carga desproporcionada que estos deban soportar, y que conduzca a la intimidación y al bloqueo de la libertad de información y de expresión, sino simplemente impone un deber de cautela y de cuidado que no resulta excesivo en el ejercicio de su profesión por las profundas repercusiones que el ejercicio de estas libertades puede tener en la dignidad, la honra y reputación de las personas.

Adicionalmente, la manera como está diseñado el proceso penal respecto de estos delitos en particular, los cuales requieren de querrela por parte del interesado⁷⁶ y además las posibilidades de desistimiento de la querrela⁷⁷, la obligación de adelantar la conciliación como requisito de procedibilidad de la acción penal⁷⁸ y otras figuras previstas por la Ley 906 de 2004, reafirman la idea que la sanción penal sólo procedería como última ratio cuando se trata del juzgamiento de este tipo de delitos, lo que resalta su adecuado diseño legislativo y repercute en el juicio de proporcionalidad de los artículos examinados en la presente decisión.

No desconoce esta Corporación que actualmente en el Sistema Interamericano de protección de los derechos humanos se avanza en la despenalización de estas conductas, bajo la idea de que su sanción puede resultar nociva para el ejercicio de las libertades de información y de expresión y que por lo tanto resulta más conveniente su protección mediante mecanismos distintos a la tipificación penal, pero se trata de una decisión que, en principio, está reservada al legislador en el ejercicio de potestad de configuración normativa⁷⁹.

Se concluye, por lo tanto, que los cargos formulados por los demandantes contra los artículos 220 y 221 de la Ley 599 de 2000 no están llamados a prosperar porque la jurisprudencia de la Corte Constitucional y de la Corte Suprema de Justicia ha precisado los elementos que configuran los tipos penales de injuria y calumnia. De tal manera que esta jurisprudencia resulta vinculante para los jueces cuando interpreten y apliquen estas disposiciones en casos concretos. Como se dijo antes el carácter abierto de un tipo penal no implica su inconstitucionalidad, máxime cuando se trata de delitos que tienen una larga tradición jurídica en el ordenamiento colombiano y cuyos alcances han sido fijados de manera reiterada por la interpretación de los órganos de cierre judiciales.

Debido a que los cargos contra los artículos 223, 224, 225, 227 y 228 tenían como fundamento la supuesta apertura e indeterminación de los tipos penales de injuria y

calumnia, tampoco están llamados a prosperar.

Ahora bien, los demandantes hacen extensivas las acusaciones relacionadas con el tipo de injuria al artículo 226 del Código penal, que tipifica el delito de injurias por vías de hecho por considerarlo un tipo subordinado del artículo 220 del Código penal, pero también alegan que el verbo rector empleado agraviar es impreciso y vulnera el principio de legalidad en materia penal. Ninguno de estos cargos prospera por las razones expuestas en el presente acápite. Por una parte, como previamente se ha consignado, las expresiones acusadas contenidas en los artículos 220 y 221 del Código penal no vulneran el principio de legalidad ni estas medidas legislativas resultan desproporcionadas al ser ponderadas respecto del derecho a la libertad de expresión, por lo tanto no hay lugar a la declaratoria de inexecutable del artículo 226 como tipo penal subordinado del delito de injuria. En segundo lugar la jurisprudencia de la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia también se ha ocupado de precisar el alcance de este tipo penal (ver Nota 71), como previamente se hizo alusión, de manera tal que tampoco adolece de la supuesta imprecisión que le achacan los demandantes.

III. DECISIÓN.

En mérito de lo expuesto, la Corte Constitucional de la República de Colombia, administrando justicia en nombre del pueblo y por mandato de la Constitución,

RESUELVE:

Primero. Declarar EXEQUIBLES los artículos 220, 221, 222, 223, 224, 225, 226, 227 y 228 de la Ley 599 de 2000 “por la cual se expide el Código Penal”, por los cargos examinados en la presente decisión.

Cópiese, comuníquese, notifíquese, cúmplase e insértese en la Gaceta de la Corte Constitucional.

JUAN CARLOS HENAO PEREZ

Presidente

Con salvamento de voto

MARIA VICTORIA CALLE CORREA

Magistrada

Con salvamento de voto

MAURICIO GONZALEZ CUERVO

Magistrado

GABRIEL EDUARDO MENDOZA MARTELO

Magistrado

JORGE IVAN PALACIO PALACIO

Magistrado

NILSON ELIAS PINILLA PINILLA

Magistrado

JORGE IGNACIO PRETELT CHALJUB

Magistrado

HUMBERTO ANTONIO SIERRA PORTO

Magistrado

LUIS ERNESTO VARGAS SILVA

Magistrado

MARTHA VICTORIA SACHICA MENDEZ

Secretaria General

SALVAMENTO DE VOTO DE LA MAGISTRADA

MARÍA VICTORIA CALLE CORREA

A LA SENTENCIA C-442/11

DOCTRINA DEL DERECHO VIVIENTE-Alcance (Salvamento de voto)

TIPOS PENALES DE INJURIA Y CALUMNIA-Control de convencionalidad (Salvamento de voto)

DERECHO CONVENCIONAL VIVIENTE-Alcance (Salvamento de voto)

DERECHO VIVIENTE EN LA DOCTRINA-Requisitos para la conformación (Salvamento de voto)

TIPOS PENALES DE INJURIA Y CALUMNIA-Violación del principio de estricta legalidad penal (Salvamento de voto)

INTERPRETACION DEL PRINCIPIO DE ESTRICTA LEGALIDAD PENAL-Derecho comparado (Salvamento de voto)

CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS-Derecho convencional viviente (Salvamento de voto)/CASO RICARDO CANESSE-Jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Salvamento de voto)

TIPO PENAL-Deber de observar la estricta legalidad (Salvamento de voto)

LIBERTAD DE EXPRESION EN EL DERECHO CONVENCIONAL VIVIENTE-Jurisprudencia constitucional (Salvamento de voto)

DELITOS DE INJURIA Y CALUMNIA-Descriminalización progresiva (Salvamento de voto)

Referencia: expediente D-8295

Demanda de inconstitucionalidad contra los artículos 220, 221, 222, 223, 224, 225, 226, 227 y 228 de la Ley 599 de 2000, modificados por el artículo 1 de la Ley 599 de 2000.

Magistrado Ponente:

HUMBERTO ANTONIO SIERRA PORTO

Con el acostumbrado respeto por las decisiones de la Corporación, salvo el voto en esta oportunidad por las siguientes razones.

1. Para cualquiera debía ser claro que la solución aceptable de un conflicto como el que se presentaba en este proceso sólo era posible si se tenían en cuenta los cambios normativos que introdujeron la Carta de 1991 y la Convención Americana sobre Derechos Humanos, tal y como estos instrumentos normativos han sido interpretados por esta Corte, por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, y por la Comisión Interamericana. Sin embargo, como puede apreciarse sin dificultades a partir del texto de este fallo, la mayoría de la Sala dejó de hacerlo y en cambio abordó el problema jurídico de este caso únicamente con criterios tomados de la jurisprudencia nacional, y aparte de eso resolvió uno de los cargos (el de violación del principio de legalidad) sobre la base de que hay un Derecho viviente, construido desde una época preconstitucional (la de la Constitución de 1886). Trataré de mostrar las razones en las cuales me apoyo para llegar a esa conclusión.

2. En efecto, en esta sentencia la Corte sostuvo que los tipos de injuria y calumnia no violan el principio de legalidad. Eso se deduce, según la Sala, no sólo de la configuración legislativa de ambos tipos penales sino también y sobre todo de la interpretación que han llevado a cabo las Cortes de cierre nacionales, cuando los han interpretado. De hecho, la mayoría de la Corte sostiene que esa interpretación reiterada de tales Cortes de cierre es la que les garantiza a aquellos tipos penales la legitimidad suficiente para superar sin dificultades este juicio de constitucionalidad. Ahora bien, si esto es así, convendría preguntarse ¿cuáles decisiones de las Cortes de cierre han precisado el sentido de los tipos penales y les han deparado la citada legitimidad constitucional? La respuesta es significativa.

3. Según la Sala Plena han sido varias sentencias. Pero de acuerdo con la exposición que hace de ellas en este fallo, entre todas conforman un 'Derecho viviente'; es decir, una doctrina uniforme, consistente, consolidada y relevante sobre el entendimiento que debe dárseles a los tipos penales demandados en esta ocasión. ¿Cuándo comienza a construirse ese Derecho viviente? En el siglo XIX y se extiende sin rupturas hasta hoy, el siglo XXI. En nada importante cambió, entonces, por causa de la introducción de una nueva Carta de

derechos, o de la obligatoria recepción de la jurisprudencia y la doctrina interamericanas sobre la materia. Entre el siglo XIX y el día de hoy, nótese bien, no ha habido solución de continuidad que sea relevante señalar en un proceso como este. Eso suena un poco desconcertante, pero es lo que dice la Corte. Obsérvense un par de puntos en el razonamiento de este fallo, y se puede advertir que es así.

4. En efecto, cualquiera puede advertir en esta decisión que hay tres providencias hito en lo que la Corte decidió llamar el Derecho viviente de los tipos de injuria y calumnia. De un lado están, según la Sala, dos autos de la Corte Suprema de Justicia que supuestamente datan del “7 y 29 de marzo de 1984”, y que definen hasta qué punto una imputación es deshonrosa. Pues bien, es revelador constatar que en esa fecha, en 1984, no hay ningún auto o sentencia referente a los delitos de injuria o calumnia. La Sala tal vez quiso aludir entonces a los autos del 12 y 29 de ese mes (marzo), pero de casi cien años antes: de 1894.80 Repárese bien en esa fecha. Porque, de hecho, fue en el auto del doce (12) de marzo de mil ochocientos noventa y cuatro (1894) que la Corte Suprema formuló una consideración citada en esta sentencia como si fuera de un auto de casi cien años después. La consideración es la siguiente:

“[s]i todo concepto mortificante ó displicente para el amor propio, pero que no envuelve la afirmación de un hecho inequívoco, verdaderamente lesivo de la honra, fuera admitido á una acusación de injuria para ser castigado conforme al Código Penal, habría que suponer que el legislador había tenido la pretensión de darle á la sociedad civil y política la austeridad de un claustro, lo cual es inadmisibile; sería privar á esa misma sociedad de cierto grado de virilidad inseparable de su existencia: todas estas ofensas, todas estas mortificaciones á que el hombre está sujeto en la vida civil, salen del dominio del Código penal para caer en el de la opinión”.

5. Este párrafo, entonces, que según la Sala pertenece a una sentencia de finales del siglo XX, en realidad hace parte de un fallo dictado a finales del siglo XIX; es decir, a comienzos de una época en la cual el valor que se le asignaba a la libertad de expresión era ciertamente inferior al que se le reconoce ahora. Y justamente en esta última época es que se dictó, también, el otro pronunciamiento que encabeza el Derecho viviente sobre los tipos de injuria y calumnia: el auto del veintinueve (29) de septiembre de mil novecientos ochenta y tres (1983), en el cual la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia definió las

condiciones para juzgar si un comportamiento se ajustaba a los tipos de injuria y calumnia. De hecho, esta providencia fue la que dijo que el tipo penal de injuria está integrada por los siguientes elementos: “1. Que una persona impute a otra conocida o determinable un hecho deshonesto. || 2. Que el imputador tenga conocimiento del carácter deshonesto de ese hecho. || 3. Que el carácter deshonesto del hecho imputado dañe o menoscabe la honra de aquella persona. || 4. Que el imputador tenga consciencia de que el hecho atribuido tiene esa capacidad de dañar o menoscabar la honra de la persona”. Y fue ese, también, el mismo auto en el cual se dijo que el tipo de calumnia está compuesto por cuatro elementos: “1. La atribución de un hecho delictuoso a persona determinada o determinable. || 2. Que el hecho delictuoso atribuido sea falso. || 3. Que el autor tenga conocimiento de esa falsedad. || 4. Que el autor tenga la voluntad y consciencia de efectuar la imputación”.⁸¹

6. Como se ve, entonces, las precisiones interpretativas suministradas por el ‘Derecho viviente’ al que alude la mayoría proceden sobre todo de decisiones dictadas en los siglos XIX y XX, y por tanto anteriores a la Constitución de 1991, y ciertamente a la jurisprudencia y la doctrina interamericana sobre libertad de expresión. Desde luego, también provienen de fallos posteriores a estos dos hitos normativos, pero la Corte considera que conforman con la doctrina preconstitucional una interpretación uniforme, consolidada, consistente y relevante de los tipos de injuria y calumnia. Una doctrina que no tiene rupturas, ni quiebres, ni fisuras. En otras palabras, la Corte Constitucional sostiene que en más de cien años, en los cuales se expidieron una Constitución y un conjunto de pronunciamientos protectores de la libertad de expresión, no ha habido cambios relevantes. Cualquiera tiene derecho a preguntarse si eso es cierto o no. En mi concepto no lo es, y por el contrario estimo que existen suficientes razones para concluir lo contrario.

7. En específico, juzgo que hay un entendimiento muy desarrollado del principio de estricta legalidad penal, que obligaba a esta Corte por lo menos a adoptar las siguientes determinaciones: primero, a declarar inexecutable los delitos de injuria y calumnia, así como los demás que se les relacionaban, por ser demasiado imprecisos. Segundo, a ofrecerle al legislador un plazo razonable dentro del cual pudiera remediar esa deficiencia, sin desproteger entre tanto el derecho a la honra, con el fin de que elaborara una legislación penal en esta materia que suministrara una distinción clara y precisa entre los comportamientos que están prohibidos y los que no lo están. Tercero, a señalar cuáles ejercicios de la libertad de expresión que interfirieran en la honra de otras personas, debían

estar definitivamente sustraídos del ámbito de influencia del poder punitivo. A continuación expondré las razones por las cuales la Corte debía juzgar inconstitucionales los tipos penales demandados.

¿Por qué los tipos demandados en realidad sí violaban el principio de estricta legalidad penal?

8. En su acción pública de inconstitucionalidad, los ciudadanos demandantes adujeron que los tipos penales de injuria y calumnia de nuestro Código Penal son muy similares a los que tenía la República Argentina cuando la Corte Interamericana resolvió el caso Kimel c. Argentina. Con fundamento en esa alegada similitud, los actores sostuvieron que en esta oportunidad la Corte Constitucional debía juzgar nuestros tipos penales de injuria y calumnia teniendo en cuenta, entre otras, las consideraciones expresadas por la Corte Interamericana en la sentencia referida. Así, como la Corte Interamericana decidió que los delitos de injuria y calumnia entonces vigentes en la República Argentina eran contrarios a la Convención Americana sobre Derechos Humanos, por resultar demasiado imprecisos, en esta ocasión la Corte Constitucional debía hacer lo propio con nuestros tipos penales de injuria y calumnia. Pero la Corte Constitucional no realizó tal comparación. Sin embargo, conviene mostrar que en realidad los tipos penales Argentinos, juzgados en el caso Kimel sí eran similares en algunos puntos a los tipos penales hoy vigentes en Colombia. En efecto, nótese la similitud entre ambos.

Argentina (al momento del fallo Kimel)

Colombia

Injuria

“El que deshonrare o desacreditare a otro, será reprimido con multa de pesos mil quinientos a pesos noventa mil o prisión de un mes a un año”

“El que haga a otra persona imputaciones deshonrosas, incurrirá en prisión...”

Calumnia

“La calumnia o falsa imputación de un delito que dé lugar a la acción pública, será reprimida

con prisión de uno a tres años”

“El que impute falsamente a otro una conducta típica, incurrirá...”

9. Ciertamente, las disposiciones no eran idénticas. Por eso la Corte estaba autorizada para establecer algunas diferencias entre los tipos juzgados en el caso Kimel y los juzgados en el caso que nos ocupa, con el fin de adoptar una decisión independiente que tuviera en cuenta nuestra realidad normativa. Pero, al parecer de la mayoría, ni aunque los tipos argentinos hubieran sido idénticos a los colombianos, la Corte Constitucional habría estado obligada a decidir como lo hizo la Corte IDH en el asunto Kimel. Pues, según el fallo del cual disentimos, hay una diferencia entre ese proceso y el que se debía decidir en esta oportunidad, y es que en nuestro país las hipótesis penales de injuria y calumnia no sólo están configuradas por los tipos penales establecidos en la ley propiamente dicha (Ley 599 de 2000), sino en general a partir del Derecho penal viviente; es decir, a partir de los tipos penales, más la interpretación consistente, consolidada y relevante de los mismos, por parte de las Cortes de cierre de la justicia nacional.⁸² Por consiguiente, para la Sala, a diferencia de lo que ocurrió en la sentencia Kimel c. Argentina, en este caso el test de legalidad penal suponía preguntarse, no si los tipos penales leídos sin intermediación eran lo suficientemente precisos, sino si el Derecho penal viviente lo era, pues en caso de ser así entonces no podría declararse inconstitucional la ley enjuiciada, aunque esta última presentara, en abstracto, un grado de indeterminación inadmisibles.

10. Pues bien, esa interpretación del principio de estricta legalidad penal puede ser plausible en otros contextos, y de hecho se ha adoptado en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional alemán⁸³ y en la de la Corte Europea de Derechos Humanos.⁸⁴ Pero en el contexto interamericano, y sobre todo cuando se usa para controlar la constitucionalidad de tipos penales que establecen responsabilidades ulteriores al ejercicio de la libertad de expresión, ese entendimiento es contrario precisamente al Derecho viviente, que en este fallo se trató de defender con tanto ahínco. Lo que ocurre es que no contradice cualquier Derecho viviente, sino el Derecho convencional viviente; es decir, el que mana de una interpretación consistente, consolidada y relevante de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (Ley 16 de 1972), llevada a cabo no sólo por parte de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, sino también por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos y la doctrina más autorizada en la materia, como pasamos a mostrarlo a

continuación.

11. En efecto, como se debió haber analizado en el fallo del cual disintimos, la Convención Americana sobre Derechos Humanos dispone en el artículo 13 que el derecho a la libertad de expresión “no puede estar sujeto a previa censura sino a responsabilidades ulteriores, las que deben estar expresamente fijadas por la ley” (art. 13.2). Pues bien, ¿qué debe entenderse por ‘ley’ en ese contexto? En abstracto cabría ofrecer más de una respuesta, pero lo cierto es que el Derecho convencional viviente ha fijado con claridad y univocidad el sentido de ese término. Porque la Corte Interamericana de Derechos Humanos dijo en la Opinión Consultiva OC-6/86, del 9 de mayo de 1986, que los términos ‘ley’ o ‘leyes’ dentro de la Convención, cuando se emplean para referirse a las restricciones de derechos autorizadas por ese instrumento,⁸⁵ deben entenderse de la siguiente manera:

“la palabra leyes en el artículo 30 de la Convención significa norma jurídica de carácter general, ceñida al bien común, emanada de los órganos legislativos constitucionalmente previstos y democráticamente elegidos, y elaborada según el procedimiento establecido por las constituciones de los Estados Partes para la formación de las leyes”⁸⁶ (Énfasis añadido).

12. Y ese es el Derecho convencional viviente porque, luego de dicha Opinión, la Corte IDH ha sostenido esa misma interpretación de una manera consistente, consolidada y relevante. Así, ha reconocido en varias ocasiones que sólo son admisibles como restricciones a los derechos reconocidos por la Convención, las autorizadas por esta última que además aparezcan fundamentadas en una ‘ley’, tal y como esta fue caracterizada por la Opinión Consultiva OC-6/86, del 9 de mayo de 1986 antes mencionada: lo ha hecho, por ejemplo, al tratar en concreto sobre el derecho a la privacidad,⁸⁷ el derecho a la libertad física,⁸⁸ el derecho a ser juzgado sólo por juez competente,⁸⁹ y también al definir las condiciones de convencionalidad de las restricciones a la libertad de expresión.⁹⁰ Con lo cual la Corte Interamericana ha decidido que no son válidas las restricciones a los derechos reconocidos por la Convención Americana, cuando provienen de una norma que no satisface las condiciones establecidas en su definición de ‘ley’.

13. Con todo, cabría preguntarse si también se desconoce el Derecho convencional viviente

cuando la restricción está dispuesta por una ley penal con todos los atributos exigidos por la Corte Interamericana, pero es una ley penal altamente imprecisa que sólo ha logrado superar un cierto nivel de indeterminación gracias a que ha sido concretada por las decisiones judiciales internas de un Estado parte de la Convención. En esos casos, ¿puede decirse que la restricción del derecho viola el principio de legalidad de las restricciones, tal y como este ha sido configurado por la Corte Interamericana? La respuesta es que al menos en el caso de tipos penales que restrinjan la libertad de expresión, sí lo vulnera. Por tanto, también nuestra legislación penal lo infringe, así haya sido, según la Sala, precisada por la jurisprudencia nacional. Y para llegar a esa conclusión hay al menos tres razones.

14. En primer lugar, así lo ha interpretado claramente la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, a propósito del caso de Ricardo Canese contra Paraguay. En esa ocasión, el señor Ricardo Canese había sido al principio condenado penalmente, por la justicia paraguaya, por haber incurrido en los delitos de injuria y difamación, y luego sólo por el delito de difamación, a pesar de que las expresiones por las cuales se lo condenó habían sido emitidas por él en el contexto de una contienda electoral, y en su calidad de candidato a un cargo de elección popular. El señor Canese persiguió de varias maneras que se dejaran sin efecto las condenas en su contra, pero sólo después de que la Comisión presentara el caso ante la Corte Interamericana, pudo obtener de parte de la Corte Suprema de Paraguay una revocación de la sentencia penal condenatoria. Y, en ese fallo interno, la Corte Suprema precisó el sentido de los tipos penales que habían servido para mantener la condena penal proferida en contra del señor Ricardo Canese. No obstante, a juicio de la Comisión, ni siquiera esa precisión era suficiente para satisfacer el principio de legalidad de las restricciones a la libertad de expresión, porque esa jurisprudencia no tenía carácter general y podía ser cambiada sin dificultades relevantes. Por eso, en los alegatos que presentó ante la Corte Interamericana, expresó que en su criterio el Estado paraguayo debía regular los tipos penales que restringieran la libertad de expresión por medio de una “completa adecuación legislativa”, que evitara las “dudas interpretativas”:

“s) la referida sentencia absolutoria del señor Canese emitida por la Corte Suprema de Justicia del Paraguay afirma que nadie puede ser condenado penalmente por afirmaciones en temas de interés público, que involucren a funcionarios o personas públicas, aunque dichas afirmaciones pudieran afectar el honor o la reputación de éstos. Sin embargo, lo dispuesto en dicha sentencia constituye una interpretación judicial. En aplicación del artículo 30 de la

Convención las restricciones y, “a contrario sensu, las no restricciones, deben ser aplicables conforme a leyes que se dictaren por razones de interés general”. La interpretación de la Corte Suprema no puede ser equiparada a una ley, dado que sus efectos no son de carácter general y puede ser modificada;

t) pese a la existencia de la nueva legislación y a la decisión de la Corte Suprema de Justicia del Paraguay, existen procesos penales instaurados como consecuencia de expresiones vinculadas a asuntos de interés público;

u) se debe establecer sin dudas interpretativas que las expresiones sobre cuestiones de interés público no deben ni pueden ser penalizadas. El Código reformado, el cual mantiene los delitos contra el honor, continúa siendo un instrumento utilizado para generar un ambiente intimidatorio que inhibe expresiones de interés público. En su escrito de alegatos finales, solicitó a la Corte que ordene al Estado ‘una completa adecuación legislativa en materia de delitos contra el honor incluida en el Código Penal’”.⁹¹

15. Pero esa no es la única razón. Pues también ese ha sido el entendimiento que le ha dado la Relatoría Especial para la Libertad de Expresión de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, a la exigencia de legalidad en las restricciones penales a la libertad de expresión. Y esta emite conceptos que deben tenerse en cuenta para interpretar la Convención, por ser parte de la doctrina más autorizada en la materia. En efecto, la Relatoría Especial para la Libertad de Expresión ha dicho, en términos claros y directos, que las exigencias del principio de legalidad de las restricciones a la libertad de expresión, deben ser satisfechas por una ley en sentido estricto, y las falencias que se adviertan en esta no se pueden suplir ni siquiera con decisiones judiciales que las precisen:

“debe existir una previsión legal clara y precisa de las responsabilidades ulteriores, que deben haber sido establecidas en leyes redactadas en términos unívocos, que delimiten claramente las conductas ilícitas, fijen sus elementos con precisión y permitan distinguirlos de comportamientos no ilícitos. De lo contrario, se generan dudas, se abre campo a la arbitrariedad de las autoridades, se irrespeta el principio de legalidad¹⁶⁵, y se causa el riesgo de que estas normas sean utilizadas para afectar la libertad de expresión. Las normas que limitan la libertad de expresión deben estar redactadas con tal claridad que resulte innecesario cualquier esfuerzo de interpretación. Incluso si existen interpretaciones judiciales

que las precisan, ello no es suficiente para suplir formulaciones demasiado amplias, pues las interpretaciones judiciales cambian o no son seguidas estrictamente, y no son de carácter general” (Énfasis añadido).⁹²

16. Y, finalmente, estoy convencida de que el caso Kimel contra Argentina, invocado por los ciudadanos en su acción pública, ofrecía suficientes elementos para asumir que, en concepto de la Corte Interamericana, cuando las restricciones a la libertad de expresión son de carácter penal, debe ser la ‘ley’, emitida por órganos legislativos constitucionalmente previstos y democráticamente elegidos, la que establezca la(s) conducta(s) punible(s) de manera “expresa, precisa, taxativa y previa”, y cualquier defecto que presente al respecto no puede ser subsanado por una interpretación judicial que precise la normatividad restrictiva. Pues, como puede apreciarse, si se mira con detenimiento, en la nota al pie de página número cinco de esa sentencia, la Corte Interamericana da cuenta de que le solicitó al Estado que aportara información sobre “a) la fuerza vinculante de las decisiones judiciales en Argentina, particularmente las de la Corte Suprema de Justicia de la Nación; b) copia de las decisiones judiciales relacionadas con libertad de expresión que sustentan los alegatos de las partes en relación con la implementación judicial, en el ámbito interno, de los estándares internacionales de derechos humanos”. Y si la Corte IDH no las tuvo en cuenta para decidir que los tipos de injuria y calumnia resultaban demasiado imprecisos, no fue porque las decisiones judiciales de la Corte Suprema de Justicia de la Nación argentina no hubieran precisado esos tipos penales, o porque no tuvieran fuerza vinculante, pues en realidad sí los habían precisado en decisión que tenían fuerza de precedente, como puede apreciarse en la siguiente explicación.

17. En efecto, antes del fallo Kimel de la Corte Interamericana, la Corte Suprema de Justicia de la Nación argentina había expedido al menos dos casos paradigmáticos, en los cuales había precisado el tipo de injuria, por el cual fue condenado el señor Eduardo Kimel en el ámbito interno. Primero, en el caso Morales Solá, Joaquín Miguel s/ injurias -causa N° 9648- 12/11/96, la Corte Suprema de Justicia de la Nación decidió que cuando una opinión afecta la honra de un funcionario público, no es injuriosa si quien la emite cree de buena fe en la veracidad de sus opiniones. Segundo, en el caso Pandolfi, Óscar Raúl s/ injurias -causa N° 512/92- 01/07/1997, la Corte Suprema de Justicia de la Nación decidió que cuando una información afecta la honra de un funcionario público, no es injuriosa si quien la emite ha desplegado una tarea diligente en la investigación de la verdad. Y estas dos decisiones

cuentan con reconocida autoridad⁹³ y tienen fuerza vinculante.⁹⁴

18. Así las cosas, la Corte Interamericana resolvió en el caso Kimel que los tipos penales de injuria y calumnia del derecho argentino violaban el principio de estricta legalidad penal en materia de restricciones a la libertad de expresión, a pesar de que hubieran sido precisados por el órgano judicial de cierre argentino. Por ende, no vemos cómo la Sala pudo trazar una distinción entre este caso y el resuelto por la Corte IDH en esa sentencia, aun cuando hubiera tantas semejanzas.

19. En definitiva, en este fallo la Corte Constitucional ignoró que ya hay una interpretación consistente, consolidada y relevante de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, que desautoriza un entendimiento del principio de estricta legalidad penal como el que en esta ocasión prohijó. Pero esa decisión no habría sido tan cuestionable si la Corte, en todo caso, hubiera adelantado un juicio de tipicidad de las normas demandadas; es decir, si hubiera al menos examinado qué tan respetuoso del principio de estricta legalidad penal era el 'Derecho viviente' de los tipos penales cuestionados. Sin embargo, la Corte no lo hizo.

20. Hacerlo habría supuesto al menos efectuar el juicio que esta Corte decidió aplicar en la sentencia C-575 de 2009,95 en la cual declaró inexecutable el delito de ultraje a símbolos patrios. Porque en esa sentencia la decisión de la Corporación se basó, entre otras razones, en que el tipo violaba el principio de estricta legalidad penal. Luego era de esperarse que la Corporación aplicara en este caso el mismo test, así fuera al Derecho viviente. ¿Cuál era ese test? Así lo aplicó la Corte:

"7. El principio de legalidad en sentido estricto en materia penal y la constitucionalidad del tipo penal de ultraje a los símbolos patrios.

Como antes se dijo uno de los límites a la libertad de configuración del Legislador en materia penal es el deber de observar la estricta legalidad. En punto a este deber, la Corte ha señalado "(i) que la creación de tipos penales es una competencia exclusiva del legislador (reserva de ley en sentido material) y que (ii) es obligatorio respetar el principio de tipicidad: "nullum crimen, nulla poena, sine lege previa, scripta et certa". De manera que el legislador está obligado no sólo a fijar los tipos penales, sino que éstos tienen que respetar el principio

de irretroactividad de las leyes penales (salvo favorabilidad), y definir la conducta punible de manera clara, precisa e inequívoca” (Sentencia C-939 de 2002).

Ciertamente, tal como se hizo mención anteriormente, la expresión “ultrajar” incluye contenidos semánticos diversos.

En efecto, el Diccionario de la Real Academia define la expresión ultrajar como la conducta dirigida a 1. tr. Ajar o injuriar. 2. tr. Despreciar o tratar con desvío a alguien. 3. tr. El Salv. y Ven. violar (tener acceso carnal con alguien en contra de su voluntad). Y como sinónimo de ajar, 1. tr. Maltratar, manosear, arrugar, marchitar. 2. tr. Tratar mal de palabra a alguien para humillarle. 3. tr. Hacer que pierda su lozanía alguien o algo. U. t. c. prnl. 4. tr. Desgastar, deteriorar o deslucir algo por el tiempo o el uso. U. t. c. prnl.

El diccionario del uso corriente de María Moliner lo define como “1.(<con, en>) tr. Ofender gravemente a una persona con palabras o con obras: (Ultrajar con palabras. Ultrajar en su dignidad”. 2 Despreciar o humillar a una persona. Por su parte, la página web de wordreference.com trae las siguientes variables semánticas del término: 1) tr. Injuriar gravemente a alguien. 2) Despreciar, 3) ajar, deteriorar, estropear. El diccionario de Sinónimos y Antónimos de Editorial Planeta consigna los siguientes sinónimos del término: insultar, injuriar, insolentar, difamar, vejar, despreciar.

En esa medida la expresión “ultraje” incluye contenidos semánticos diversos. En el catálogo de sinónimos que puede asociarse a la expresión ultraje se incluyen acciones como dañar, estropear, deteriorar, deslucir, ofender, humillar, manosear, arrugar, marchitar, tratar mal, insultar, injuriar, insolentar, difamar, vejar, despreciar. Ciertos comportamientos vinculados con el verbo “ultrajar” suponen la agresión física, el deterioro material del bien objeto de ultraje. Otras acciones suponen la intención de humillar, de vilipendiar el bien ultrajado. En el espectro de acciones marcado por dichos límites, están comprendidas por una parte ciertas

conductas ultrajantes que pueden constituir manifestación legítima del derecho a la libertad de expresión, y por otra parte la pluralidad de contenidos semánticos de la expresión puede dar lugar a juicios subjetivos por el juzgador al momento de apreciar una conducta. Piénsese, por ejemplo, en ciertas manifestaciones artísticas que involucren los símbolos patrios o en la utilización de los símbolos patrios en adornos personales o prendas de vestimenta, si bien en ciertos casos este empleo puede ser considerado una exaltación de los símbolos patrios, en otros puede ser interpretado como una forma de mancillar los valores representados en los mismos.

Por lo tanto la conducta tipificada en el artículo 461 del Código Penal dista de cumplir con la exigencia de claridad y precisión exigida por el principio de legalidad en materia penal, razón adicional para declarar su inconstitucionalidad”.

21. Como se ve, el test consistía básicamente en: (i) tomar al menos uno de los elementos del tipo (sobre todo el verbo rector del tipo penal “el que ultraje...”), (ii) luego indagar cuántos significados tiene en el Diccionario de la Real Academia, (iii) cuántos sinónimos, y posteriormente (iv) se decide si es lo suficientemente ambiguo o no. Y si hubiera hecho ese mismo test para el ‘derecho viviente’ de los delitos de injuria y calumnia, habría obtenido un resultado muy similar al del examen del ultraje a símbolos patrios; es decir, su inconstitucionalidad. Por ejemplo, en todas las sentencias citadas dentro del proyecto, que supuestamente especifican el delito de injuria, la Corte Suprema y la Corte Constitucional dicen (con irrelevantes variaciones) que es preciso “que el imputador tenga conciencia de que el hecho atribuido tiene esa capacidad de dañar o menoscabar la honra de la persona”. Sin embargo, si la palabra “honra” es sometida al mismo escrutinio que el término “ultraje”, puede advertirse que es sumamente ambigua, pues tiene en el Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española varios significados. De hecho, tiene más significados incluso que la palabra ‘ultraje’, que le sirvió a la Sala para declarar inexecutable el delito de ultraje a símbolos patrios.⁹⁶ Por otra parte, también en el Diccionario de María Moliner, la palabra ‘honra’ recibe muy variadas acepciones.⁹⁷

22. Así las cosas, cabe preguntarse: ¿cuándo se lastima la honra de alguien? La Corte Suprema dice que no cualquier concepto mortificante lo hace. Pero entonces ¿cuál clase de

conceptos sí?, ¿qué debe tener una imputación para ser deshonrosa? Por otra parte, la Corte Suprema dice que es necesario “que el imputador tenga conciencia de que el hecho atribuido tiene esa capacidad de dañar o menoscabar la honra de la persona”. Pero, cuando dice “dañar o menoscabar”, ¿está haciendo alusión a dos actos distintos?, o sencillamente ¿hace referencia a dos sinónimos de un mismo problema? Y, lo que es más: ¿cuándo puede decirse que el imputador tiene “conciencia” de que el hecho atribuido menoscaba o daña la honra de la persona? Pues cabe preguntarse: ¿tiene conciencia de ello una persona que tiene dudas al respecto?, ¿tiene conciencia de ello una persona que se debate entre que su imputación no daña o menoscaba la honra de alguien y que sí lo hace?

23. Y similares preguntas pueden hacerse con respecto al delito de calumnia. En efecto, para empezar, la Sala Plena de esta Corte asegura que la interpretación hecha por la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema, contenida en el auto del veintinueve (29) de septiembre de mil novecientos ochenta y tres (1983) hace parte aún del Derecho viviente. Pero en esa providencia se dijo que toda conducta típica de injuria requería “[l]a atribución de un hecho delictuoso a persona determinada o determinable”. Sin embargo, esta misma Corte había dicho recientemente, en la sentencia C-417 de 2009,98 que con el Código penal de 2000, la calumnia no necesariamente requería imputarle falsamente a otro un hecho delictuoso sino que “el delito se configuraba cuando se imputaba una conducta típica, excluyendo de la imputación los calificativos de antijuridicidad y culpa, que traía el ordenamiento anterior”. Entonces, al fin, ¿cuál es la interpretación viviente: la que tipifica las falsas imputaciones de hechos delictuosos, o la que tipifica las falsas imputaciones de hechos simplemente típicos? Pero eso no es todo, pues también hay una serie de interrogantes que surgen al examinar las demás ‘precisiones’ del Derecho viviente: cuando se dice que es necesario “[q]ue el autor tenga conocimiento de esa falsedad” ¿se incluye en ese supuesto a quien hace una imputación con dudas acerca de su veracidad? En el mismo sentido, cuando el Derecho viviente dice que es necesario que la persona “tenga la voluntad y conciencia de efectuar la imputación”, ¿usa el término ‘conciencia’ como sinónimo de conocimiento, o es posible que una persona tenga conocimiento y voluntad de hacerle a otra una imputación falsa, pero no conciencia de ello? Y, finalmente, cuando el Derecho viviente ‘precisa’ que la calumnia consiste en imputarle falsamente a otra persona una conducta típica, ¿incluye en esa hipótesis la ‘calumnia’ a personas jurídicas, a personas muertas, a seres en gestación?

24. En suma, parece entonces que la Sala no hizo una adecuada interpretación del principio

de estricta legalidad penal para los casos en los cuales se restringe la libertad de expresión, pues no acogió el Derecho convencional viviente en esa materia que exige un nivel de precisión suficiente en la 'ley' y no simplemente en el Derecho. En cambio, interpretó que el principio de estricta legalidad penal se satisface correctamente así la ley penal sea imprecisa, cuando ha sido precisada por los órganos de cierre judiciales. Sin embargo, se limitó a hacer esa declaración y renunció a manifestar por qué los tipos penales demandados eran tan precisos que cumplían con las exigencias derivadas del principio de tipicidad. Por ello, se abstuvo de reconocer que incluso el Derecho penal viviente, adscrito a los delitos de injuria y calumnia, era muy impreciso como forma de establecer responsabilidades graves por el ejercicio de un derecho tan importante para el funcionamiento de la democracia constitucional: la libertad de expresión.

25. Ahora bien, la protección del principio de estricta legalidad penal habría dado lugar a que se juzgaran inconstitucionales los delitos de injuria y calumnia. El remedio que propusimos fue que se declarara la inexecutable diferida de todos los tipos demandados, otorgándose un plazo determinado al Congreso de la República, dentro del cual podía adecuar la legislación penal a los estándares constitucionales y convencionales sobre la protección a la libertad de expresión. Pero la mayoría de la Corte rechazó esta propuesta, sobre la base de que en materia penal no deben adoptarse decisiones de inexecutable diferida. Nosotros compartimos, no obstante, que en materia penal esa decisión debe ser excepcional, pero no sólo la Corte lo ha hecho, si bien en el ámbito del procedimiento penal,⁹⁹ sino considerando que en esta oportunidad esa resolución resultaba mucho más ajustada a nuestra democracia constitucional, que la adoptada finalmente por la Sala.

26. Desde luego, esa decisión habría aparejado algunos interrogantes. Pero en todo caso no eran tantos ni tan agudos como los que provocaba una decisión de executable pura y simple como esta. Para empezar, porque si se decidía declarar la inexecutable diferida de los tipos penales demandados, el Congreso podía en adelante crear tipos penales de injuria y calumnia, y otros relacionados con estos, pero con un grado de precisión superior al que tenían los enjuiciados en esta oportunidad. Eso habría reabierto la discusión acerca de la conveniencia de penalizar el ejercicio de la libertad de expresión, y la deliberación en estas materias es sano promoverla periódicamente. En cambio, con la declaración de executable pura y simple, se cierra la discusión y se fijan parámetros de interpretación de la ley penal que no han sido establecidos por órganos representativos.

27. Además, la declaratoria de inexecutable diferida habría propiciado una oportunidad valiosísima para que el órgano de representación democrática actualizara nuestra legislación penal –si decidía atenerse a ese método de control social- de acuerdo con los estándares fijados por los órganos del sistema interamericano. Pues estos han considerado como incompatibles con la Convención Americana, conductas que no están clara y unívocamente excluidas del ámbito de aplicación de los tipos de injuria y calumnia. Así, por ejemplo, ha interpretado que en los conflictos entre el derecho a la honra de quienes ocupan, han ocupado o buscan ocupar cargos públicos, y la libertad de expresión de otras personas que los cuestionan, critican o atacan, tiene precedencia –como dice la Relatoría Especial para la Libertad de Expresión- “la libertad de expresión en asuntos de interés público actual”.¹⁰⁰

28. En ese sentido, debía quedar claro que el legislador, si decidía adoptar nuevamente medidas penales para proteger el derecho a la honra de los ejercicios abusivos de la libertad de expresión, estaba obligado a excluir claramente del control penal la emisión de opiniones contra figuras de visibilidad pública o que ejerzan funciones estatales, al menos en ciertos contextos que la Corte Constitucional debía identificar en ejercicio de su competencia de interpretar la Constitución. Porque no perdamos de vista que la propia Comisión Interamericana de Derechos Humanos ha llegado a catalogar las responsabilidades penales, al menos en casos con esas características, como equivalentes por sus efectos a la censura previa, y la censura previa es incompatible no sólo con la Convención Americana sino también con nuestra Constitución, que dice terminantemente: “[n]o habrá censura” (art. 20, C.P.).¹⁰¹ Así, entonces, nos remitimos a los alegatos presentados por la CIDH ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso de Ricardo Canese contra Paraguay:

“[e]l procesamiento penal de personas que realizan críticas genera consecuencias drásticas, homologables a la censura o autocensura, en las personas que podrían realizar denuncias o cuestionamientos hacia figuras de visibilidad pública o en función del Estado. Esto genera un gran riesgo de que se lesione la libertad de expresión, homologable a la censura previa”.

29. En cambio, una decisión de executable pura y simple nos parecía impropia, por cuanto los tipos de injuria y calumnia, y los demás que se les relacionaban, eran sumamente imprecisos toda vez que no distinguían de manera unívoca las conductas permitidas de las prohibidas. Y con un nivel de indeterminación tan alto no es legítimo interferir de un modo tan intenso en tantos y tan importantes derechos fundamentales, como lo hacen los tipos de

injuria y calumnia. Porque una medida de esa naturaleza se presta para acallar e intimidar injustificadamente a las voces críticas, y congelar de paso el debate público, bien sea por medio de condenas efectivas imprevistas, impuestas a conductas que no merecen ser penalizadas, o de procesos penales con resultados inciertos.

30. Quizás un nivel de imprecisión como el de esos tipos sería legítimo en un derecho sancionatorio menos intenso que el penal. Pero cuando se enlaza a ciertos actos de ejercicio de la libertad de expresión una pena tan ardua como la privativa de la libertad, sin identificar de manera unívoca cuáles son esos actos, y en lugar de ello ofrecer apenas criterios vagos y ambiguos para identificarlos, se termina por disuadir a las personas no sólo de ejercer la libertad en casos en que realmente se afecta de manera insoportable la honra de los demás, sino incluso en casos en que la honra ajena ni se interfiere siquiera. ¿Por qué? Porque una pena de prisión es altamente intimidante, en tanto supone la afectación en los bienes más preciados del ser humano, como son entre otros su dignidad, su libertad personal (art. 28), su libertad de residencia (art. 24), su intimidad personal y familiar (art. 15), su derecho al sufragio y demás derechos políticos (arts. 40 y 103)¹⁰² y su libertad de asociación (art. 38). Pero, además, una pena de prisión puede intervenir de manera colateral en otros derechos fundamentales del reo, tales como su libertad de escoger profesión u oficio (art. 26), su derecho a la salud (art. 49), a la integridad personal y a la protección integral de la familia (art. 42).¹⁰³ Y, lógicamente, si a esa pena se suma, entonces, otra de multa, la situación individual se agrava todavía más, pues se afecta también el derecho a la propiedad privada (art. 58).

31. Por otra parte, al haber declarado exequible pura y simplemente la ley penal, pero sólo porque ha sido precisada por órganos judiciales que carecen de representatividad democrática, en términos prácticos lo que hizo esta Corte fue declarar una constitucionalidad con la condición de que se respete el 'Derecho viviente'. Y, en ese sentido, una sentencia de inexequibilidad diferida habría logrado satisfacer en mayor medida que esta, el principio de reserva democrática de la ley penal, pues no habría puesto las decisiones de los jueces al nivel de las del legislador, ni les habría asignado la función de conformar los tipos penales en conjunto con el Congreso de la República.

32. En definitiva, llama poderosamente la atención que en la sentencia C-417 de 2009,¹⁰⁴ la Sala Plena de la Corte haya calificado como "particularmente persuasiva" la propuesta del

sistema regional, de descriminalizar los problemas sociales de injuria y calumnia, con el fin de promover el debate en los estados democráticos americanos.¹⁰⁵ Me aparto de la decisión mayoritaria, con respecto a este caso, pues creo que es preciso apuntar hacia la descriminalización progresiva de los delitos de injuria y calumnia, por la vía de sustraer del ámbito penal algunas conductas que aun cuando puedan significar interferencias en el derecho a la honra de otras personas, son útiles e incluso necesarias para contribuir en el funcionamiento óptimo de una democracia constitucional. Esa descriminalización progresiva puede ser inmediata si así lo deciden el poder constituyente o el legislador. Pero si estos poderes resuelven no hacerlo de manera instantánea, la Corte Constitucional por estar encargada de promover el funcionamiento de una democracia vigorosa debe apuntarle a reducir de manera progresiva el margen de actuación del poder punitivo, pues este en último término conduce a producir autocensuras. Como la Sala en este fallo no ofreció razones que me convencieran de lo contrario, decidí salvar el voto.

Fecha ut supra

MARÍA VICTORIA CALLE CORREA

Magistrado

SALVAMENTO DE VOTO DEL MAGISTRADO

JUAN CARLOS HENAO PEREZ. ADHESIÓN

SENTENCIA C-442/11

SENTENCIA SOBRE TIPIFICACION PENAL DE INJURIA Y CALUMNIA-Inconvenientes de una exequibilidad pura y simple (Salvamento de voto)/SENTENCIA SOBRE TIPIFICACION PENAL DE INJURIA Y CALUMNIA-Procedencia de una inexecutable diferida (Salvamento de voto)

No es consistente con la Constitución que se pueda pagar con la libertad personal y/o con la gravedad inherente a la sanción penal, el ejercicio libérrimo de la palabra, la expresión, la opinión o la información que suministra, el daño causado a otro, cuando existen muchísimas otras formas de hacer responsable a quien lo infiere que persuaden, reparan, pero no amedrentan, ni interfieren con esos que son los mecanismos naturales, cada vez más ciertos, de producción de las ideas, el consenso y el disenso colectivos

SENTENCIA SOBRE TIPIFICACION PENAL DE INJURIA Y CALUMNIA-Desconoce las exigencias del ius punendi en el derecho convencional (Salvamento de voto)

SENTENCIA SOBRE TIPIFICACION PENAL DE INJURIA Y CALUMNIA-Comprende una serie de deficiencias en su estructura argumentativa (Salvamento de voto)

SENTENCIA SOBRE TIPIFICACION PENAL DE INJURIA Y CALUMNIA-Desconoce precedentes de la Corte Constitucional (Salvamento de voto)

LIBERTAD DE EXPRESION-No es absoluta (Salvamento de voto)

LIBERTAD DE EXPRESION-Carácter preferente (Salvamento de voto)

LIBERTAD DE EXPRESION-Control estricto sobre las restricciones (Salvamento de voto)

Si bien en la sentencia C-442 de 2011 se repitió como obiter, que la libertad de expresión es un derecho fundamental garantizado ampliamente por la Constitución y por los tratados internacionales, sujeta a prohibiciones expresas y previas y en lo demás una libertad donde el supuesto de hecho del derecho es amplio y extenso, con limitaciones admisibles pero sometidas siempre al control de constitucionalidad estricto. No obstante en su análisis del problema jurídico concreto propuesto sobre la exequibilidad de los artículos 220 y 221 del Código Penal, no tuvo en cuenta esa consideración, ya que al enjuiciarlos, no estimó el carácter preferente de la libertad que restringían los tipos penales allí previstos.

DELITOS DE INJURIA Y CALUMNIA-Vulneran el principio de estricta legalidad penal (Salvamento de voto)

DELITOS DE INJURIA Y CALUMNIA-Inexequibles por definición insuficiente y restringir la libertad de expresión (salvamento de voto)

Sin definición suficiente en los tipos penales, los delitos de injuria y calumnia debieron ser declarados inexequibles, por restringir las opciones deliberativas derivadas del ejercicio más completo posible de la libertad de expresión que definen la democracia de todos, que hace funcionar la representación y la función pública y que aún a falta de estas instituciones o de controles a sus abusos, permite al menos denunciar su ausencia y reclamar su restitución

Referencia: expediente D-8295

Demanda de inconstitucionalidad contra los artículos 220, 221, 222, 223, 224, 225, 226, 227 y 228 de la Ley 599 de 2000, modificados por el artículo 1 de la Ley 599 de 2000

Magistrado Ponente:

HUMBERTO ANTONIO SIERRA PORTO

En la sentencia C-442 de 2011 se decidió: “Declarar EXEQUIBLES los artículos 220, 221, 222, 223, 224, 225, 226, 227 y 228 de la Ley 599 de 2000 ‘por la cual se expide el Código Penal’”, por los cargos examinados en la presente decisión”, esto es, porque no se había determinado la supuesta apertura e indeterminación de los tipos penales de injuria y calumnia, alegada por los demandantes.

1. La estructura argumentativa de la sentencia.

La ratio decidendi de la sentencia C-442 de 2011 se construye en torno de una falacia arreglo de bulo o por generalización de inducción errónea. Ello en cuanto llega a la conclusión de que los tipos penales de injuria y calumnia son constitucionales, no porque los artículos 220 y 221 del Código Penal posean las cualidades normativas de las disposiciones que definen tipos penales, más aún en este caso cuando el bien jurídico afectado es la libertad de expresión. No, la mayoría de la Sala, dice que las normas jurídicas que definen los tipos penales de injuria y la calumnia no violan la Constitución y la respetan, porque así se lo ha hecho algunas veces la Corte Suprema de Justicia, en los casos concretos.

Por ello, comparto las razones expuestas en el salvamento de la Magistrada Calle relacionadas con la insuficiencia del entendido “precedente” que se cita de la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal y con la también pobre valoración del significado atribuido por el Sistema Interamericano de Protección de DD.HH., tanto a la libertad de expresión como al principio de legalidad estricta de los tipos penales que puedan afectarla¹⁰⁶.

En particular, comparto el desconcierto que produce la lectura que la mayoría de la Corte dio a la sentencia *Kimel v. Argentina*, que aunque se referenció y reprodujo en algunos de sus

aportes en el cuerpo de la sentencia, no se quiso reconocer en la doctrina del caso concreto que sentó, para los operadores jurídicos en todos los eventos en los que la indeterminación del tipo penal exista, esto es, en el estudio o aplicación del Derecho penal de los países-miembro de la Convención.

Esta doctrina interpreta que en el poder de punición que tienen los parlamentos de los Estados, deben ser especialmente rigurosos en el cumplimiento del principio de legalidad estricta de los tipos penales que estructuran los delitos “delitos contra la integridad moral”¹⁰⁷.

Porque si bien la Corte I.D.H. dijo no estimar “contraria a la Convención cualquier medida penal a propósito de la expresión de informaciones u opiniones”, precisó igualmente que “esta posibilidad se debe analizar con especial cautela, ponderando al respecto la extrema gravedad de la conducta desplegada por el emisor de aquéllas, el dolo con que actuó, las características del daño injustamente causado y otros datos que pongan de manifiesto la absoluta necesidad de utilizar, en forma verdaderamente excepcional, medidas penales” (párr.. 78). De allí que dispusiera en el numeral 11 del capítulo de “Decisiones”, tras el propio allanamiento del Estado¹⁰⁸ y la conclusiones expresas sobre la norma penal argentina¹⁰⁹, que el país acusado debía “(...)adecuar en un plazo razonable su derecho interno a la Convención Americana sobre Derechos Humanos, de tal forma que las imprecisiones reconocidas por el Estado (supra párrafos 18, 127 y 128) se corrijan para satisfacer los requerimientos de seguridad jurídica y, consecuentemente, no afecten el ejercicio del derecho a la libertad de expresión”.

Con ello puntualiza las exigencias concretas que el ius punendi soberano de los Estados miembro adquiere, cuando las medidas penales tienen la capacidad real de limitar la expresión libre y señala como carga del Estado, adecuar su legislación penal a la Convención!

Éste, que es el núcleo central de la sentencia *Kimel v. Argentina* de la C.I.D.H., no se tuvo en cuenta por la mayoría en la sentencia C-442 de 2011. Y no se tuvo en cuenta, por dos razones principales: por el argumento de autoridad según el cual no existe un control de convencionalidad¹¹⁰ y por una interpretación simplista y falaz de la sentencia de la C.I.D.H.¹¹¹.

El primero es un argumento de autoridad porque en la sentencia C-442 de 2011, la mayoría no justificó por qué quedaría excluido de toda valoración, verificar el impacto que posee una sentencia en la que la C.I.D.H., al analizar si las normas acusadas restringían de manera ilegítima la libertad de expresión como derecho fundamental (art. 20 C.P.). Aunque técnicamente no sea parámetro de “constitucionalidad”, la sentencia Kimel v. Argentina y en general la jurisprudencia de la C.I.D.H., como estándar más alto de garantía de la libertad de expresión¹¹², como derecho que hace parte del Bloque de Constitucionalidad que opera como pauta de interpretación¹¹³ ¿de veras, no es definitivamente relevante a la hora de analizar un caso que se le asemeja? Sobre todo con la semejanza suficiente que, como lo deja ver la Magistrada Calle, poseen los tipos penales en cuestión, de Argentina y de Colombia.

Y es una interpretación estrecha y falaz en la relación de causalidad que emplea, porque con muy pocas razones llega a una conclusión tan decisiva para la democracia, el respeto y protección de la pluralidad y la igualdad de oportunidades, pero también la libertad del conocimiento (arts. 1º, 3º, 40-2º infine, 70 a 73 y 75 C.P.), según la cual no se vulnera la libertad de expresión con los artículos 220 y 221 del Código Penal. Esto es, que la sanción de carácter penal del sólo decir, del uso de la palabra o simple expresión de una persona, por el contenido de ese decir, está acorde la Constitución, no por cumplir con las exigencias de la regulación penal, sino por un conejo en el sombrero: “los desarrollos de la jurisprudencia en torno a sus elementos normativos”.

Por eso, se estima con las buenas razones expuestas por la Magistrada Calle en su salvamento, que la estructura argumentativa de la sentencia C-442 de 2011 no es lógica ni convincente, ni desarrolla todos los análisis que el caso le impone.

1. El desconocimiento y aplicación indiscriminada de los precedentes

Como lo observa la Magistrada Calle, la sentencia C-442 de 2011 desconoció la doctrina formulada desde la sentencia C-575 de 2009 y en los obiter de la sentencia C-417 del mismo año. Mas debo agregar que no fue sólo eso, ya que lo que se produjo con la decisión mayoritaria fue desconocer un hondo precedente que, paso a paso, ha ido afirmando el significado que la libertad de expresión posee en el Estado diseñado por la Constitución.

Así se puede distinguir, por ejemplo, en la sentencia T-094 de 2000 sobre el programa de televisión “Séptimo día” o en la sentencia SU-1723 de 2000 de la tutela interpuesta por el cantante Diomedes contra Telecolombia. De manera muy principal, la sentencia T-391 de 2007, que revocó la sentencia estimatoria de acción popular contra el programa radial de la emisora “La Mega”. Igualmente en las sentencias T-219 de 2009 del señor Escobar Araujo contra la Revista Semana, T- 298 de 2009 de los empleados de un hospital contra el Diario del Huila por una información sobre corrupción publicada, T-260 de 2010 entre un empleado judicial y el programa Cazanoticias, T-263 de 2010 sobre el uso por parte de un alcalde de los medios de comunicación pautados por el municipio para desacreditar un movimiento de revocatoria de su mandato, T-714 de 2010 del cónsul italiano contra un club social de la ciudad de Cartagena que se había dedicado a difundir información sobre su pasado y T-1037 de 2010 del movimiento político organizado para promover la revocatoria del mandato de un alcalde y la prohibición de usar el megáfono. Ello en lo que se refiere a las sentencias de tutela. Y en lo que hace a las de constitucionalidad, las sentencias C-417 de 2009 en la que se declara inexecutable una excepción a la *exceptio veritatis* y poco después en la sentencia C-575 de 2009 que declara contrario a la Constitución el tipo penal de ultraje a los símbolos patrios.

En todas estas decisiones, al resolver asuntos particulares o contra normas legales, se protege de manera preponderante la libertad de expresión. Ello no significa reconocerla como una libertad absoluta, arrogante e irresponsable y sin deberes frente a los derechos con los que se vincula, colinda o entra en fricción. Con esta jurisprudencia constitucional sólo se entiende que se trata de una libertad preferente¹¹⁴, como libertad de mayor peso, donde la ponderación parte de una especial predilección por su salvaguarda frente a otros derechos como el buen nombre o la honra.

Pues bien, la sentencia C-442 de 2011 no tuvo en cuenta este precedente, lo ignoró.

Cierto es que repitió como obiter, que la libertad de expresión es un derecho fundamental garantizado ampliamente por la Constitución y por los tratados internacionales, sujeta a prohibiciones expresas y previas y en lo demás una libertad donde el supuesto de hecho del derecho es amplio y extenso, con limitaciones admisibles pero sometidas siempre al control de constitucionalidad estricto. No obstante, en su análisis del problema jurídico concreto propuesto sobre la exequibilidad de los artículos 220 y 221 del Código Penal, no tuvo en

cuenta esa consideración, ya que al enjuiciarlos, no estimó el carácter preferente de la libertad que restringían los tipos penales allí previstos.

La Corte simplemente aceptó la sub-regla reconocida por la jurisprudencia y según la cual, no se incumple con el principio de legalidad estricta ante la existencia de tipos penales abiertos los cuales pueden ser completados por el intérprete. Tal cosa ocurre según la sentencia de la que me aparto, con los delitos de injuria y calumnia, cuyos contenidos han sido definidos por la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia¹¹⁵ y también de la propia Corte Constitucional¹¹⁶.

Con todo, estimo que no se tuvo en cuenta la necesaria técnica del distinguish en la aplicación de ese precedente¹¹⁷, para vislumbrar la diferenciación por el contenido que imponía el carácter preferente de la libertad limitada por los delitos, ni la forma como dicha condición alteraría las exigencias del principio y la permisibilidad del tipo penal abierto. Lo anterior sin cambiar el precedente que ha existido¹¹⁸, ni sobre las modalidades de tipo penal, ni sobre los delitos de injuria y calumnia. Pues si se trata de una libertad cuyos contornos fijos de prohibición son no sólo contados sino además extremos¹¹⁹, no parece admisible aceptar que el tipo penal para restringir y en su caso penar la libertad de expresión pueda concretarse sólo por la plausible interpretación de unos jueces que se entiende apresurada y felizmente, ha de ser generalizada.

Tampoco aplicó el escrutinio señalado, pues dijo que los artículos 220 y 221 del Código Penal contenían medidas legales que se pueden adoptar para proteger los derechos a la honra y al buen nombre, en cuanto se reconocen idóneas y necesarias, a más de hacer parte del ámbito dentro del cual puede operar el legislador en ejercicio de su competencia de sancionar penalmente las conductas que estima especialmente lesivas de los derechos o bienes protegidos por la Constitución. Sin embargo, no se dice cuál es la mayor satisfacción de derechos que produce su existencia como tipo penal abierto, sin una estructura normativa legal cierta, frente a la afectación seria que representan para el ejercicio amplio de la libertad de expresión.

Lo anterior evidencia que la sentencia C-442 de 2011 no valora la proporcionalidad de la medida penal, habida cuenta de que en este caso y por tratarse de restricciones a las libertades previstas en el art. 20 de la C.P., los beneficios tienen que ser mucho mayores que

los costos, pues éstos se incrementan por el bien jurídico constitucional que afectan o disminuyen.

Al aplicar una regla general en favor de tipos penales abiertos y al someter al control de constitucionalidad intermedio el análisis de los artículos que establecen los delitos de injuria y calumnia, simplemente se desconoció su propio precedente, sin justificar las razones del cambio y el resultado de una protección menor de la hasta ahora reconocida.

1. Una oportunidad de oro perdida

La sentencia C-442 de 2011 evoca dos decisiones de la Corte Constitucional misma, en las que se admitió de manera explícita e implícita la constitucionalidad de los delitos de injuria y calumnia. Así en la sentencia C-392 de 2002, que analizó y estimó constitucional el artículo 228 del Código Penal, en el que se definió el delito de imputaciones de litigantes, apoderados o defensores en los escritos, donde las injurias contenidas en discursos o informes producidos ante los tribunales y no dados por sus autores a la publicidad, se eximen de sanción penal por el precepto. Demandada su constitucionalidad desde el punto de vista del derecho a la honra y al buen nombre, la Corte acota el alcance normativo del tipo, al entender que la exclusión de responsabilidad de índole penal allí prevista, ocurrirá solamente frente a aquellas imputaciones que guardan relación de causalidad con el objeto del proceso.

Por otra parte, la Corte también referencia la sentencia T-213 de 2004, en la que se revocan las sentencias de instancia y se protegen los derechos de los accionados a la libertad de expresión, opinión e información de unos periodistas, valga recordarlo, pero en el que se expresa claramente que la accionante, una fiscal que aparece denunciada en la publicación de aquellos, pudo haber acudido a los mecanismos judiciales ordinarios de la denuncia y proceso penal de los delitos de injuria y calumnia, para proteger sus derechos al buen nombre y a la honra.

Creo que en esos casos, además de que la doctrina constitucional que recogen es mucho más rica de lo que expone de ellas la sentencia de la que disiento, se debe aclarar que de todos modos habrían podido decir algo o poco más de lo que dijeron sobre los delitos de

injuria y calumnia. Quiero decir, que en esas decisiones que sirvieron a la mayoría para tenerlas como precedente que reconoce la constitucionalidad de los tipos penales objeto de juicio, no se había puesto en tela de juicio la constitucionalidad de los artículos 220 y 221. En ese tanto es razonable que se tuvieran en cuenta para la interpretación jurídica en abstracto, o en temas de procedibilidad y prosperidad de una tutela. Menos aún, cuando su inconstitucionalidad no es protuberante como para efectuar en el primer caso una integración de la unidad normativa para declararlos inexecutable erga omnes o para hacer uso en el segundo de la excepción de inconstitucionalidad inter partes.

Esto tampoco ocurrió en las sentencias que yo he citado y que han resuelto la ponderación de derechos a favor de las libertades del artículo 20 constitucional. En dichos asuntos no se trataron directamente las normas creadoras de los delitos contra la integridad moral.

El común denominador de unas y otras sentencias en las que se funda la decisión mayoritaria que no acojo y las que yo cito, es que no hacía parte de los problemas jurídicos por resolver de todos los asuntos, el decidir si los tipos penales en los que se establecen los delitos de injuria y calumnia en cuanto tales, eran o no executable.

Este minimalismo judicial, como lo llama la doctrina norteamericana, es en general sano para la jurisdicción constitucional y para el funcionamiento del Estado constitucional y democrático. Responder sólo lo que le están cuestionando al juez constitucional, para ir definiendo las nociones relevantes al derecho constitucional caso por caso, pregunta por pregunta, paso a paso¹²⁰.

Sin embargo, cuando la pregunta por resolver, como ocurrió en el caso de la sentencia C-442 de 2011, sí se dirigía sobre la forma como estaban configurados los delitos de injuria y calumnia, de cara al principio de legalidad y el bien jurídico restringido, la Corte tenía una oportunidad de oro para sellar su jurisprudencia sobre la defensa y protección de la expresión libre de los individuos, bien a través de una inconstitucionalidad diferida, bien a través de una inconstitucionalidad simple.

Con estas únicas soluciones posibles, no es que se produzca un desconocimiento de las funciones constitucionales del legislativo para la configuración del Derecho Penal, sustancial y procesal.

No se ignora aquí una importante regla de competencia para el Congreso, que ha sido perfilada y visibilizada ampliamente por la jurisprudencia constitucional. Pero se estima que con las decisiones de inconstitucionalidad propuestas y descritas con claridad por el salvamento de la Magistrada Calle, no sólo se produce una aplicación correcta de la doctrina de la mayor protección posible de la libertad de expresión que proviene del Sistema interamericano de protección de los derechos humanos, o del precedente constitucional de la Corte sobre tal libertad fundamental, en cuanto a aplicar un test de constitucionalidad estricto o intenso a sus limitaciones. También se habría podido resolver una tensión latente en los tipos penales estudiados, pero que no se atendió acertadamente por la mayoría en la sentencia C-442 de 2011, al concluir que las normas eran constitucionales porque los tipos penales eran asunto de la competencia del Congreso.

Se hace referencia a la tensión que se crea entre la legitimidad democrática representativa que poseen las normas legales en la definición del *ius punendi* (arts. 28, 29, 150, num 2º C.P.), su amplio poder de configuración normativa, incluso a través de tipos penales blancos y abiertos, por una parte, y la libre expresión como derecho de libertad democrática que crea el ejercicio pluralista, de libre acceso, transparente y con rendición de cuentas según sistemas claros de autorregulación y controles para cada caso, de la expresión oral, visual o escrita, para opinar o informar y ser informado (arts. 1º, 20, 73, 74 y 75 C.P.), por el otro. Una ponderación entre democracia representativa y democracia deliberativa, en la que tiende a primar la democracia deliberativa de las libertades del intelecto y la comunicación, por resultar preferente en términos de ofrecer mayores garantías.

Porque además de representar derechos individuales de libertad, igualdad y prestación, la libertad de expresión también constituye un valor objetivo de carácter democrático deliberativo, que se refleja en su dispersión horizontal, universal, activa y permanente en todos los sujetos de derechos, en ser espejo de la realidad, de los sentimientos, necesidades y falencias sociales y representar en definitiva, el último reducto de la democracia como principio estructural del constitucionalismo¹²¹. La defensa de la libertad de expresión, más allá de estimar su carácter de derecho fundamental subjetivo e individual para sus titulares, se justifica en su talante democrático, en ser la manifestación popular y soberana de las muchas y muy variadas formas de opinión pública¹²².

Sin definición suficiente en los tipos penales, los delitos de injuria y calumnia debieron ser

declarados inexecutable, por restringir las opciones deliberativas derivadas del ejercicio más completo posible de la libertad de expresión que definen la democracia de todos, que hace funcionar la representación y la función pública y que aún a falta de estas instituciones o de controles a sus abusos, permite al menos denunciar su ausencia y reclamar su restitución.

De hecho, el paso siguiente por dar en la defensa de la libertad de expresión que este caso permitía a la Corte según el problema jurídico planteado, la habría llevado a declarar la inconstitucionalidad absoluta de los delitos de injuria y calumnia. Al no poderse configurar como tipos cerrados por ser medidas que actúan sobre una libertad amplia, en todo caso permitirán incluir conductas que, no siendo las prohibiciones manifiestas y extremas que dan lugar a otros delitos, en principio estarían amparadas por la libre expresión. Esto hace a los delitos contra la integridad moral inexecutable de manera pura y simple.

Es que, a decir verdad, no puede hacer parte del poder de configuración del ius punendi, ni por vía del tipo abierto ni por la idoneidad y necesidad de la medida, el disponer de una limitación tan intensa como son las del carácter penal sobre una libertad de tanto significado -subjetivo y objetivo, liberal, igualitario y democrático-. O sea, que no es consistente con la Constitución que se pueda pagar con la libertad personal y/o con la gravedad inherente a la sanción penal, el ejercicio libérrimo de la palabra, la expresión, la opinión o la información que suministra, el daño causado a otro, cuando existen muchísimas otras formas de hacer responsable a quien lo infiere que persuaden, reparan, pero no amedrentan, ni interfieren con esos que son los mecanismos naturales, cada vez más ciertos, de producción de las ideas, el consenso y el disenso colectivos¹²³.

Por eso me adhiero al salvamento de voto de la Magistrada Calle y además formulo otras precisiones para haber disentido de la ratio y la resolución de la sentencia C-442 de 2011.

Fecha et supra,

JUAN CARLOS HENAO PEREZ

Magistrado

² Esa postura también ha sido recogida por la jurisprudencia de la Corte Constitucional, así

en la sentencia C-010 de 2000 sostuvo: “El anterior análisis no significa que la forma del discurso sea irrelevante, y que en ningún evento las autoridades puedan establecer algún tipo de control sobre ciertas características formales de lo expresado en un medio de comunicación. Así, en determinados casos, un discurso puede ser injurioso, y afectar el derecho a la honra de una persona (CP art. 21), no tanto por su contenido, sino porque se emplean expresiones, que carecen de relación con la idea que se expresa o la información que se transmite, y que meramente pretenden despreciar o desvalorizar a la persona. Es cierto que el contenido de un discurso se encuentra muchas veces ligado indisolublemente a su forma, y que la libertad de expresión protege también la forma como una persona desea transmitir una idea o una información. Sin embargo, si el derecho a la honra (CP art. 21) quiere tener algún significado, es indudable que las expresiones manifiestamente injuriosas y despectivas, e innecesarias a la divulgación de una opinión o información, pueden ser limitadas por la ley, ya que se encuentran por fuera del ámbito constitucionalmente protegido de la libertad de expresión, la cual, como lo ha señalado la jurisprudencia comparada, no incluye ningún pretendido derecho al insulto” (negritas añadidas).

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

4 Este precepto señala: “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.

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

6 En fecha reciente algunos autores critican la clásica distinción entre libertades negativas y libertades positivas, al respecto puede consultarse a Luigi Ferrajoli. *Principia iuris. Teoría del derecho y la democracia*. Madrid, Ed. Trotta, Vol. I., p. 151-155.

7 Ver sentencias T-1319 de 2001 y C-489 de 2002, entre otras.

8 Ver sentencias C-489 de 2002 y T-921 de 2002.

9 Idem.

10 Como en la sentencia T-412 de 1992 y aquellas que reiteran esta decisión.

11 Como en la sentencia T-412 de 1992 y aquellas que se apoyan en esta.

12 Sentencia T-299 de 1994.

13 Sentencia T-1319 de 2001.

14 Artículo 17 1. Nadie será objeto de injerencias arbitrarias o ilegales en su vida privada, su

familia, su domicilio o su correspondencia, ni de ataques ilegales a su honra y reputación. 2. Toda persona tiene derecho a la protección de la ley contra esas injerencias o esos ataques.

15 Artículo 11. Protección de la Honra y de la Dignidad 1. Toda persona tiene derecho al respeto de su honra y al reconocimiento de su dignidad. 2. Nadie puede ser objeto de injerencias arbitrarias o abusivas en su vida privada, en la de su familia, en su domicilio o en su correspondencia, ni de ataques ilegales a su honra o reputación. 3. Toda persona tiene derecho a la protección de la ley contra esas injerencias o esos ataques

16 Ver Sentencia T-411 de 1995.

17 República de Colombia, Ministerio de Gobierno, Trabajos Preparatorios del Nuevo Código Penal, Actas de la Comisión de Asuntos Penales y Penitenciarios, Tomo II, Imprenta Nacional, Bogotá, 1939.

18 Se tuvieron en cuenta los códigos francés, español, peruano, argentino, brasilero e italiano. Este último proveniente de 1890 disponía en su artículo 393 que, "el que al ponerse en comunicación con varias personas reunidas o aun separadas atribuya a una persona un hecho determinado y de tal naturaleza que pueda exponerla al desprecio o al odio público o de ofender su honor o su reputación, se castiga con la reclusión...."

Artículo 394: El imputado del delito previsto en el artículo precedente no será admitido a probar para disculpa suya la verdad o la notoriedad del hecho atribuido a la persona ofendida. Sin embargo, la prueba de la verdad se admitirá:

1° Si la persona ofendida es un oficial público, y el hecho a él atribuido se refiere al ejercicio de sus funciones, salvo lo dispuesto en los artículos 194 y 198.

2° Si por el hecho atribuido a la persona ofendida se abra o se inicie un procedimiento penal.

3° Si el querellante pide formalmente que el juicio se extienda también a buscar la verdad o la falsedad del hecho a él atribuido.

Si la verdad del hecho se prueba o por tal hecho la persona ofendida es condenada, e autor

de la imputación queda exento de pena, salvo que los medios usados constituyan por si mismos el delito previsto en el artículo siguiente”.

19 Se lee así en el Acta No. 147 que “[a]lgunas de estas legislaciones, siguiendo la enseñanza de este maestro, reservan el nombre de calumnia para las acusaciones falsas ante la autoridad judicial y el de difamación judicial para las imputaciones hechas en público, y muchas confunden en una sola noción lo que entre nosotros se subdivide en injuria y calumnia”.

20 Carrara, según la comisión, partiendo de la consideración de que “el criterio para delimitar el campo de cada infracción es el derecho por ella suprimido o lesionado, y que cuando un delito atenta contra varios derechos a la vez se debe preferir en la denominación jurídica el derecho más importante”, estimó que el perjuicio sufrido por la autoridad pública con un denuncia falso, imponía un capítulo especial, porque el derecho social es más importante que el individual.

22 Gaceta del Congreso No. 139, Jueves 6 de agosto de 1998.

23 Anteriormente la honra en la Constitución Política estaba consagrado como un deber de protección por parte de las autoridades “las autoridades de la República está instituidas para proteger a todas las personas residentes en Colombia, en sus vidas, honra y bienes, y para asegurar el cumplimiento de los deberes sociales del Estado y de los particulares (Acto legislativo No. 1 de 1936). Actualmente se reconoce como un derecho constitucional fundamental en el artículo 21 C.P: Se garantiza el derecho a la honra. La ley señalará su protección.

24 Gaceta del congreso 280 de 20 de noviembre de 1998, p. 68.

25 Ver sentencias C-225 de 1995, C-368 de 2000, C-177 de 2001 y C-226 de 2002.

26 La sentencia declaró la constitucionalidad de un aparte del artículo 201 del Decreto 100 de 1980, que sancionaba el tráfico y porte de armas de fuego de defensa personal.

27 Vid. Gloria Lopera Mesa. Principios de proporcionalidad y ley penal. Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2006, p. 263 y ss.

28 Dos magistrados salvaron su voto, por cuanto consideraron que la Corte debió haber declarado la constitucionalidad condicionada del decreto.

29 Sentencia C-038 de 1995.

30 Sobre el particular, se pueden revisar las sentencias C-587 de 1992, C-504 de 1993, C-038 de 1995, C-345 de 1995, C-070 de 1996, C-113 de 1996, C-125 de 1996, C-394 de 1996, C-013 de 1997, C-239 de 1997, C-297 de 1997, C-456 de 1997, C-472 de 1997, C-659 de 1997, C-404 de 1998, C-083 de 1999, C-996 de 2000, C-1164 de 2000, C-173 de 2001, C-177 de 2001, entre otras.

31 Sentencia C-996 de 2000.

32 Sentencia C-996 de 2000, C-177 de 2001, entre otras.

33 Sentencia C-1164 de 2000.

34 Sentencia C-587 de 1992.

35 Sentencia C-456 de 1997.

36 Sentencia C-125 de 1996, C-239 de 1997, entre otras. En relación con los aspectos procedimentales, la Corte ha fijado igual criterio en relación con la iniciación de la investigación penal; ver sentencia C-459 de 1995, C-404 de 1998.

37 Sobre el particular ver sentencias C-587 de 1992, C-404 de 1998, C-177 de 2001.

38 En realidad, el juicio estricto de igualdad comporta el juicio de estricta proporcionalidad. Ver sentencia C-125 de 1996.

39 Sentencia C-070 de 1996.

40 Las normas demandadas hacían parte de la Ley 488 de 1998, “por la cual se expiden normas en materia Tributaria y se dictan otras disposiciones fiscales de las Entidades Territoriales” y estaban dirigidas a punir conductas ligadas al delito de contrabando. Dos magistrados salvaron su voto.

41 La norma estaba contenida en la Ley 491 de 1999, “por la cual se establece el seguro ecológico, se modifica el Código Penal y se dictan otras disposiciones.” Dos magistrados salvaron su voto.

42 En tal sentido la Corte, en sentencia C-599 de 1999 consideró lo siguiente: “La finalidad de esta representación popular en la elaboración de las leyes penales deriva no sólo del respeto de la separación de poderes, y de los controles que ésta supone para la protección de la libertad individual, sino que también debe permitir un proceso público de debate y aprendizaje en la concepción y ejecución de las políticas criminales, es decir una elaboración más democrática de la ley penal. Esta discusión pública debe permitir que la respuesta penal no sea un recurso contingente que el poder político utiliza a discreción, sin debate, para hacer frente a las dificultades del momento. La respuesta penal debe ser proporcional a la conducta objeto de la sanción, debe ser idónea, operar únicamente cuando no hay otras alternativas, y no debe ser criminógena, es decir, causar más problemas de los que resuelve. Esto sólo es posible si la definición de las políticas criminales se hace a través de una amplia discusión democrática, y no mediante una inflación de normas penales promulgadas apresuradamente.”

43 Roxin, C., Derecho Penal. Parte General. Fundamentos. La estructura de la teoría del delito. Madrid, Edit. Civitas, 1997, p. 140. En el mismo sentido, puede citarse la siguiente obra: Mir Puig, S., Derecho Penal. Parte General. Barcelona, quinta edición, 2002, p. 75.

44 Ferrajoli, L, ob.cit, p. 467.

45 Ibídem, p. 468.

46 Sentencias C-1490 de 2000, C-599 de 2000, C-605 de 2006, entre otras.

47 Sentencia C-559 de 1999.

48 En esa línea la sentencia C-605 de 2006, señaló: “(...) se permite que la disposición que complementa el tipo penal básico se expida con posterioridad a éste, pero se exige la existencia de la norma de complemento para la conformación final del tipo penal. En otros términos, la existencia de la norma de complemento del tipo penal en blanco es requisito de configuración definitiva del tipo penal integrado. Sólo de dicha manera se garantiza la

previsibilidad de las circunstancias punibles y de la sanción penal y sólo así se efectiviza el principio del debido proceso que garantiza que nadie sea juzgado sino conforme a leyes preexistentes al acto que se le imputa. Este requisito permite que la norma penal se complete de manera definitiva antes de que el ciudadano o el juez ajusten su conducta a lo dispuesto por ella.”

50 Sentencia T-127 de 1993.

51 Ver Mariano Silvestroni, Teoría constitucional del delito, Buenos Aires, Editores del puerto, 2007, p. 172 y s.s.

52 Sentencia C-10 de 2000, reiterada en las sentencias T-1391 de 2001 y C-097 de 2003. En fecha más reciente esta cita fue reiterada en la sentencia C-936 de 2010 en la cual se examinaba la constitucionalidad del artículo 2 de la Ley 1312 de 2009, modificadorio del artículo 324 de la Ley 906 de 2004, que regulaba la aplicación del principio de oportunidad a los desmovilizados, en esta sentencia se sostuvo que la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos contiene la interpretación auténtica de los derechos de la Convención Americana de derechos Humanos y luego de citar los desarrollos más significativos en materia de los derechos de las víctimas de graves violaciones de derechos humanos se consigna textualmente: “Las anteriores conclusiones provienen de sentencias de un tribunal internacional cuya competencia ha sido aceptada por Colombia. El artículo 93 de la Constitución colombiana prescribe que los derechos y deberes consagrados en esa Carta se interpretarán de conformidad con los tratados internacionales sobre derechos humanos ratificados por Colombia, por lo que la jurisprudencia reseñada resulta relevante para la interpretación que de tales derechos y deberes se haga en el orden interno.”

53 Sentencias C-360 de 2005 y C-936 de 2010.

54 En definitiva la línea argumentativa adoptada por la Corte Constitucional resulta concordante con la postura de la Corte IDH, la cual en distintas sentencias ha señalado el carácter vinculante de su jurisprudencia como interpretación auténtica de la CADH. Así en el “Caso Almonacid Castellanos vs. Chile” sostuvo que: “La Corte es consciente que los jueces y tribunales internos están sujetos al imperio de la ley y, por ello, están obligados a aplicar las disposiciones vigentes en el ordenamiento jurídico. Pero cuando un estado ha ratificado un tratado internacional como la Convención Americana, sus jueces, como parte del aparato

del Estado, también están sometidos a ella, lo que les obliga a velar porque los efectos de las disposiciones de la Convención no se vean mermados por la aplicación de leyes contrarias a su objeto y fin, y que desde un principio carecen de efectos jurídicos. En otras palabras, el Poder Judicial debe ejercer una especie de ‘control de convencionalidad’ entre las normas jurídicas internas que aplican en los casos concretos y la Convención Americana de Derechos Humanos. En esta tarea el Poder Judicial debe tener en cuenta no solamente el tratado, sino también la interpretación que del mismo ha hecho la Corte Interamericana, intérprete última de la Convención americana”, Sentencia de Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, 26 de septiembre de 2006, Serie C, No. 154, párr. 124. En el “Caso Trabajadores Cesados del Congreso vs. Perú puso de manifiesto que “...los órganos del Poder Judicial deben ejercer no solo un control de constitucionalidad, sino también ‘de convencionalidad’ ex officio entre las normas internas y la Convención Americana, evidentemente en el marco de sus respectivas competencias y de las regulaciones procesales correspondientes”, Sentencia de Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, 24 de noviembre de 2006, Serie C, No. 158, párr. 128.

55 Corte IDH. Caso Kimel Vs. Argentina. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 2 de mayo de 2008 Serie C No. 177.

56 Cfr. La Colegiación Obligatoria de Periodistas, supra nota 44, párr. 40, y Caso Claude Reyes y otros, supra nota 44, párr. 89.

57 Cfr. Caso Castillo Petrucci y otros, supra nota 12, párr. 121, y Caso Lori Berenson, supra nota 12, párr. 125. Asimismo, el Tribunal ha resaltado que las leyes que prevean restricciones “deben utilizar criterios precisos y no conferir una discrecionalidad sin trabas a los encargados de su aplicación”. Cfr. Caso Ricardo Canese, supra nota 44, párr. 124.

58 Cfr. Caso Herrera Ulloa, supra nota 12, párr. 128, y Caso Ricardo Canese, supra nota 44, párr. 98.

59 Cfr. Caso Herrera Ulloa, supra nota 12, párr. 129, y Caso Ricardo Canese, supra nota 44, párr. 103.

60 Cfr. Caso Herrera Ulloa, supra nota 12, párr. 129, y Caso Ricardo Canese, supra nota 44, párr. 103.

61 Cfr. Caso Herrera Ulloa, supra nota 12, párr. 129, y Caso Ricardo Canese, supra nota 44, párr. 103.

62 Cfr. Caso Ivcher Bronstein, supra nota 12, párr. 155; Caso Herrera Ulloa, supra nota 12, párr. 127; Caso Palamara Iribarne, supra nota 12, párr. 83, y Caso Claude Reyes y otros, supra nota 44, párr. 87.

63 Cfr. Caso Herrera Ulloa, supra nota 12, párr. 113, y Caso Ricardo Canese, supra nota 44, párr. 83.

64 Cfr. Caso Herrera Ulloa, supra nota 12, párr. 127.

65 Cfr. Caso La Última Tentación de Cristo (Olmedo Bustos y otros), supra nota 48, párr. 69; Caso Ivcher Bronstein, supra nota 12, párr. 152, y Caso Ricardo Canese, supra nota 44, párr. 83.

66 Puede consultarse por todas la sentencia C-836 de 2001. En esa providencia se consigna: “La fuerza normativa de la doctrina dictada por la Corte Suprema proviene (1) de la autoridad otorgada constitucionalmente al órgano encargado de establecerla y de su función como órgano encargado de unificar la jurisprudencia ordinaria; (2) de la obligación de los jueces de materializar la igualdad frente a la ley y de igualdad de trato por parte de las autoridades; (3) del principio de la buena fe, entendida como confianza legítima en la conducta de las autoridades del Estado; (4) del carácter decantado de la interpretación del ordenamiento jurídico que dicha autoridad ha construido, confrontándola continuamente con la realidad social que pretende regular” Mas adelante se añade: “El fundamento constitucional de la fuerza normativa de la doctrina elaborada por la Corte Suprema se encuentra en el derecho de los ciudadanos a que las decisiones judiciales se funden en una interpretación uniforme y consistente del ordenamiento jurídico. Las dos garantías constitucionales de igualdad ante la ley -entendida ésta como el conjunto del ordenamiento jurídico- y de igualdad de trato por parte de las autoridades, tomada desde la perspectiva del principio de igualdad -como objetivo y límite de la actividad estatal-, suponen que la igualdad de trato frente a casos iguales y la desigualdad de trato entre situaciones desiguales obliga especialmente a los jueces.”

67 Auto de 9 de septiembre de 1983. M. P. Fabio Calderón Botero.

68 Idem.

69 Proceso No 29428 CORTE SUPREMA DE JUSTICIA SALA DE CASACIÓN PENAL Magistrado Ponente JULIO ENRIQUE SOCHA SALAMANCA Aprobado Acta No.288 Bogotá D. C. ocho (8) de octubre de dos mil ocho (2008).

70 Ha sostenido esta Corporación que reconocerle valor jurídico al derecho viviente dentro del juicio de inconstitucionalidad de las leyes, esto es, a la labor interpretativa que de las normas realizan la jurisprudencia y la doctrina, y que determina su margen de aplicación en el contexto social, constituye una garantía de imparcialidad, efectividad y seguridad del examen que realiza la Corte, ya que permite establecer con claridad cuál es el verdadero alcance de la norma examinada, tomando conciencia clara de la regla de derecho que va a ser confrontada con la Constitución Política. Ello, bajo la consideración de que el control de constitucionalidad está llamado a cumplirse sobre el texto de la norma demandada que se encuentra produciendo efectos jurídicos y que es oponible a los destinatarios de la ley, y en ningún caso sobre aquellos contenidos que carecen de eficacia y que son del todo intrascendentes en el mundo del derecho. Por otra parte, la doctrina del derecho viviente evita que la Corte Constitucional se pronuncie sobre contenidos normativos eventuales e hipotéticos, al concentrar su atención en el sentido real de los preceptos controlados, lo cual evita el riesgo de declarar inexecutable disposiciones cuyo significado viviente es compatible con la Carta, lo cual representaría un ejercicio inadecuado de sus funciones. Para que una decisión judicial de los órganos que tienen asignada la función de interpretar con autoridad la ley adquiera el carácter de derecho viviente con incidencia en el proceso constitucional, debe reunir ciertos requisitos, cuales son: (i) debe ser consistente, aun cuando no sea idéntica y uniforme, y salvo que resulte abiertamente contradictoria, caso en el cual no puede hablarse de una regla normativa generalmente acogida; (ii) debe estar plenamente consolidada o afianzada, pues una sola opinión doctrinal o una decisión judicial de los órganos de cierre de la respectiva jurisdicción -Corte Suprema de Justicia y Consejo de Estado-, no alcanza a conformar un criterio dominante de interpretación; (iii) debe ser relevante o significativa, en cuanto permita señalar el verdadero espíritu de la norma o determinar sus alcances y efectos. Finalmente, una interpretación judicial que constituya doctrina viviente debe ser ajustada a la Constitución, y en todo caso, como se sostuvo anteriormente, corresponde a esta Corporación excluir del ordenamiento jurídico aquellas interpretaciones contrarias al ordenamiento constitucional, aun cuando provengan de una autoridad judicial.

71 Proceso No 14029 CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. SALA DE CASACIÓN PENAL Magistrado Ponente: Dr. CARLOS AUGUSTO GÁLVEZ ARGOTE Aprobado Acta No. 66. Bogotá, D. C. veinticinco (25) de junio de dos mil dos (2.002). Sobre este extremo se sostuvo: “Esta potestad que el Estado entrega al propio sujeto pasivo de la infracción punitiva, como tal, implica por contera, su no intervención frente a la decisión que el sujeto pasivo del delito pueda tomar, o sea, que él es el único que decidirá si acude a la justicia penal para que ese hecho punible se investigue o no, pudiendo recurrir a otros medios legales para la protección del derecho que cree le ha sido violado, como sucedería, en casos como el presente, esto es, ante un hecho injurioso, a la tutela, por considerarla como el medio más informal, directo y pronto para que se le ampare el derecho infringido, y si esto es lo que sucede, como es lo que ha ocurrido en este proceso, y la decisión ha sido favorable, se le han amparado los derechos que ha creído vulnerados, la honra y el buen nombre en este evento, debe entenderse que en el ámbito de la unidad jurídica normativa, ha recurrido a uno de los medios legales previstos por el Estado para ese fin, y que siendo de su plena voluntad hacerlo, ha renunciado a otro, como sería el penal, en el que perseguiría igualmente esa protección, pues -como se vio- en la órbita del ius puniendi el Estado al concretarlo en el ius penale le ha dado un tratamiento diverso en punto del principio de oportunidad, entendido bajo la consideración de autolimitación estatal para perseguir los delitos oficiosamente o para la imposición de sanciones, materializando así y encontrando sentido, esa característica de última ratio del Derecho Penal, quedándole, desde luego, al ofendido, la vía indemnizatoria por las sendas privadas que igualmente la ley le posibilita, lo cual, a su turno, no le era desconocido a Beltrán Jaramillo, ya que como obra en el proceso, para esos fines fue que le concedió el poder a su procuradora de confianza // Aquí,(...) ya había sido tutelado amparándosele su buen nombre y la honra, su honor, y no obstante ello, recurrió a la justicia penal, seguramente persiguiendo que por este medio judicial se declarare responsable penalmente a su querellado como supuesto necesario para reclamar la consiguiente indemnización por los posibles perjuicios ocasionados con este delito, como expresamente lo afirmó, lo cual sería consecuente, siempre y cuando la ley así se lo permitiese, esto es, que al haber previamente rectificado las frases injuriosas, la acción penal procediera, pues, al ser la acción indemnizatoria consecencial de la penal, es claro que este no era el medio para reclamar tal pretensión, pues, ni jurídica ni socialmente se puede aspirar a que siendo el Derecho Penal el medio protector de bienes jurídicos, quede convertido en un mecanismo de venganza por parte de la víctima, quien si optó por la tutela para recuperar su honra y buen

nombre, y esta le prosperó, es indudable que un tal fin se logró, careciéndose así en el proceso penal del sustento mismo de la prohibición.”

72 Al respecto pueden consultarse: Proceso No 25743 CORTE SUPREMA DE JUSTICIA SALA DE CASACIÓN PENAL MAGISTRADO PONENTE ÁLVARO ORLANDO PÉREZ PINZÓN APROBADO ACTA No.122. Bogotá, D. C. veintiséis (26) de octubre de dos mil seis (2006) y Proceso No 29117 CORTE SUPREMA DE JUSTICIA SALA DE CASACIÓN PENAL. Magistrado Ponente: ALFREDO GOMEZ QUINTERO Aprobado acta No. 175 Bogotá D. C. dos (2) de julio de dos mil ocho (2008).

73 Sentencia C-392 de 2002.

74 Particularmente ilustradora resulta la sentencia T-213 de 2004 en la cual la Sala Séptima de Revisión examinó hechos que revisten una gran similitud fáctica con las circunstancias fácticas del Caso Kilmer. Se trataba de la acción de tutela impetrada por una fiscal en contra de un periodista por la supuesta vulneración de sus derechos fundamentales a la honra y al buen nombre con ocasión de la publicación de un libro en el cual se consignaban ciertas expresiones pretendidamente calumniosas e injuriosas en contra de la funcionaria judicial. Los hechos divulgados en el libro habían sido objeto de una denuncia penal por parte del periodista contra la fiscal, la cual no había prosperado, razón por la cual la funcionaria judicial estimaba que el periodista no podía exponer su opinión sobre asuntos que ya habían sido resueltos en sede judicial, máxime y habían prohibido la venta del libro, sin embargo, en la sentencia se revoca estas decisiones porque se estimó que en este caso concreto debía prevalecer el ejercicio de la libertad de expresión. Concluyó la Sala de Revisión “a) Se censuró la obra “La corrupción de la justicia en Colombia -Proponen robo al Estado -”, al dictarse una medida cautelar sin que se estableciera responsabilidad previa alguna // b) No existen en Colombia leyes de desacato y, por lo mismo, es absolutamente legítimo que los ciudadanos critiquen y juzguen la actuación de las entidades estatales // c) No existió amenaza o violación del derecho al buen nombre de la demandante, pues las opiniones expresadas por el demandado, a pesar de ser fuertes y, posiblemente, exageradas, resultan plausibles a partir de la investigación y la descripción de los hechos en la obra. Además, no existe elemento alguno que permita inferir con una alta probabilidad, que el demandado difundió información falsa o inexacta como base para emitir sus opiniones // d) No existió amenaza o violación del derecho a la honra de la demandante, pues las opiniones

expresadas no tuvieron como objetivo la personalidad de la fiscal, sino su conducta exterior como funcionaria del Estado colombiano //e) Las expresiones emitidas por el demandante constituyen un legítimo ejercicio del derecho a la libertad de expresión y, en particular, del derecho de opinión.”

75 La doctrina penal se ha pronunciado profusamente sobre esta finalidad preventiva de los tipos penales, especialmente cuando se ocupa de las teorías de la finalidad de la pena y al respecto se han elaborado distintas teorías sobre la finalidad de prevención de la pena. Según la teoría de la prevención general la pena sirve como una amenaza general dirigida a los ciudadanos por la ley para evitar que delinca. Esto es, opera como “coacción psicológica” en el momento abstracto de la incriminación legal. Armin Kaufmann atribuye los tres cometidos siguientes a la prevención general positiva, como vía que contribuye a moldear la vida social: en primer lugar una función informativa de lo que está prohibido y de lo que hay deber de hacer, en segundo lugar, la misión de reforzar y mantener la confianza de la capacidad del orden jurídico de permanecer e imponerse; por último la capacidad de crear y fortalecer en la mayoría de los ciudadanos una actitud de respeto por el derecho. Mientras que según la tesis de la prevención especial la pena busca evitar que el sujeto que ha delinquir vuelva a delinquir, la prevención especial no puede operar al momento de la conminación legal, sino en los de imposición y ejecución de la pena. Cfr. Santiago Mir Puig. Derecho Penal. Parte General. Barcelona, Reppertor S. L., Quinta Edición, 2002, p. 49 y s.s.

76 Artículo 74 del Código de Procedimiento Penal.

77 Artículo 76 del Código de Procedimiento Penal.

78 Artículo 522 del Código de Procedimiento Penal.

79 Este aspecto ya fue considerado en la sentencia C-417 de 2009 en la cual se señaló: “En el Informe Anual de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos sobre libertad de expresión de 200879, se establece dentro de los ingredientes que componen la “agenda de hemisférica” para la defensa de tal libertad, la necesidad de “eliminar las normas que criminalizan la expresión y de impulsar la proporcionalidad de las sanciones ulteriores”. A este respecto se señala que el ideal de ciudadano que subyace a las democracias de las Américas y del sistema interamericano de protección de derechos humanos, es el de “un sujeto deliberante, que tiene el valor de servirse de su propia inteligencia y que está

dispuesto a discutir con otros las razones de su decisión". Se trata, dice el informe, de "tomarse en serio la idea de una ciudadanía democrática y militante", lo que implica el "diseño de instituciones que permitan y que no inhiban o dificulten la deliberación sobre todos los asuntos y fenómenos de relevancia pública". Por esto es que observa que las instituciones propias del derecho sancionatorio y en especial del derecho penal resultan de particular relevancia, pues sirven como medios coercitivos para imponer una visión única y desalentar la deliberación vigorosa, siendo por lo demás incompatibles con los principios que orientan los regímenes democráticos y en particular la libertad de expresión en los términos contemplados en el art. 13 de la Convención Americana de DDHH. En este marco, la Relatoría especial señala como temas preocupantes y sobre los cuales deben trabajar tanto el sistema como los propios Estados miembros de la organización: "(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 (...)". Es por ello que importantes decisiones de la Corte Interamericana sobre libertad de expresión, han estudiado el enjuiciamiento penal de quienes se habían expresado con opiniones críticas respecto de asuntos de interés público. En todos estos asuntos, la Corte declaró la desproporción de tales medidas, a más de ser contrarias al art. 13 de la Convención. Y se agrega enseguida que tanto la CIDH como la Relatoría Especial en todos sus informes sobre el tema, "han enfatizado sobre la necesidad de descriminalizar el ejercicio de esta libertad y de establecer criterios de proporcionalidad para la fijación de las responsabilidades ulteriores que puedan surgir de su ejercicio abusivo, de conformidad con los principios 10 y 11 de la Declaración de Principios. Con base en lo anterior es que la Relatoría especial insiste en la necesidad de cumplir con lo dispuesto en tales principios, e insiste igualmente en que la exclusión de tales medidas penales no busca desproteger derechos como el honor y la privacidad, sin duda valiosos para la democracia. "De lo que se trata -dice el informe- es de asegurarse que la protección de tales bienes no termine comprometiendo una de las más importantes condiciones de posibilidad de las sociedades democráticas". Conviene finalmente observar que mediante Resolución 2434 (XXXVIII-0/08) adoptada por la Asamblea General de la OEA, "Derecho a la libertad de pensamiento y expresión y la importancia de los medios de comunicación", con base en la importancia ampliamente reconocida de este conjunto de libertades para consolidar las sociedades democráticas, se contempla dentro de las determinaciones adoptadas: "12.

Invitar a los Estados Miembros a considerar las recomendaciones de la Relatoría Especial de la CIDH para la Libertad de Expresión en materia de difamación, en el sentido de derogar o enmendar las leyes que tipifican como delito el desacato, la difamación, la injuria y la calumnia, y, en tal sentido, regular estas conductas en el ámbito exclusivo del derecho civil”.

80 Corte Suprema de Justicia, auto del doce (12) de marzo de mil ochocientos noventa y cuatro (1894). Gaceta Judicial, Año IX, Nro. 446, pp. 239 y 240. Ver, asimismo, el fallo del veintinueve (29) de marzo de mil ochocientos noventa y cuatro (1894). Gaceta Judicial, Año IX, Nro. 450, p. 272.

81 Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal. Auto del veintinueve (29) de septiembre de mil novecientos ochenta y tres (1983). Gaceta Judicial, Tomo CLXIII, Nro. 2412, pp. 532 y ss.

82 Sentencia C-557 de 2001 (MP. Manuel José Cepeda Espinosa. Unánime). En esa oportunidad, la Corte Constitucional dijo que “[c]on el fin de que el derecho viviente en la jurisprudencia se entienda conformado, se deben cumplir varios requisitos que muestren la existencia de una orientación jurisprudencial dominante, bien establecida. Entre ellos, son requisitos sine qua non los siguientes: (1.) la interpretación judicial debe ser consistente, así no sea idéntica y uniforme (si existen contradicciones o divergencias significativas, no puede hablarse de un sentido normativo generalmente acogido sino de controversias jurisprudenciales); (2.) en segundo lugar, la interpretación judicial debe estar consolidada: un solo fallo, salvo circunstancias especiales, resultaría insuficiente para apreciar si una interpretación determinada se ha extendido dentro de la correspondiente jurisdicción; y, (3.) la interpretación judicial debe ser relevante para fijar el significado de la norma objeto de control o para determinar los alcances y efectos de la parte demandada de una norma”.

83 Según la referencia de Roxin, quien por su parte la encuentra criticable. Ver Roxin, Claus: Derecho penal. Parte general, Trad. De la 2ª edición alemana por Diego-Manuel Luzón Peña y otros, Madrid, Thomson, Civitas, 1997, p. 171.

84 Corte Europea de Derechos Humanos, caso Müller y otros contra Suiza, sentencia del veinticuatro (24) de mayo de mil novecientos ochenta y ocho (1988), Aplicación No. 10737/84.

85 Dice la Opinión Consultiva: “16. La pregunta se limita a indagar sobre el sentido de la palabra leyes en el artículo 30 de la Convención. No se trata, en consecuencia, de dar una respuesta aplicable a todos los casos en que la Convención utiliza expresiones como “ leyes “, “ ley “, “ disposiciones legislativas “, “ disposiciones legales “, “ medidas legislativas “, “ restricciones legales ” o “ leyes internas “. En cada ocasión en que tales expresiones son usadas, su sentido ha de ser determinado específicamente. || 17. No obstante lo anterior, los criterios del artículo 30 sí resultan aplicables a todos aquellos casos en que la expresión ley o locuciones equivalentes son empleadas por la Convención a propósito de las restricciones que ella misma autoriza respecto de cada uno de los derechos protegidos” (Énfasis añadido).

86 Corte IDH. La Expresión “Leyes” en el Artículo 30 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos. Opinión Consultiva OC-6/86 del 9 de mayo de 1986. Serie A No. 6.

87 Corte IDH. Caso Tristán Donoso Vs. Panamá. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 27 de enero de 2009 Serie C No. 193. Párrafo 77.

88 Corte IDH. Caso Chaparro Álvarez y Lapo Íñiguez. Vs. Ecuador. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 21 de noviembre de 2007. Serie C No. 170. Párrafo 56.

89 Corte IDH. Caso Barreto Leiva Vs. Venezuela. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 17 de noviembre de 2009. Serie C No. 206. Párrafo 76.

90 Corte IDH. Caso Kimel Vs. Argentina. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 2 de mayo de 2008 Serie C No. 177. Párrafo 52.

91 Aparte citado por la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

92 Relatoría Especial para la Libertad de Expresión, Comisión Interamericana de Derechos Humanos: Marco jurídico interamericano sobre el derecho a la libertad de expresión, Organización de Estado Americanos, documentos oficiales; OEA Ser.L/V/II CIDH/RELE/INF. Disponible en el sitio web <http://www.oas.org/es/cidh/expresion/docs/publicaciones/MARCO%20JURIDICO%20INTERAMERICANO%20DEL%20DERECHO%20A%20LA%20LIBERTAD%20DE%20EXPRESION%20ESP%20F>

INAL%20portada.doc.pdf

93 Corte Suprema de Justicia de la Nación (Argentina) – Secretaría de Jurisprudencia: “Libertad de expresión”, Diciembre de 2010. Disponible en el sitio web de la Corte Suprema de Justicia de la Nación argentina <http://www.csjn.gov.ar/data/lexpre.pdf>

94 Sagüés, Néstor Pedro: “La eficacia vinculante de la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia en EE.UU. y Argentina”, en Estudios Constitucionales, N° 4, Talca, Universidad de Talca, 2006, pp. 17-32. Dice, al respecto: “[e]n definitiva, después de una larga y no siempre uniforme ni clara trayectoria, puede reputarse vigente hoy, y más allá de su acierto o error, una regla de derecho consuetudinario constitucional elaborada por la propia Corte Suprema, que impone a los tribunales inferiores a ella el deber jurídico de seguir sus criterios, más allá de los casos donde fueron expuestos, y en todos los escenarios (derecho federal o común o local). Puede hablarse entonces de una jurisprudencia vinculante u obligatoria de la Corte, pero condicionada: el tribunal inferior está habilitado para apartarse de ella, siempre que dé fundamentos que sean: a) valederos; y b) diferentes a los ya examinados por la Corte”.

95 (MP. Humberto Sierra Porto).

96 En efecto, tiene las siguientes acepciones: “honra. (De honrar). 1. f. Estima y respeto de la dignidad propia. 2. f. Buena opinión y fama, adquirida por la virtud y el mérito. 3. f. Demostración de aprecio que se hace de alguien por su virtud y mérito. 4. f. Pudor, honestidad y recato de las mujeres. 5. f. pl. Oficio solemne que se celebra por los difuntos algunos días después del entierro, y también anualmente. ~ del ahorcado. 1. f. coloq. compañía del ahorcado. tener alguien a mucha ~ algo. loc. verb. Gloriarse, envanecerse de ello”.

97 Dice:

“honra (de “honrar”)

.

1 f. Con referencia a cierta persona, circunstancia de ser intachable por su conducta, por no haber cometido actos delictivos, inmorales, o, en general, que merezcan el desprecio de la gente. *Dignidad. Con referencia a mujeres, tiene el mismo significado que “honor”, pero se

usa hablando de mujeres de cualquier clase social. Honor. Deshonra.

2 *Honor caballeresco: “Celoso de la honra de su estirpe. Se batió en defensa de su honra”. Pero no se puede decir “hombre de honra” como se dice “hombre de honor”, ni “las reglas de la honra”, como se dice “las reglas del honor”.

3 (“Adquirir, Ganar, Dar”. Pero no “Tener, Disfrutar”) Circunstancia de ser una persona respetada, admirada o tenida por especialmente meritoria entre la gente: “Eso te dará honra, pero no provecho”. *Fama.

4 Motivo de *orgullo: “Es una honra para mí pertenecer a tan ilustre corporación”. Honor. Deshonra.

5 (pl.) Honras fúnebres.

Honras fúnebres. *Funeral o cualquier acto religioso celebrado por los difuntos. Dies irae, exequias, *funeral, novenario, responso, rosario, sufragios. Parce.

¡A mucha honra! Frase dicha con descaro o en broma, contestando a un comentario en que se atribuye algo, tal vez con tono despectivo, al que la dice: “Tú eres un señorito. -¡A mucha honra!”. *Orgullo.

Honra y provecho. Es muy frecuente la reunión de estas palabras con su respectivo significado: “No persigo con este trabajo ni honra ni provecho”.

Quien a los suyos parece, honra merece. Frase proverbial con que se valora la importancia de parecerse a la familia.

Tener alguien una cosa a mucha honra. Considerarla como motivo de *orgullo para sí mismo”

98 (MP. Juan Carlos Henao Pérez. SV. Nilson Pinilla Pinilla, Luis Ernesto Vargas Silva y Manuel Urueta Oyola).

99 En efecto, en una sentencia del trece (13) de junio del año dos mil uno (2001), en la C-620 de 2001 (MP. Jaime Araújo Rentería. Unánime), la Corte Constitucional resolvió declarar inexecutable un artículo del entonces nuevo Código de Procedimiento Penal, pero sólo a partir

del treinta y uno (31) de diciembre de dos mil dos (2002), y le concedió entonces al Congreso el interregno para regular la materia en una ley estatutaria.

100 Relatoría Especial para la Libertad de Expresión, Comisión Interamericana de Derechos Humanos: Marco jurídico interamericano sobre el derecho a la libertad de expresión, citado.

101 El ex relator para la libertad de expresión de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, Eduardo Bertoni, va todavía más lejos, pues sostiene que todos los casos de responsabilidad penal por el ejercicio de la libertad de expresión son equivalentes por sus efectos a las medidas de censura previa. Dice, de hecho: “la experiencia indica que las responsabilidades ulteriores, sean penales o civiles, pueden producir los mismos efectos que la censura previa”. Ver Bertoni, Eduardo Andrés: “La Convención Americana sobre Derechos Humanos y los límites a las responsabilidades ulteriores”, en Libertad de expresión en el Estado de derecho, 2ª edición, Buenos Aires, Del Puerto, 2009, pp. 107 y s.

102 Dice el artículo 52, inciso 3, del Código penal colombiano: “[...] En todo caso, la pena de prisión conllevará la accesoria de inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas, por un tiempo igual al de la pena a que accede y hasta por una tercera parte más, sin exceder el máximo fijado en la Ley, sin perjuicio de la excepción a que alude el inciso 2 del artículo 51”. Y el artículo 44 dice, sobre la pena de inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas: “[l]a pena de inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas priva al penado de la facultad de elegir y ser elegido, del ejercicio de cualquier otro derecho político, función pública, dignidades y honores que confieren las entidades oficiales”.

103 Lopera Mesa, Gloria Patricia: Principio de proporcionalidad y ley penal, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2006, pp. 303 y ss.

104 (MP. Juan Carlos Henao Pérez. SV. Nilson Pinilla Pinilla, Jorge Ignacio Pretelt Chaljub, Luis Ernesto Vargas Silva, Manuel Urueta Ayola).

105 Dijo entonces: “[d]entro de esta tendencia, resulta particularmente persuasiva la propuesta a la que invita el sistema regional de Derechos humanos. || En el Informe Anual de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos sobre libertad de expresión de 2008, se establece dentro de los ingredientes que componen la “agenda de hemisférica” para la

defensa de tal libertad, la necesidad de “eliminar las normas que criminalizan la expresión y de impulsar la proporcionalidad de las sanciones ulteriores”. A este respecto se señala que el ideal de ciudadano que subyace a las democracias de las Américas y del sistema interamericano de protección de derechos humanos, es el de “un sujeto deliberante, que tiene el valor de servirse de su propia inteligencia y que está dispuesto a discutir con otros las razones de su decisión”. Se trata, dice el informe, de “tomarse en serio la idea de una ciudadanía democrática y militante”, lo que implica el “diseño de instituciones que permitan y que no inhiban o dificulten la deliberación sobre todos los asuntos y fenómenos de relevancia pública”. Por esto es que observa que las instituciones propias del derecho sancionatorio y en especial del derecho penal resultan de particular relevancia, pues sirven como medios coercitivos para imponer una visión única y desalentar la deliberación vigorosa, siendo por lo demás incompatibles con los principios que orientan los regímenes democráticos y en particular la libertad de expresión en los términos contemplados en el art. 13 de la Convención Americana de DDHH. En este marco, la Relatoría especial señala como temas preocupantes y sobre los cuales deben trabajar tanto el sistema como los propios Estados miembros de la organización: “(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 (...)”. Es por ello que importantes decisiones de la Corte Interamericana sobre libertad de expresión, han estudiado el enjuiciamiento penal de quienes se habían expresado con opiniones críticas respecto de asuntos de interés público. En todos estos asuntos, la Corte declaró la desproporción de tales medidas, a más de ser contrarias al art. 13 de la Convención. Y se agrega enseguida que tanto la CIDH como la Relatoría Especial en todos sus informes sobre el tema, “han enfatizado sobre la necesidad de discriminalizar el ejercicio de esta libertad y de establecer criterios de proporcionalidad para la fijación de las responsabilidades ulteriores que puedan surgir de su ejercicio abusivo, de conformidad con los principios 10 y 11 de la Declaración de Principios”.

106 Relatoria Especial para la Libertad de Expresión. Comisión Interamericana de Derechos Humanos: Marco jurídico interamericano sobre el derecho a la libertad de expresión. OEA, documentos oficiales. Vid en <http://www.oas.org/es/cidh/expresion/docs/publicaciones/MARCO%20JURIDICO>

%20INTERAMERICANO%20DEL%20DERECHO%20A%20LA%20LIBERTAD%20DE%20EXPRESIO
N%20ESP%20FINAL%20portada.doc.pdf. C.I.D.H., Caso Ricardo Canese Vs. Paraguay,
Sentencia de 31 de agosto de 2004, (Fondo, reparaciones y Costas) . Alegato de la comisión,
f.j. 72, literales s) y t). En
http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_111_esp.pdf,106 C.I.D.H., Caso Kimel vs.
Argentina. Sentencia de 2 de mayo de 2008 (Fondo, Reparaciones y Costas), serie C, No.
177.

107 Como se denominan por el Código Penal Colombiano, TITULO V, capítulo único, a los delitos de injuria y calumnia.

108 Dice la sentencia que en su escrito de contestación a la demanda, Argentina efectuó un reconocimiento de responsabilidad, en los siguientes términos: “ ‘Finalmente, y habida cuenta que, hasta la fecha, las distintas iniciativas legislativas vinculadas con la normativa penal en materia de libertad de expresión no han sido convertidas en ley, el Estado argentino puede compartir con la Ilustre Comisión que, en el caso en especie, la falta de precisiones suficientes en el marco de la normativa penal que sanciona las calumnias y las injurias que impidan que se afecte la libertad de expresión, importa el incumplimiento de la obligación de adoptar medidas contempladas en el artículo 2 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos’ (párr.. 18)”.

110 Porque -se afirma en la sentencia C-442 de 2011- “aunque constituye un precedente significativo en torno al alcance de la libertad de expresión y del principio de legalidad en la tipificación de los delitos de injuria y calumnia, esta decisión no puede ser trasplantada automáticamente al caso colombiano en ejercicio de un control de convencionalidad que no tenga en cuenta las particularidades del ordenamiento jurídico interno, especialmente la jurisprudencia constitucional y de la Corte Suprema de Justicia que han precisado notablemente el alcance de los elementos normativos de estos tipos penales ”.

111 La sentencia de la Corte despachó el caso Kimel v. Argentina resuelto por la decisión de la C.I.D.H., afirmando que en él se concluyó que “la libertad de expresión puede ser limitada con medidas de naturaleza penal, que en todo caso han de estar sujetas a especiales requerimientos en cuanto a su configuración legislativa y en cuanto a su interpretación y aplicación por parte de los funcionarios judiciales. Por lo tanto, para evaluar la

constitucionalidad de las disposiciones acusadas necesariamente se debe tener en cuenta los desarrollos de la jurisprudencia en torno a sus elementos normativos”.

112 Sobre el particular, vid. el recuento y comparación de esta jurisprudencia con la del Tribunal Europeo de DD.HH. en Adriana Consuelo Jiménez Ulloa. La libertad de expresión en la jurisprudencia de la Corte Interamericana y del Tribunal Europeo de Derechos Humanos. Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2010.

113 Arts 93, inc 2º, art. 5º ley 137 de 1994, Estatutaria de los Estados de Excepción.

114 Sobre esta expresión vid en la jurisprudencia del Tribunal supremo de los Estados Unidos, el caso Thomas vs Collins, 323, US 516 (1945). También en TRIBE, Laurence H. American Constitutional Law.v Vol II. New York: The Foundation Press Inc, 1988, pp 769 y ss. Citados por la sentencia C-265 de 1994.

115 Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal. Auto de 9 de septiembre de 1983. M.P. Fabio Calderón Botero. Autos de de 7 y 29 de marzo de 1984. Proceso No 29428 . MP. Julio Enrique Socha Salamanca. Aprobados en Acta No.288, de 8 de octubre de 2008.

116 Sentencias C-392 de 2002 y T-213 de 2004.

117 Sobre la figura en Norteamérica vid. Teresa Rodríguez Montañes. Libertad de expresión, discurso extremo y delito. Una aproximación desde la Constitución a las fronteras del derecho penal. Valencia, Tirant lo Blanch, 2012, pp. 146 y ss. En el derecho europeo a esta noción Ver Riccardo Guastini, Distinguiendo, Estudios de teoría y metateoría del derecho, Gedisa, Barcelona, 1999.

118 Así en la exposición del concepto, por Alexy, Robert. Teoría de la argumentación jurídica. Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1997, p.277 y ss.

119 Obsérvese el alcance de las prohibiciones relacionadas por la misma sentencia C-442 de 2011, entre las que se cuentan: “(a) la propaganda en favor de la guerra; (b) la apología del odio nacional, racial, religioso o de otro tipo de odio que constituya incitación a la discriminación, la hostilidad, la violencia contra cualquier persona o grupo de personas por cualquier motivo (modo de expresión que cobija las categorías conocidas comúnmente como discurso del odio, discurso discriminatorio, apología del delito y apología de la violencia); (c)

la pornografía infantil; y (d) la incitación directa y pública a cometer genocidio”. Y tras esa mención agrega enseguida como pauta para entender su carácter taxativo o al menos restrictivo: “Estas cuatro categorías se han de interpretar con estricta sujeción a las definiciones fijadas en los instrumentos jurídicos correspondientes, para así minimizar el riesgo de que se sancionen formas de expresión legítimamente acreedoras de la protección constitucional”.

120 Vid. Cass Sunstein. *One case at a time. Judicial minimalism on the Supreme Court.* Cambridge, Massachusetts, , Harvard University Press, 1999.

121 Vid. Eduardo Andres Bertoni. “La libertad de expresión y la democracia”. En *Libertad de expresión en el Estado de derecho.* Buenos Aires, Editores del Puerto, 2009, pp. 185- 192. Sobre el contenido democrático de la libertad de expresión y la necesidad de su defensa objetiva de la libre expresión, vid el trabajo de Owen M. Fiss. *La ironía de la libertad de expresión.* Barcelona, Gedisa, (1996) 1999. En este trabajo empero, se analiza el giro en la línea jurisprudencial creado por el Tribunal Supremo de los Estados Unidos entre los 70’s y mediados de los 90’s, que en su sesgo libertario de interpretación de la primera enmienda, podría socavar la libertad de expresión de modo tal que se eliminen todas las ayudas o subvenciones para hacer efectivo su ejercicio de modo más democrático, pluralista y garantista posibles.

122 Vid. Margaría María Orozco Arbeláez. *Información para deliberar.* Jorge Iván Cuervo, et. al. (editores). *El giro deliberativo en la democracia. Teoría y evidencia empírica.* Bogotá, Universidad Externado de Colombia (en prensa).

123 Vid. sobre el particular, el trabajo de Teresa Rodríguez Montañes. *Libertad de expresión, discurso extremo y delito, op. cit.* Una análisis desde la jurisprudencia del Tribunal Supremo, el derecho europeo y la jurisprudencia del Tribunal Europeo de DD.HH., sobre el arriesgado recurso al derecho penal y su reducción deseable incluso frente a los discursos extremos.