Expediente D-15.176

M.P. Jorge Enrique Ibáñez Najar

REPÚBLICA DE COLOMBIA

CORTE CONSTITUCIONAL

-Sala Plena-

Sentencia C-487 de 2023

Expedientes: D-15.176

Demandantes: Ana Bejarano Ricaurte y otros

Asunto: Acción pública de inconstitucionalidad en contra de las normas referidas a la pena de prisión, previstas en los artículos 220 (injuria) y 221 (calumnia) de la Ley 599 de 2000, "Por la cual se expide el Código Penal"

Magistrado Ponente: Jorge Enrique Ibáñez Najar

Bogotá D.C., quince (15) de noviembre de dos mil veintitrés (2023)

La Sala Plena de la Corte Constitucional, en ejercicio de sus competencias constitucionales y legales, en particular de aquella que le confiere el artículo 241.4 de la Constitución Política, profiere la siguiente

SENTENCIA

Dentro del proceso adelantado, en los términos de los artículos 40.6, 241.4 y 242 de la Constitución y el Decreto 2067 de 1991, con ocasión de la demanda de inconstitucionalidad presentada en contra de las normas referidas a las penas de prisión previstas en los artículos 220 (injuria) y 221 (calumnia) del Código Penal contenido en la Ley 599 de 2000, "Por la cual se expide el Código Penal."

I. ANTECEDENTES

1. 1. Los ciudadanos Ana Bejarano Ricaurte, Lucía Yepes Bonilla, Susana Echavarría Medina y Emmanuel Vargas Penagos, en ejercicio de la acción pública de inconstitucionalidad, con fundamento en lo previsto en los artículos 40.6, 241.4 y 242 de la Constitución, demandaron los normas referidas a las penas de prisión, contenidas en los artículos 220 y 221 del Código Penal (Ley 599 de 2000), por considerar que ellas son incompatibles con lo previsto en el preámbulo y en los artículos 20 y 73 de la Constitución, 13 de la Convención Americana de Derechos Humanos, en adelante CADH, y 19 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, en adelante PIDCP.

2. En concreto, los cargos de la demanda se sintetizan en: (i) las sanciones de prisión dispuestas en los artículos 220 y 221 del Código Penal violan el preámbulo de la Constitución, por atentar contra la democracia; (ii) trasgreden la prohibición de censura del artículo 20 de

la Constitución Política; (iii) vulneran la protección reforzada de la actividad periodística consagrada en el artículo 73 de la Carta; y, (iv) infringen las protecciones establecidas para la libertad de expresión del artículo 13 de la Convención Americana de Derechos Humanos y las consagradas en el artículo 19 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.

3. Mediante Auto del 17 de marzo de 2023, la demanda fue admitida. Conforme a lo previsto en el artículo 7º del Decreto 2067 de 1991, se ordenó: (i) fijar en lista las normas acusadas a fin de garantizar la intervención ciudadana; (ii) correr traslado a la Procuradora General de la Nación para lo de su competencia; (iii) comunicar el inicio de este proceso al Presidente de la República, al Presidente del Congreso, al Ministro de Justicia y del Derecho, a la Directora de la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado y al Consejo Superior de Política Criminal; (iv) invitar a varias instituciones, universidades y centros de estudio, a fin de si lo consideraban conveniente, se pronunciaran sobre la constitucionalidad de las normas demandadas.

4. Cumplidos los trámites constitucionales y legales, recibidas la intervenciones de algunos de los convocados y emitido el concepto de la Procuradora General de la Nación, la Corte procede a decidir sobre la demanda de la referencia.

Normas demandadas

5. El texto de los artículos 220 y 221 del Código Penal, con lo demandado en subrayas, es el siguiente:

“Ley 599 de 2000

(julio 24)

Por la cual se expide el Código Penal

[…]

Artículo 220. Injuria. El que haga a otra persona imputaciones deshonrosas, incurrirá en prisión de dieciséis (16) a cincuenta y cuatro (54) meses y multa de trece puntos treinta y tres (13.33) a mil quinientos (1.500) salarios mínimos legales mensuales vigentes.

Artículo 221. Calumnia. 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 y treinta y tres (13.33) a mil quinientos (1.500) salarios mínimos legales mensuales vigentes.”

La demanda

6. Antes de desarrollar la acusación, la demanda presenta, a modo de cuestiones previas, sendos análisis sobre la inexistencia de cosa juzgada constitucional y sobre lo que denomina descripción y efecto inhibitorio de las normas demandadas.

Análisis sobre la inexistencia de cosa juzgada constitucional

7. La demanda argumenta que, si bien en la Sentencia C-442 de 2011 la Corte se pronunció

sobre una demanda en contra de las normas previstas en los artículos 220, 221, 222, 223, 224, 225, 226, 227 y 228 del Código Penal, la presente acusación se plantea a partir de cargos diferentes a los ya analizados y se circunscribe a las penas de prisión, previstas para los delitos de injuria y calumnia en los artículos 220 y 221 ibidem.

8. Para desarrollar este aserto, la demanda comienza por referirse a los elementos que se requieren para la existencia de cosa juzgada constitucional. Con fundamento en ello, frente al primer elemento, se destaca que en la sentencia referida, la acusación se dirigía en contra de todas las normas previstas en dichos artículos, mientras que en la demanda sub examine la acusación sólo cuestiona una de tales normas, la que establece como pena para dichas conductas la de prisión.

9. Se sostiene que en la Sentencia C-442 de 2011 se estudió una acusación relativa a que en los tipos penales de injuria y calumnia había una regulación "vaga e imprecisa", contenida en expresiones tales como "imputaciones deshonrosas" e "impute falsamente a otro una conducta típica". Se cuestionaba que la descripción de la conducta hecha por la ley era incompatible con el principio de legalidad (art. 28 CP y 13 CADH) y daba lugar a una restricción ilegítima de la libertad de expresión, lo que se ilustraba a partir de la jurisprudencia de la Corte Inteamericana de Derechos Humanos, en adelante CIDH.

10. En contraste, se destaca que en esta oportunidad no se cuestiona la descripción de las conductas típicas, ni mucho menos que ellas sean vagas o imprecisas. Lo que se cuestiona es una de las consecuencias jurídicas previstas en las normas demandadas para tales conductas: la de la pena de prisión. Esto, desde luego, sobre la base de reconocer que esta Corporación ya había dejado en claro que el carácter abierto de un tipo penal no implica su inconstitucionalidad, y que, "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 puedan lesionarlos, precisamente por los efectos disuasorios que tiene la amenaza de sanción penal".

11. De otra parte, la demanda sostiene que ha habido una variación del patrón de análisis. Para ilustrarlo, se argumenta que doce años después de la Sentencia C-442 de 2011 y de la sentencia de la CIDH en el caso Kimel v. Argentina, hay cambios en torno a los denominados Pleitos Estratégicos contra la Participación Pública -SLAPP- (por su sigla en inglés), en la medida en que se ha observado que los elementos judiciales, dentro de los cuales están los tipos penales en comento, se han empleado de manera abusiva para silenciar la libertad de expresión, a raíz de la intimidación que estos generan sobre los demandados o denunciados. De igual forma, sostienen que ese contexto social y político apunta a la necesidad de eliminar normas que puedan tener ese carácter intimidatorio sobre la libertad de expresión.

12. A partir de lo acaecido con posterioridad a la Sentencia C-442 de 2011, sostienen que la libertad de expresión debe recibir una protección más robusta, lo cual implica: (i) eliminar las penas de prisión en los llamados delitos de difamación (que incluyen la calumnia y la injuria); (ii) eliminar normas que constituyen controles judiciales severos que puedan ser usados para facilitar la interposición de los SLAPPs; y, (iii) brindar protección integral al periodismo para que esté libre de todo riesgo de hostigamiento, incluyendo el litigioso.

13. Por lo anterior, la demanda dice que para el momento en que se profirió la Sentencia C-442 de 2011 no existían aspectos materiales o de contexto normativo como los actuales que apuntan a la eliminación de las penas de prisión en este tipo de delitos, al igual que a la erradicación de las normas que faciliten los SLAPPs y establecer un marco estatal que garantice que el trabajo periodístico esté libre de todo riesgo.

Descripción y efecto inhibitorio de los apartes demandados

14. Los actores precisan que si se declara la inexequibilidad de la pena de prisión la conducta todavía tendría sanción penal, con la pena de la multa. Sobre la base de considerar que la pena de prisión es una interferencia significativa a la libertad de expresión, destacan que si bien el legislador tiene un margen de configuración en materia penal, en todo caso debe "propender por la realización de los fines del Estado como son los de garantizar la efectividad de los principios, derechos y deberes constitucionales, y asegurar la convivencia pacífica y la vigencia de un orden justo". De igual forma, "no obstante contar el legislador con un margen de maniobra, es claro que no podrán concebirse mecanismos que sacrifiquen los valores superiores del ordenamiento jurídico, los principios constitucionales y los derechos fundamentales. El control del juez constitucional con relación a estos límites busca, entre otras cosas, que el legislador no incurra en desbordamientos punitivos".

15. Destacan que, como ha dicho esta Corte, "la pena de prisión configura la sanción más significativa en materia de restricción y suspensión de diversos derechos constitucionales como la libertad de locomoción, el libre desarrollo de la personalidad, la intimidad personal y familiar, la inviolabilidad de la correspondencia privada, el derecho a la información, el derecho de propiedad, los derechos de reunión y asociación y la libertad de expresión". Esta pena genera, a juicio de los actores, un estigma para quienes son condenados, las cuales se agravan en un contexto como el colombiano. Señalan que así lo ha reconocido esta Corporación, al sostener que: "la privación de la libertad tiene un efecto estigmatizante que dificulta la reinserción social, ya que se produce aislamiento que impide alejarse del delito pues se crea desarraigo que conlleva a un deterioro y desestructuración a medida que pasa el tiempo, situación que se ve agravada por el constante estado de cosas inconstitucional en materia carcelaria".

16. Por esta vía, se argumenta que la pena de prisión resulta "excesivamente intimidatoria", pues va más allá de lo meramente disuasorio, para generar un efecto inhibitorio o chilling effect, que silencia la libertad de expresión. Para soportar su dicho, la demanda alude al Plan de Acción de la ONU sobre la Seguridad de los Periodistas y la Cuestión de la Impunidad, en el cual se establece que "debe abordarse la existencia de leyes que limitan la libertad de expresión (por ejemplo, leyes sobre la difamación excesivamente restrictivas)". En idéntico sentido, se menciona el Informe de 2012 de la Relatoría Especial sobre la Promoción y Protección del derecho a la libertad de opinión y expresión, en el que se señala que "asegurar que los periodistas puedan efectivamente llevar a cabo su labor no sólo significa prevenir las agresiones en su contra y procesar a los responsables, sino también, crear un entorno en que puedan prosperar medios de información independientes, libres y pluralistas y en el que los periodistas no corran el peligro de prisión".

17. En este contexto, se advierte que en el más reciente informe de la referida Relatoría, se

dice que: “las detenciones y los enjuiciamientos de periodistas, que acarrean multas elevadas y duras penas de prisión, no solo sirven para intimidar y castigar a los acusados, sino también para crear un clima de miedo, que disuade la labor crítica de otros periodistas”. Del mismo modo, hace referencia a recientes Resoluciones del Consejo de Derechos Humanos y de la Asamblea General de las Naciones Unidas, en las cuales se ha exhortado a los Estados “a que velen porque las leyes que penalizan la difamación no se utilicen indebidamente, en particular imponiendo sanciones penales excesivas”.

18. Por otra parte, se analizan varios elementos del Sistema Interamericano de Derechos Humanos. Así, se sostiene que en el Informe de fondo sobre el caso Álvarez Ramos v. Venezuela, la Comisión Interamericana, en adelante la Comisión, al analizar una condena dictada en contra de un periodista, por difamación, indicó que: “[e]ste tipo de asuntos no justifican en modo alguno la responsabilidad penal con pena de prisión, prohibición de salida del país e inhabilitación de derechos políticos. Estas sanciones, por su propia naturaleza, tienen inevitablemente un efecto amedrentador (chilling effect), incompatible con el artículo 13 de la Convención Americana”.

19. Para el Sistema Interamericano ha sido ilustrativo revisar otros referentes. Entre ellos está el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, en adelante TEDH, que en el contexto de las sanciones por los abusos en el ejercicio de la libertad de expresión, ha establecido que la pena de prisión sólo será viable cuando haya una afectación severa de otros derechos, como en los casos de discurso de odio y se indica que tal tipo de pena es, por su propia naturaleza, intimidatoria. Y también está una reciente decisión de la Corte Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos, en la cual se puso de presente que: “salvo en casos graves y muy excepcionales, como por ejemplo, la incitación a crímenes internacionales, la incitación pública al odio, la discriminación o la violencia o las amenazas contra una persona o un grupo de personas, debido a criterios específicos como la raza, el color, la religión o la nacionalidad, las infracciones a las leyes sobre la libertad de expresión y la prensa no pueden ser sancionadas con penas privativas de libertad”.

20. Se agrega que la Relatoría Especial para la Libertad de Expresión (RELE) de la CIDH se ha pronunciado sobre la incompatibilidad de la pena de prisión para delitos de difamación y la norma prevista en el artículo 13 de la CADH. Así, precisa que desde el año 2013, la Relatoría celebró la eliminación del uso del derecho penal en materia de difamación por parte del Estado de Jamaica y resaltó este como un avance en materia de libertad de expresión y promoción del debate democrático en toda América. En similar sentido, se celebraron los avances en la materia en todo el continente trayendo a colación las modificaciones legislativas de diversos países en la forma de sancionar los delitos de difamación.

21. Destacan que, la misma entidad, refiriéndose a otro caso analizado en 2022, en un asunto por difamación agravada en el Perú, precisó que: “…la Relatoría recuerda que, siempre que se presente una controversia judicial que tenga como objeto limitar el ejercicio del derecho a la libertad de expresión, los Estados democráticos están llamados a ponderar la naturaleza de las expresiones en juego y su relevancia para la democracia; el margen restringido para la aplicación del derecho penal; la condición pública del sujeto presuntamente afectado por tales expresiones; la diligencia razonable de la prensa en el ejercicio de su labor; y la proporcionalidad de las eventuales sanciones”.

22. Se sostiene que, otros organismos han llegado a conclusiones similares. En tal sentido, se afirma que la Comisión Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos estableció en su Declaración de Principios sobre Libertad de Expresión de 2019 que: “la imposición de penas privativas de la libertad por las ofensas de difamación y líbelo son una violación del derecho a la libertad de expresión”. Además, solicitó al Estado en su decisión del caso Agnès UwimanaNkusi & Saidati Mukakibibi v. Rwanda que modifique sus normas de difamación e insulto a través de la derogatoria de sanciones de prisión.

23. A su turno, se indica que la Corte de la Comunidad Económica de Estados de África (CEDEAO), estableció en Federation of African Journalists (FAJ) and others v. The Gambia que las leyes de líbelo, sedición y noticias falsas de ese país causaban una interferencia desproporcionada con la libertad de expresión y que se debía “revocar inmediatamente o modificar” dichas normas en línea con las obligaciones del derecho internacional. Por su parte, los tribunales constitucionales de Lesoto y de Kenia declararon la inconstitucionalidad de las normas que consagran la difamación criminal. El segundo de estos tribunales determinó que el propósito de suprimir comentarios “objetables u oprobiosos” no puede tolerar el espectro del encarcelamiento como medida razonablemente justificada en una sociedad democrática.

24. Se reitera el análisis de la jurisprudencia del TEDH, para señalar que en ella se ha sostenido que las penas de prisión por el ejercicio de la libertad de expresión sólo serían compatibles con ese derecho en casos excepcionales, como cuando haya una afectación grave a los derechos fundamentales, por ejemplo, en el caso del discurso de odio o incitación a la violencia, toda vez que, por su propia naturaleza, tienen un carácter intimidatorio. En esta línea, se destaca también que, para este tribunal, las penas de prisión en casos de difamación son “manifiestamente desproporcionadas” por su naturaleza y severidad. En igual sentido, la Asamblea Parlamentaria del Consejo Europeo ha dicho que las penas de prisión son una “espada de damocles” que pende sobre los periodistas y ha llamado a los Estados para que deroguen las penas de prisión por difamación, incluso si estas no son impuestas en la práctica.

25. A su turno, la demanda indica que en el caso italiano, la Corte Constitucional refirió al Parlamento la decisión sobre la abolición de las medidas de prisión en los casos de difamación criminal, para poner en balance la necesidad de evitar la intimidación indebida de periodistas frente a la adecuada protección de la reputación. Dicha Corte consideró que el parlamento puede adoptar medidas restrictivas de la libertad cuando el comportamiento sea “excepcionalmente grave en términos objetivos y subjetivos”, incluyendo en particular la difamación que implica incitación a la violencia o discurso de odio. Incluso, aludió a que un año después, a falta de acción por parte del parlamento, la Corte italiana determinó que la pena de prisión sólo es procedente en casos de “gravedad excepcional”. También se analiza el caso argentino, para destacar que la Ley 26.551 de 2009, eliminó las sanciones de prisión en los delitos de injuria y calumnia y limitó el castigo por estas conductas al pago de multas.

26. En cuanto a Colombia, la demanda destaca que la Fundación para la Libertad de Prensa (FLIP) ha establecido la existencia de un aumento alarmante de abusos a la prensa. En tal sentido, indican que, se ha dicho que desde la experiencia nacional, el hostigamiento judicial, acoso judicial, asfixia o censura judicial, son caminos “ampliamente usados en el país con el

fin de silenciar, presionar e intimidar injustamente a la prensa para que modifiquen o eliminen las opiniones o informaciones que publican". Se agrega que "los periodistas pueden verse enfrentados a largos y dispendiosos procesos, incluso en los casos en los que sus publicaciones se encuentren plenamente justificadas".

27. Se informa que dicha organización registró 12 casos de acoso judicial a periodistas en el 2015, 14 en 2016, 14 en 2017, 38 en 2018, 66 en el 2019 y 30 en el primer semestre de 2020. En todo caso, precisan que la FLIP aclara que estos números son un subregistro, pues solo reflejan los casos de los periodistas o medios que acuden a la Fundación.

28. Por último, los actores resaltan que en tal contexto, la Corte ha venido desarrollando una jurisprudencia importante sobre el acoso judicial a la libertad de expresión y que, recientemente, en la Sentencia T-452 de 2022, se refirió a este fenómeno como un asunto que vulnera dicho derecho. Indican, que en tal decisión, la Sala observó que el acoso judicial contempla, entre otros aspectos, "exigencias materiales desproporcionadas", como "la imposición de una pena privativa de la libertad (en virtud de los delitos de injuria y calumnia)". Con lo que, en su concepto, se muestra el, cada vez más robusto contexto social y político que apunta hacia la eliminación de las penas de prisión en delitos de difamación.

29. Como fundamento de tal efecto inhibitorio, la demanda acude al concepto de paralización de la información referido por esta Corte. Usa este concepto para caracterizar a las medidas posteriores que pueden ser clasificadas dentro de la censura. Aluden así, a la doctrina del chilling effect, adoptada en la jurisprudencia estadounidense, que pretende explicar las razones por las cuales incluso las decisiones judiciales, en determinados casos, constituyen actos de censura que merecen reproche constitucional. Con fundamento en dicha doctrina, se refieren al efecto de "enfriamiento" de las expresiones y del debate público, para indicar que "bajo tales circunstancias podría ocurrir que los medios de comunicación o personas naturales no emitan determinadas expresiones por temor a las sanciones que ello les acarrearía".

30. Precisan que, este tipo de efecto, afecta no sólo a los titulares del derecho a la libertad de expresión, sino también a los sujetos que reciben la información, por cuanto el debate público se ve empobrecido y el sistema democrático se debilita. Concluyen que, en su concepto, no cabe duda que las penas de prisión en los delitos de injuria y calumnia deben ser eliminadas del ordenamiento jurídico colombiano, por ir en contravía de esta disposición constitucional.

Los cargos de la demanda

31. La magistrada encargada inicialmente de la sustanciación de este proceso admitió cuatro de los cargos presentados en la demanda. En ellos se plantea que las normas demandadas son incompatibles con lo previsto en el preámbulo de la Constitución, por atentar contra la democracia (primer cargo); son incompatibles con la prohibición de la censura establecida en el artículo 20 ibidem (segundo cargo); son incompatibles con la protección reforzada a la actividad periodística establecida en el artículo 73 ibid. (tercer cargo); y, son incompatibles con la protección especial dada por el artículo 13 de la CADH y 19 del PIDCP (cuarto cargo).

32. Primer cargo. Las sanciones de prisión dispuestas en los artículos 220 y 221 del Código

Penal violan el Preámbulo de la Constitución, por atentar contra la democracia. La demanda aduce que la libertad de expresión es una parte esencial de la democracia, en razón a que permite la existencia de un debate público enriquecido por el flujo libre de información y de ideas. La vulneración que causan las normas acusadas sobre la democracia no está en la imposición de responsabilidades ulteriores ni en la aplicación del derecho penal, sino en la posibilidad de que existan sanciones de prisión, como castigo por el abuso de la libertad de expresión, pues son sanciones que han sido reconocidas como intimidatorias por naturaleza en el contexto social, político y jurídico de la protección de la libertad de expresión. Es decir, se trata de sanciones que por su naturaleza tienen la facultad de causar un efecto inhibitorio o chilling effect que desborda la intención inicial del legislador de disuadir acciones reprochables jurídicamente.

33. Segundo cargo. Las sanciones de prisión dispuestas en los artículos 220 y 221 del Código Penal violan la prohibición de censura del artículo 20 de la Constitución. Bajo el supuesto de que los apartes de las normas demandados tiene la virtualidad de retraer a las personas de publicar determinada información u opinión, por el temor a las consecuencias judiciales de sus actos, con lo que, para los actores resulta evidente que los apartes demandados son inconstitucionales. Sostienen que no existe en el ordenamiento jurídico constitucional ninguna excepción que permita la permanencia de una norma que incurra en actos de censura.

34. La prisión constituye una medida que por su propia naturaleza es intimidatoria, en el marco de las sanciones ulteriores por los excesos en el ejercicio de la libertad de expresión. Además, genera un grave estigma social, tiene como resultado que las personas prefieran optar por no emitir determinadas informaciones u opiniones o que se retracten de estas. Así, la prisión en los delitos de injuria y calumnia es una medida de auto restricción en la emisión de información por lo que es contraria a la prohibición de la censura.

35. Esta medida, además, es contraria al contexto político y social que se ha desarrollado a nivel internacional y comparado con relación a la garantía de la libertad de expresión, el cual busca que el ejercicio de ese derecho no esté rodeado de elementos excesivamente intimidatorios, como es la posibilidad de ir a la cárcel, de ver una serie de derechos suspendidos, restringidos y limitados. Este nivel de intimidación supera la potencialidad de disuasión al que puede apuntar el amplio margen de configuración en materia penal con el que cuenta el legislador.

36. Tercer cargo. Las sanciones de prisión consagradas en los artículos 220 y 221 del Código Penal trasgreden la protección reforzada de la actividad periodística dispuesta en el artículo 73 de la Constitución. En este sentido, teniendo en cuenta lo expuesto con relación a pronunciamientos de expertos y de organismos a nivel internacional y comparado, se observa que la eliminación de las penas de prisión iría en favor de brindar mayores garantías para el ejercicio de la labor de la prensa en línea con la tendencia internacional. La posibilidad de que existan sanciones ulteriores por vía penal no está prohibida, pero sí significa una grave afectación sobre el derecho a la libertad de expresión.

37. Cuarto cargo. Las sanciones de prisión consagradas en los artículos 220 y 221 del Código Penal infringen las protecciones establecidas para la libertad de expresión del artículo 13 de

la CADH y las instituidas para la libertad de expresión en el artículo 19 del PIDCP. Establecer sanciones de prisión en los delitos de injuria y calumnia vulnera el concepto de necesidad de la sanción establecida en el artículo 13 de la CADH, pues dicho artículo establece una limitante a las normas que imponen restricciones a la libertad de expresión, que no se cumplen en el presente, de acuerdo con la jurisprudencia interamericana.

38. En similar sentido, los apartes demandados no respetan el criterio de necesidad y proporcionalidad que cualquier restricción a la libertad de expresión debe cumplir para ser admisible dentro del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (PIDCP).

39. En el contexto material y normativo del artículo 19 del PIDCP existe la tesis según la cual la debida protección de la libertad de expresión implica la no existencia de sanciones de prisión por delitos de difamación (como la injuria y la calumnia), pues existe una prohibición expresa de estas, sin tener en cuenta que se trata de medidas de un carácter excesivamente intimidatorio y causan un chilling effect. Es decir, se debe propender a la reducción de las medidas que generen intimidación y que desborden el propósito de proteger la reputación de los demás, como las penas de prisión.

Las intervenciones

40. Por razones metodológicas, para una mejor comprensión de las intervenciones ellas se agrupan a partir de lo que se solicita, conforme pasa a verse.

Intervenciones que solicitan declarar la inexequibilidad de las normas demandadas

41. El Ministerio de Justicia y del Derecho intervino el 20 de abril de 2023. Indica que en este caso no se configura la cosa juzgada constitucional, pues el objeto de la presente demanda es diferente de lo que ya juzgó la Corte. Comparte los argumentos de los actores, en particular en lo relativo a la racionalidad, coherencia y proporcionalidad de las penas. A su juicio, la pena de prisión en el contexto de este caso envía un mensaje coercitivo, desestimula el ejercicio de la libertad de expresión y afecta la democracia. Esta pena es, por tanto, “a todas luces desproporcionada”.

42. Señala que el riesgo de ser privado de la libertad tiene un efecto inhibitorio para las personas en cuanto a su expresión. Para proteger los bienes jurídicos a los que se refieren los tipos penales de injuria y calumnia hay, como en efecto lo prevé la ley, otros medios menos lesivos, como las multas, las rectificaciones, la responsabilidad patrimonial e incluso la acción de tutela. En esta línea destaca los salvamentos de voto a la Sentencia C-441 de 2011.

43. Por último, propone aplicar un test estricto de proporcionalidad, para concluir que (i) los derechos a la honra y buen nombre, por un lado y, la libertad de expresión e información, por el otro, tienen pesos abstractos iguales; (ii) la pena de prisión representa una realización leve para los derechos protegidos y, contrario a ello, una afectación media-alta para aquellos que interviene; y, (iii) la certeza fáctica de la prevención es menor, y la de la autocensura, en cambio muy alta, frecuente y documentada. Incluso, sostiene que “la posibilidad de que la prisión materialice la honra en mayor medida que una pena de multa para estos delitos es algo que empíricamente no se ha establecido”.

44. La Asociación Nacional de Medios – Asomedios apoya la demanda. A su juicio, la pena de prisión tiene un efecto inhibitorio para la libertad de expresión y se termina usando para amedrentar a las personas, que ante esa amenaza prefieren callar. Destaca que la protección de los derechos al buen nombre y a la honra no necesita de medios tan severos como la pena de prisión, pues existen otros menos lesivos para la libertad de expresión que también son idóneos. Pone de presente que los medios de comunicación son conscientes de sus responsabilidades, razón por la cual, tales medidas no resultan necesarias.

45. La Organización Media Defence, que interviene como amicus curiae, es una organización no gubernamental dedicada a la defensa de periodistas, blogueros y medios independientes, manifiesta su preocupación por que las normas demandadas pueden ser ejercidas de manera abusiva y, por ello, tener un efecto inhibidor en el discurso público. A su juicio, la pena de prisión debe circunscribirse a los discursos de odio o cuando se incite a la violencia. Sostiene que las leyes de difamación deben abolirse y destacan que el Tribunal Europeo de Derechos Humanos nunca ha ratificado una pena de prisión por difamación. Además, que el efecto disuasorio persiste a pesar de que este tipo de sanciones no se apliquen con frecuencia a los periodistas, ni ellos sean privados de la libertad. En su criterio, los efectos disuasorios pueden equivaler a una censura previa, donde no puede subestimarse el efecto estigmatizante y el impacto psicológico que produce el estar sometido a una investigación y a un proceso penal, en cuanto "el riesgo latente de multa, el daño a la reputación profesional y la posibilidad de tener antecedentes penales tendrían implicaciones para el futuro laboral".

46. La Organización Robert F. Kennedy Human Rights, también como amicus curiae, presentó escrito en el que manifiesta que, las normas deben ser declaradas inexequibles, para garantizar el cumplimiento de las obligaciones nacionales e internacionales del Estado. Señalan que, "sociedad que no esté bien informada no es totalmente libre". Si bien reconoce la existencia de restricciones legítimas a la libertad de expresión, así como la viabilidad de responsabilidades ulteriores por el ejercicio abusivo de este derecho, refieren el respeto al test tripartito de (i) legalidad, (ii) persecución de un fin legítimo, y (iii) necesidad y proporcionalidad. En este contexto, el uso del derecho penal en casos de injuria y calumnia resulta desproporcionado, salvo circunstancias excepcionales. Advierte que "cada vez se reconoce más que las leyes penales sobre difamación son incompatibles con las normas internacionales sobre libertad de expresión y varios organismos y procedimientos del sistema de la ONU han condenado las leyes penales sobre difamación".

47. La Fundación para la libertad de prensa (FLIP), pese a que la acusación recae sobre la pena de prisión, solicita declarar la inexequibilidad de todo lo previsto en los artículos 220 y 221 de la Ley 599 de 2000. Destacan que la libertad de información es un pilar democrático del Estado de Derecho y la actividad periodística tiene un reconocimiento desde lo individual y la colectividad. En su criterio, conforme los artículos 93 y 94 de la Carta, la libertad de expresión debe ser interpretada a la luz de los tratados internacionales, haciendo referencia a tres principios fundamentales: (i) el derecho a opinar sin interferencia (libertad de opinión), (ii) el derecho a buscar y recibir información (acceso a la información), y (iii) el derecho a impartir información (libertad de expresión).

48. De otra parte, señala que se ha identificado el incremento de eventos de acoso judicial o pleitos estratégicos. Destacándose que, frente al acoso, este se da ante la judicialización de

la libertad de expresión, la existencia de una causa infundada, la desigualdad de cargas y la finalidad de silenciamiento de un asunto de interés público. Precisa, además, que "el acoso judicial no se limita a exigencias materiales desproporcionadas, ni a la imposición de una pena privativa, se presenta, con la sola vinculación al proceso, costos, presiones y advertencias a otros comunicadores para guardar silencio". Por ello, señala que la legislación colombiana "se encuentra en mora de proscribir los tipos penales de injuria y calumnia", pues la cárcel no retribuye sino que causa autocensura y genera un daño significtaivo a la democracia. Por último, pone de presente que hay medios menos gravosos que el derecho penal como, por ejemplo, la rectificación, la acción de tutela o los mecanismos propios del derecho civil.

49. La Universidad Libre (Obervatorio de Intervención Ciudadana) sostiene que la pena de prisión parece ser incompatible con la Carta, pues hay otras penas, como la de la multa, que son idóneas para proteger los bienes jurídicos que corresponden a los tipos penales de injuria y calumnia. Con todo, considera que no se puede incurrir en generalizaciones, razón por la cual propone a la Corte que exhorte al Congreso para que clasifique de manera adecuada las diversas situaciones posibles y prevea para ellas penas adecuadas. En este contexto, señala que la pena de prisión no tiene alcance disuasivo en estos casos. A su juicio el someter a una persona a un proceso, que suele resultar ineficiente y engorroso, en vista a otras alternativas más expeditas como la acción de tutela, no parece justificarse, ya que estas vías alternativas pueden tener mayor idoneidad para proteger los derechos, pues "una disculpa es más potente que recibir plata o ver al agraviante en la cárcel".

50. La Universidad Externado de Colombia destaca que en este caso no se configura el fenómeno de la cosa juzgada constitucional, puesto que la acusación se circunscribe a la pena de prisión. Además de precisar algunos elementos propios de estos tipos penales, como el animus injuriandi y el dolo, reconoce que puede ser difícil establecer los límites entre una opinión legítima y una injuriosa, debido a la cercanía que las imputaciones deshonrosas tienen con las opiniones emitidas en ejercicio de la libertad de expresión. Por ello, considera que la injuria debería dejar de ser delito, por cuanto la eventual afectación a la integridad moral resulta de escasa magnitud y no amerita la intervención del derecho penal. Para tal fin, sostiene que existen otras herramientas distintas al derecho penal para el tratamiento de las ofensas, cómo serían los mecanismos alternativos de solución de conflictos, las acciones civiles, los procedimientos policiales o incluso, el acudir a la acción de tutela.

51. A diferencia de lo anterior, respecto al delito de calumnia sostiene que corresponde a un ataque grave a la integridad moral, con capacidad evidente de hacer daño y que, en razón de ello, merece la intervención del derecho penal aunque con penas de prisión que no sean de larga duración. Al respecto, señala que, debe reconocerse que la pena de prisión para este delito, como está concebida actualmente en el Código, no resulta tan gravosa, entre otras razones, por cuánto permite ser sustituida por prisión domiciliaria y en la mayoría de los casos procede la suspensión condicional de la ejecución de la pena, debido al quantum de la misma.

52. La Universidad del Rosario. Semillero de investigación en Derecho Penal y Grupo de Acciones Públicas solicita declarar la inexequibilidad de las normas demandadas. Sostiene que no existe cosa juzgada porque la acusación es diferente a la ya estudiada por la Corte.

Sobre esta base, destaca que la pena de prisión para los delitos de injuria y calumnia resulta desproporcionada, conforme los principios y finalidades de la pena, que pueden lograrse en últimas de manera más efectiva sin necesidad de establecer la privación de la libertad. A su turno, la califican de ineficaz e insuficiente, debido a la ausencia de una afectación grave e irreversible del bien jurídico de la integridad moral frente al principio de lesividad y el análisis de la antijuridicidad material. Y, la consideran limitante, en cuanto genera una estigmatización excesiva y obstaculiza fines como el de la resocialización con restricción desproporcionada al ejercicio de la libertad de expresión. Finalmente, aclara que no pretende sugerir la despenalización de las conductas de injuria y calumnia consagradas en el Código Penal, sino propender por la pena de multa que, a diferencia de la de prisión, resulta pertinente, adecuada y compatible con los fines y principios de las sanciones penales.

53. El Centro de Estudios de la Libertad de Expresión y Acceso a la Información (CELE) de la Universidad de Palermo, en calidad de amicus curiae solicita declarar inexequibles las normas demandadas. En su concepto, refiere que la pena de prisión no supera el test tripartito. Lo anterior, en razón a que (i) no es legal, por cuanto no es clara ni precisa; (ii) no es necesaria, pues existen otras formas menos gravosas de imponer restricciones; y, (iii) no es proporcional, ya "que la pena privativa de la libertad resulta desmedida frente a expresiones e informaciones que puedan incentivar el debate público en una democracia consolidada".

54. La Fundación Wikimedia apoya la solicitud de la demanda, en el sentido de considerar que debe eliminarse la pena de prisión para los delitos de injuria y calumnia. En su criterio, esta pena puede "imponer efectos inhibidores a los proyectos alojados por la Fundación, como Wikipedia, así como para todos los proyectos en línea impulsados por personas usuarias que proporcionan acceso a la información". A su juicio, la pena de prisión genera autocensura en el ejercicio de la labor periodística y ello, debido a la incertidumbre o temor de ser privado de la libertad al compartir información que puede ser importante para la comunidad. Para ilustrarlo, aluden a (i) los efectos intimidatorios o chilling effect que tiene el riesgo de encarcelamiento a las personas voluntarias que editan Wikipedia u otras plataformas de colaboración abierta y distribuida, que en últimas compromete el acceso público al conocimiento; (ii) la desproporción de las penas de prisión para los delitos de injuria y calumnia, y el hecho de que estas puedan generar recortes a la libertad de expresión y el pluralismo en el discurso público; y (iii) la conveniencia de la despenalización de la información en línea con el movimiento internacional que promueve la protección de la libertad de expresión frente a la censura.

55. La Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado refiere que está a favor de declarar la inexequibilidad de las normas acusadas. En su concepto, ellas conllevan un grave estigma social y, sobre todo, no son acordes con la "humanización de la política criminal y penitenciaria". A su juicio, la pena de prisión "en nada ayuda a cumplir los fines disuasivos, sancionatorios y reparadores de estos tipos penales". Apunta que el acudir al derecho penal para sancionar la injuria y la calumnia envía un mensaje coercitivo a la sociedad y disuade el ejercicio de la libertad de expresión, contrariando el postulado de que el derecho penal corresponde a la última ratio. Por último, destaca que hay otras vías para "aclarar la situación" y para "establecer la reparación más adecuada para el daño generado", lo cual se puede lograr sin recurrir a la máxima demostración del poder punitivo del Estado. Sobre todo

cuando hay una gran cantidad de noticias criminales por estos delitos y muy pocas condenas, dado que existen posibilidades de desistir, conciliar, otorgar el principio de oportunidad, reparar integralmente, proponer la excepción de verdad, la retractación y un término corto de prescripción de la acción.

Intervenciones que solicitan declarar la exequibilidad de las normas demandadas

56. La Facultad de Ciencias Jurídicas de la Universidad Javeriana solicitó a la Corte declarar la exequibilidad de las normas acusadas. En su concepto, el legislador respetó los límites derivados de la Constitución y la jurisprudencia al consagrar la pena de prisión para los delitos de injuria y calumnia en el Código Penal.

57. Para el interviniente, debe tomarse en consideración que la modificación de una norma penal, es potestad del legislador, sobre todo, en punto de una posible despenalización, que en cualquier caso se encuentra reservada a aquel, por más que existan recomendaciones en tal sentido desde el derecho internacional como las que se mencionan en la demanda. Destaca que, el derecho al buen nombre y honra conllevan una protección multinivel donde otro tipo de mecanismos para su protección pueden resultar insuficientes.

58. De igual forma, señala que, la forma en que está diseñado el proceso penal da cuenta de que la violación alegada con la demanda no es tal, ni tiene posibilidad de presentarse, esto es, el presunto efecto intimidante o de censura previa, por cuanto, como es sabido, el proceso penal contempla la querella, el desistimiento e incluso la conciliación como requisito de procedibilidad.

59. Insiste en el amplio margen de configuración del Legislador en asuntos penales, el preámbulo de la Constitución frente a la facultad de decretar, sancionar y promulgar leyes, el artículo 114 de la Carta referido a la facultad de definir en materia penal la reforma y creación de delitos y el principio de reserva de ley como expresión soberana popular y principio democrático. Además, sostuvo que, la propia Corte Constitucional desde la Sentencia C-442 de 2011 precisó que dichas limitantes (tipificación de tales conductas y sus sanciones) no constituyen una “carga desproporcionada” por cuanto en todo caso asiste un “deber de cautela y cuidado” respecto del ejercicio de la actividad periodística y de todos los ciudadanos en general.

60. Destaca el interviniente que, si bien se determinó desde la Sentencia C-038 de 1995 que la discrecionalidad del legislador no es absoluta, pues debe respetar los derechos fundamentales, tampoco, la política criminal del Estado puede desconocer la dignidad como elemento fundante. Que para ello, en Sentencia C-070 de 1996 se establecieron límites explícitos e implícitos frente al margen de configuración y se dijo que “si hay conductas que atenten gravemente contra el bien jurídico no debería limitarse la sanción a una pena pecuniaria”.

61. Por último, señalan que el argumento de la demanda en el sentido de que la expresión “en prisión” conlleva un carácter intimidatorio, desconoce que esa característica “es una de las finalidades propias del derecho penal, en términos de prevención y no de intimidación, pues la tipificación de un delito y la imposición de una pena busca evitar la ocurrencia de

estas conductas reprochadas socialmente". Incluso, argumentó, que la eliminación de la pena de prisión para estas conductas configuraría precisamente un "defecto de punición".

62. El Semillero en Derecho Penal Económico de la Pontificia Universidad Javeriana, luego de reconocer que no se configura el fenómeno de la cosa juzgada constitucional, sostiene que conforme el test de proporcionalidad la medida en su concepto resulta adecuada y necesaria para la finalidad perseguida. Precisa que, en su concepto cumple con los criterios de idoneidad o adecuación de la medida, necesidad, y ella resulta proporcional a los beneficios que se persiguen. El análisis de la pena de prisión no puede hacerse aisladamente, sino que deben tenerse en cuenta los subrogados penales, como la suspensión de ejecución de la pena, contemplada en el artículo 63 del Código Penal, la libertad condicional, e incluso, la concesión de la prisión domiciliaria (art. 38B de la Ley 599 de 2000) como sustituto de la pena de prisión. En relación con lo anterior, se refiere al sistema de cuartos para la imposición de la pena, frente a un fallo en el que se declare la responsabilidad penal, para mostrar que en el delito de injuria "sería prácticamente imposible la imposición de una pena de prisión" y que en el delito de calumnia ello "sería altamente improbable". En vista de las anteriores circunstancias, advierte que la desproporción que señala la demanda no está demostrada.

63. Destaca, por otra parte que la retractación conlleva a la imposibilidad de imposición de la sanción, lo que en últimas sería un mecanismo auto compositivo de resolución del conflicto. Esta retractación, en virtud de lo previsto en el artículo 82 del Código Penal, constituye una causal de extinción de la acción penal. A su turno, recuerda la obligación de presentar querella como exigencia o requisito de procedibilidad conforme al numeral segundo del artículo 74 de la Ley 906 de 2004, quedando entonces la pena de prisión relegada a la categoría de última ratio resguardando así en todo momento el debido proceso. Por ello, concluye que lo que se ha calificado como efecto inhibitorio para la libertad de expresión se ve muy morigerado, al existir las antedichas variables, que hacen poco probable la imposición de una pena de prisión.

64. La Academia Colombiana de Jurisprudencia considera que en este caso se configura el fenómeno de la cosa juzgada constitucional, por cuanto el asunto ya se analizó en la Sentencia C-441 de 2011. Con todo, en el caso de que se decida estudiar de fondo el asunto, solicitó que se declare la exequibilidad de las normas demandadas. De una parte, destaca que en el derecho penal existe la reserva de ley, representada en el poder de configuración reservado al legislador para crear o modificar tipos penales. En su concepto, aquel respetó los límites explícitos e implícitos a los que deben corresponder dichas normas, pues aquellas tienden a la protección de bienes jurídicos fundamentales (buen nombre y honra) sin vulnerar ninguna norma constitucional. De otra, pone de presente que los argumentos de la demanda desconocen los fines de la pena, en particular lo relativo a la finalidad de prevención general y desinsentivar la comisión de este tipo de conductas, resultando tales medidas idóneas y necesarias. Así mismo, destaca que frente al quantum punitivo establecido en los artículos acusados (16 a 54 meses para el caso de la injuria) y (16 a 72 meses respecto de la calumnia), en momento alguno se presentan como desproporcionados, por cuanto, en efecto, conllevan a la aplicación de los subrogados penales. Y refiere que se trata de conductas querellables, que solo permiten para su configuración la modalidad dolosa, que admiten desistimiento e incluso, en cualquier evento, la misma codificación (Ley

599 de 2000) contempla la excepción de verdad conforme lo establecido en el artículo 224 del Código Penal y la posibilidad de retractación, artículo 225.

65. La Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad de Cartagena destaca que el buen nombre tiene protección constitucional (Sentencias T- 228 de 1994 y C-417 de 2009) y que, conforme lo decidió la Corte en la Sentencia C-442 de 2011, la tensión y su resolución entre estos derechos (buen nombre y honra) y (libertad de expresión), no implica que la protección o reconocimiento de aquellos se convierta en una "carga desproporcionada" para el ejercicio periodístico y la comunidad en general. Recuerda que, como se dice en la Sentencia C-222 de 2022, la información que se divulgue debe ser veraz e imparcial y que la opinión es diferente al derecho a informar, pues este último conlleva un deber y responsabilidad social, establecido en los estándares de imparcialidad y veracidad ampliamente reconocidos. A su vez, explica que la presunción en favor de la libertad de expresión se da cuando la autoridad pretende limitar la carga definitoria, argumentativa y probatoria. Refiere que en la ley existe un eximente de responsabilidad denominado (exceptio veritatis), con lo cual no puede hablarse de un exceso punitivo. Por último destaca que en esta materia la competencia constitucional la tiene el legislador y que, además, el propio PIDCP reconoce que la libertad de expresión puede tener límites, en razón de buen nombre y de la honra de las personas.

El Concepto de la Procuradora General de la Nación

66. La Procuradora General de la Nación solicita a la Corte declarar la exequibilidad de los apartes demandados. En primer término, indica que los artículos 1 y 4 de la Constitución consagran la cláusula del Estado Social de Derecho y el principio de Supremacía Constitucional. Sobre esta base sostiene que la vida en comunidad de los asociados se encuentra regida por un ordenamiento jurídico caracterizado por su "unidad" y "coherencia".

67. En segundo término recuerda que la Asamblea Nacional Constituyente de 1991 contempló las libertades de expresión y prensa en el artículo 20 de la Constitución, disponiendo que: "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." (Destacado fuera de texto). A su turno, señala que el artículo 73 ibidem, establece que la "actividad periodística gozará de protección para garantizar su libertad e independencia profesional". Las libertades de expresión y prensa son un eje integral para el desarrollo de la democracia, porque posibilitan la opinión pública libre, la participación en la conformación, gestión y control del poder político, y garantizan la pluralidad y tolerancia, que son las bases del Estado democrático.

68. En ese contexto, advierte que, con el propósito de proteger los derechos fundamentales a la honra y buen nombre, en los artículos 220 y 221 del Código Penal el Congreso de la República dispuso que será sancionado con pena de prisión: (i) "el que haga a otra personas imputaciones deshonrosas" (injuria); y (ii) "el que impute falsamente a otro una conducta típica" (calumnia). Reconoce que dichos tipos penales podrían llegar a coincidir con algunas manifestaciones de las libertades de expresión o prensa y, en ese sentido, sería razonable

sostener que se presentó una incoherencia en el ordenamiento jurídico en razón a que pareciera permitirse y a su vez prohibirse la misma conducta, lo cual, derivaría en la inhibición del ejercicio de las libertades de expresión y prensa ante el temor generado por la sanción penal (chilling effect).

69. En tercer lugar, considera que el análisis no puede hacerse sin considerar otros elementos relevantes, como la previsión legislativa de que no habrá lugar a responsabilidad cuando "se obra en legítimo ejercicio de un derecho" o "de una actividad lícita", lo que corresponde a las denominadas causales de justificación establecidas en el Código Penal. En este sentido, debe destacarse que no se consideran antijurídicas las imputaciones de conductas típicas o deshonrosas, cuando se realizan (i) en ejercicio de un derecho fundamental (como la presentación de denuncias públicas en uso de la libertad de expresión); o (ii) en desarrollo de una actividad lícita, por ejemplo, el periodismo, que además de la responsabilidad social, exige la veracidad e imparcialidad de la información que se divulga.

70. Por otra parte, en el artículo 224 del Código Penal se establece una causal de ausencia de responsabilidad penal directa, aplicable a los tipos penales en comento, soportada en lo que se ha llamado "el culto a la verdad y en el interés social de desenmascarar al deshonesto", denominado por la doctrina como "exceptio veritatis", que en últimas implica que no será responsable de las conductas mencionadas "quién probare la veracidad de las imputaciones", es decir, cuando se demuestre que la información transmitida cumple la carga de veracidad propia de la función periodística. Al respecto, precisa que la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia ha sostenido, de tiempo atrás, que "la prueba de la verdad de un hecho calumnioso desintegra el delito, precisamente porque en la calumnia es esencial la falsedad del hecho concreto imputado; y, en tratándose de la injuria, la exceptio veritatis excluye la ilicitud o antijuridicidad del acto y equivale, en consecuencia, a una causal de justificación".

71. En cuarto lugar, a partir de lo anterior, considera que resulta infundada cualquier prevención en el ejercicio de las referidas prerrogativas, por el temor a la sanción penal y, en caso de existir en el imaginario colectivo, la misma debe ser combatida a través de pedagogía constitucional, sin eliminar la posibilidad de proteger el buen nombre y la honra de las personas, por medio del derecho penal, en especial, a través de la pena privativa de la libertad que, por su naturaleza, genera una mayor cohesión que la multa. Sobre este punto, destaca que dicha Corte ha señalado que "la intensidad de la guerra verbal que en nuestro país se vive, 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 vía de la oblación, extinguir la punición sin consecuencias de ningún tipo en el ámbito de la prevención general y especial".

72. Por lo anterior, concluye que los reproches de los actores a las disposiciones atacadas se fundamentan en un examen aislado de la normativa vigente, pues los cuestionamientos se desvirtúan con la revisión sistemática del ordenamiento jurídico penal, que establece herramientas interpretativas para superar las posibles antinomias entre las normas que conforman el mismo y, a su vez, evitar el efecto inhibitorio que una indebida interpretación de los tipos criminales puede tener en el ejercicio de determinados derechos fundamentales.

II. CONSIDERACIONES

Competencia

73. En virtud de lo previsto en el artículo 241.4 de la Carta Política, esta Corte es competente para pronunciarse sobre la constitucionalidad de las normas demandadas, ya que ellas se encuentran enunciadas en artículos que hacen parte de una ley de la República.

74. La Sala debe destacar que en este proceso ninguna de las intervenciones ni la Procuradora General de la Nación cuestionaron la aptitud sustancial de la demanda. Al mismo tiempo, luego de estudiarla en la presente sentencia, no encuentra que haya en ella alguna falencia que haga necesario analizar, como cuestión previa, su aptitud. Lo que sí se ha discutido en este proceso, por los propios actores y por varios intervinientes, es lo relativo a la configuración del fenómeno de la cosa juzgada constitucional. Por ello este asunto será analizado como cuestión previa, pues de llegar a configurarse tal fenómeno, se deberá declarar estarse a lo resuelto en la Sentencia C-442 de 2011.

Cuestión previa: análisis sobre la configuración o no del fenómeno de la cosa juzgada constitucional

75. Conforme a lo dispuesto en el artículo 243 de la Constitución, los fallos que profiere esta Corte, en ejercicio del control abstracto de constitucionalidad, hacen tránsito a cosa juzgada constitucional. Esto obedece al carácter vinculante, inmutable y definitivo que tienen sus sentencias. Ello propende por garantizar la estabilidad de sus decisiones judiciales, la certeza respecto de sus efectos y la seguridad jurídica.

76. Lo anterior conlleva, por regla general, la imposibilidad de que la Corporación vuelva a conocer y decidir sobre un asunto previamente resuelto en una sentencia de mérito. No obstante, en algunos casos y bajo ciertas condiciones, es viable que, excepcionalmente, respecto de una misma norma se lleve a cabo el juicio de constitucionalidad y se emita un nuevo pronunciamiento de fondo.

77. Los supuestos que corresponden a la cosa juzgada relativa son: 1) cuando los cargos de inconstitucionalidad planteados en la nueva demanda se fundan en razones que no fueron estudiadas ni tenidas en cuenta en la decisión previa; 2) cuando en el primer juicio el análisis sobre la constitucionalidad de la norma acusada no se realizó respecto de la integridad de la Carta, sino únicamente en relación con algunas de las normas superiores que la integran; y 3) cuando la identidad del texto normativo haya sufrido alguna variación relevante.

78. Esta Corte ha explicado que la constitucionalidad de una norma puede ser nuevamente estudiada, de manera excepcional, en los siguientes casos: (i) por modificación del parámetro de control, es decir, cuando cambian las normas que constituyeron el referente para juzgar la constitucionalidad de la disposición nuevamente acusada; (ii) por cambio en el significado material de la Constitución, esto es, cuando la realidad social, económica o política del país transforma los presupuestos que sirvieron de sustento para declarar la constitucionalidad de la norma, lo que permite que se adelante un nuevo estudio a la luz de las nuevas realidades, entendiendo la Constitución como una norma viva; y (iii) por variación del contexto normativo del objeto de control, que se presenta cuando la disposición

previamente examinada se integra a un nuevo contexto normativo, o cuando el sistema normativo en que se inscribe ha sido objeto de modificaciones.

79. Dichas circunstancias han llevado a que, a través de su jurisprudencia, esta Corporación haya delimitado el alcance de sus decisiones, a partir de la identificación de varias categorías de la cosa juzgada constitucional, ya sea en razón del objeto de control o, en atención al cargo de constitucionalidad y la forma en que este haya sido valorado en el problema jurídico resuelto.

80. En razón del objeto de control, la cosa juzgada puede ser: 1) formal, que se presenta cuando el control se ejerce sobre una norma cuya constitucionalidad fue estudiada en una sentencia previa; o 2) material, cuando la norma demandada es equivalente a una contenida en un texto normativo distinto, pero que fue analizada en una decisión anterior. Se trata de disposiciones normativas disímiles, pero que producen el mismo efecto por contener una misma regla.

81. En razón del cargo de constitucionalidad, la cosa juzgada puede ser absoluta o relativa. Es absoluta cuando el examen de constitucionalidad, realizado en la primera sentencia, se hizo frente a la totalidad de las normas que integran la Constitución, siendo imposible adelantar un nuevo estudio. En cambio, es relativa, cuando el juicio de validez constitucional se lleva a cabo a partir de unos cargos específicos, de manera que es viable ejercer sobre la misma norma un nuevo control, siempre que la acusación sea distinta a la ya resuelta. Esta tipología, a su vez, puede ser explícita, si en la parte resolutiva de la sentencia se indica expresamente que la decisión adoptada es únicamente respecto de unos cargos; mientras que será implícita, si a falta de esa manifestación expresa, en la parte considerativa se advierte que el estudio se limitó a unos reproches de inconstitucionalidad determinados.

82. De otra parte, la Sala ha identificado asuntos en los que en la parte resolutiva de una providencia se declara la constitucionalidad o la exequibilidad de una norma, sin que en la parte motiva se hubiere efectuado un verdadero análisis acerca de su compatibilidad con el texto superior. A este fenómeno se le ha denominado cosa juzgada constitucional aparente.

83. Adicionalmente, esta Corporación ha precisado que, a efectos de identificar la configuración del fenómeno de la cosa juzgada constitucional, debe verificarse la concurrencia de tres condiciones: 1) la norma nuevamente acusada debe guardar identidad con el contenido normativo consignado en la disposición jurídica que fue objeto de examen en la decisión previa; 2) el reproche de inconstitucionalidad formulado en la nueva demanda debe ser materialmente similar al propuesto y estudiado con anterioridad por la Corte; y 3) el parámetro normativo de validez constitucional debe ser el mismo. Quiere esto significar que se debe estar ante la ausencia de un cambio de contexto de valoración o de nuevas razones significativas que excepcionalmente hicieren procedente el nuevo estudio propuesto.

84. Los efectos de la cosa juzgada constitucional varían dependiendo de la decisión que se haya adoptado en el pronunciamiento anterior. Así, si lo que se decidió fue declarar la inexequibilidad de una norma, lo que procede es rechazar la demanda, por ausencia de objeto de control o, emitir un pronunciamiento en el que se disponga estarse a lo resuelto en la decisión anterior, en tanto la declaratoria de inexequibilidad tiene como consecuencia ineludible que la norma sea retirada del ordenamiento jurídico. Sin embargo, si a la decisión

de inexequibilidad se arribó tras encontrarse que durante el trámite de aprobación de la ley se incurrió en un vicio de carácter formal, deberá constatarse si la norma fue reproducida, pues en ese evento será viable el nuevo pronunciamiento desde el punto de vista material.

85. Por otra parte, si lo decidido fue la exequibilidad de la norma, se deberá determinar el alcance de la decisión previa, con el fin de establecer si el asunto planteado aún no ha sido resuelto y si es viable emitir un nuevo pronunciamiento de fondo, o si, por el contrario, se trata de un asunto que ya fue agotado, pues en este caso la decisión habrá de ser la de estarse a lo resuelto en el fallo anterior.

86. Por último, cuando la decisión es la de exequibilidad condicionada, esta Corte ha establecido que los efectos de la cosa juzgada dependen del tipo de condicionamiento adoptado. Así, si se trata de una sentencia interpretativa, la interpretación excluida del ordenamiento jurídico no puede ser objeto de reproducción o aplicación en otro acto jurídico; mientras que si la sentencia es aditiva, la consecuencia es que no es permitido reproducir la disposición condicionada omitiendo incluir el o los elementos que la Corte ha juzgado necesario adicionar para hacerla compatible con el ordenamiento superior.

88. Con fundamento en lo anterior, la Sala considera que en el asunto sub judice no se ha configurado el fenómeno de la cosa juzgada constitucional. Como se ha detacado en este proceso, la Corte ya se había pronunciado en la Sentencia C-442 de 2011 sobre la constitucionalidad de las normas enunciadas, entre otros artículos, en el 220 y 221 de la Ley 599 de 2000. En tal oportunidad, la acusación se fundaba en los artículos 20, 29 y 93 de la Constitución y 9 y 13 de la CADH, y cuestionaba que dichos tipos penales desconocían el principio de estricta legalidad en materia penal, por tipificar las conductas punibles de manera vaga e imprecisa. En la presente oportunidad, si bien se usan algunos de los referidos parámetros: las normas previstas en los artículos 20 de la Constitución y 13 de la CADH, dentro de las normas que se consideran infringidas hay otras que no fueron planteadas en la anterior demanda, tal es el caso de las previstas en los artículos 73 de la Constitución y 19 del PIDCP. Hay también normas que se usaron como parámetros en el caso anterior, que no se señalan en este, como ocurre con el artículo 29 de la Constitución y 9 de la CADH. Para el análisis del parámetro empleado, no puede perderse de vista que la decisión de la Sentencia C-442 de 2011, de declarar la exequibilidad de las normas demandadas, se tomó “por los cargos examinados en la presente decisión”.

89. Además de lo ya dicho sobre las normas que se señalan como infringidas, valga decir, de lo que cada demanda propone como parámetro de juzgamiento, debe destacarse que en la demanda ya juzgada se cuestiona, de manera principal, la descripción de la conducta típica, es decir, el supuesto de hecho de la norma penal, mientras que en la actual demanda lo que se cuestiona es, por el contrario, una de las consecuencias jurídicas previstas para tal supuesto, como es la pena de prisión.

90. Y, en cuanto al cargo planteado en la acusación, en el caso ya juzgado este consiste en que tales normas, al describir las conductas punibles, lo hacían de manera vaga e imprecisa, lo que desconocía el principio de estricta legalidad, mientras que en la presente demanda lo que se cuestiona es exclusivamente la pena de prisión, porque se considera que ella tiene el efecto de inhibir el ejercicio de la libertad de expresión y porque resulta desproporcionada en

términos constitucionales, particularmente cuando se trata de la actividad periodística.

91. Al resolver el problema jurídico planteado en la Sentencia C-442 de 2011, la Sala analizó la cuestión de la compatibilidad de las normas demandadas con el principio constitucional de estricta legalidad. Este análisis concluyó que tales preceptos, a la luz de la interpretación que de ellos ha hecho esta Corte y la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia, al circunscribir de manera adecuada la descripción de la conducta típica, "impide que los jueces interpreten de manera subjetiva y arbitraria las conductas penalmente reprochadas".

92. En el análisis que se hizo en tal sentencia, se destacó la idoneidad y necesidad de la tipificación penal de tales conductas, para la protección del buen nombre y la honra, y se concluyó que era idónea porque a partir de los efectos disuasorios de la amenaza de sanción penal, se previene la comisión de conductas que puedan lesionar los bienes jurídicos del buen nombre y la honra. Incluso, frente al requisito de necesidad, la Corte consideró que la protección del buen nombre y la honra a través de los tipos penales "está expresamente autorizada por tratados internacionales de derechos humanos tales como la CADH y el PIDCP"; así como que, en virtud de la protección multinivel de tales bienes jurídicos, los tipos penales de injuria y calumnia sólo se aplicarían en los supuestos de vulneraciones especialmente graves.

93. En suma, la Sentencia C-442 de 2011 se refirió a la tipificación penal de las conductas de injuria y calumnia, es decir, se ocupó de lo que en palabras de uno de los intervinientes en este asunto se considera como la "norma de conducta"; mientras que, lo que pretenden la acusación sub examine es que se analice la constitucionalidad de la pena de prisión como "forma de reacción" frente a esas conductas.

94. En el presente caso, como lo indican los actores y varios intervinientes, no se cuestiona el que la injuria y la calumnia sean delitos, sino que a quienes los cometen se les pueda imponer la pena de prisión. De hecho se acepta de manera expresa que tales conductas sigan siendo punibles y que a ellas se les apliquen las demás penas previstas en la ley. Este matiz es muy importante, porque una cosa es cuestionar la tipificación como delitos de ciertas conductas o la forma de hacer esta tipificación y otra, diferente, es cuestionar que para ellos se prevéa la pena de prisión.

95. Al no configurarse el fenómeno de la cosa juzgada constitucional, corresponde a la Sala analizar de fondo la constitucionalidad de las normas demandadas.

Planteamiento del problema jurídico, esquema de decisión y solución

96. En esta ocasión, la Corte deberá resolver si las normas que prevén la pena de prisión para los delitos de injuria y calumnia, previstas en los artículos 220 y 221 del Código Penal, son compatibles con lo previsto en el preámbulo y en los artículos 20 y 73 de la Constitución y 13 de la CADH y 19 del PIDCP.

97. Para resolver dicho problema jurídico, la Sala 1) precisará el alcance de la demanda y la decisión a adoptar; y, 2) abordará la caracterización de los tipos penales de injuria calumnia como delitos contra el honor. Para tal fin, atenderá al precedente contenido en la Sentencia C-442 de 2011. A su vez, hará mención sobre 3) el poder de configuración normativa del

legislador para la crear y/o modificar tipos penales y la reserva especial que le asiste frente a esas materias. Posteriormente, con fundamento en los anteriores elementos de juicio, para resolver el problema jurídico planteado 4) analizará el efecto inhibitorio o chilling effect, el abuso del derecho o ejercicio ilegítimo del derecho a denunciar y 5) la existencia de mecanismos establecidos en la legislación penal, el principio de proporcionalidad y los fines de pena. A su turno, se estudiará si 6) otras medidas, distintas a la pena de prisión establecida para la comisión de estos delitos resultan adecuadas y suficientes y, por último, 7) se aludirá al carácter vinculante de decisiones de organismos internacionales, su prevalencia en el orden interno y su incidencia como parámetro del control de constitucionalidad.

El alcance de la demanda y la decisión a adoptar

99. En vista de dichas circunstancias la Sala no puede perder de vista que en este caso no se está frente a una pena que sólo pueda llegar a aplicarse a periodistas, sino de una sanción que puede imponerse a cualquier persona que realice la conducta descrita en los tipos penales de injuria y de calumnia. Por tanto, la aproximación que hace la demanda al asunto, cuya aptitud sustancial no se pone en duda, es parcial, en tanto desdeña el ejercicio de la libertad de expresión por parte de otras personas, que incluso pudieran llegar a injuriar o a calumniar a los periodistas y a los medios de comunicación.

100. Por ello, se considera importante precisar que las normas demandadas buscan proteger el bien jurídico del honor de todas las personas, pues los tipos penales no tienen ni un sujeto activo ni un sujeto pasivo cualificado. De la circunstancia de que los periodistas pueden verse relacionados con tales tipos penales, no se sigue, ni se puede seguir, que se esté ante normas penales especialmente diseñadas para afectar o menoscabar la libertad de expresión de los periodistas o la libertad de prensa.

101. En los tiempos actuales, en los que se aprecia un considerable desarrollo de la tecnología y, en particular, de las denominadas redes sociales, cualquier persona, sea o no periodista o ejerza o no esta actividad, tiene a su alcance los medios suficientes para ejercer la libertad de expresión ante amplios auditorios, lo que antes estaba reservado sólo a quienes podían acceder a los medios masivos de comunicación. Dichas personas, por medio de tales instrumentos, suelen realizar afirmaciones que podrían enmarcarse en los tipos de injuria y calumnia, tanto en el marco de asuntos de interés público como en cualquier ámbito de la vida cotidiana. Esto, desde luego, debe considerarse al momento de analizar la constitucionalidad de las normas demandadas.

102. De otra parte, tampoco se puede simplificar las cosas al punto de considerar que los tipos penales sólo protegen los derechos de sujetos de figuración pública, como políticos, funcionarios u otros, sino que, en realidad, protegen los derechos de ellos y de cualquier otra persona, cuyo buen nombre y honra puede llegar a ser afectado por lo que los demás dicen en el marco de lo que se ha tipificado como injuria o como calumnia.

103. La Sala destaca que los elementos empleados en la redacción de los dos tipos penales: “el que”, como sujeto activo indeterminado y “haga a otro” como sujeto pasivo, no se pueden comprender como preceptos que están destinados exclusivamente a los periodistas y a las personas que son sujetos de figuración o de interés público. En este sentido, conviene

recordar que la honra de las personas, más allá de su actividad, reconocimiento o interés público, es uno de los bienes protegidos por la propia Constitución, como se deja en claro en su artículo 2, al definir los fines esenciales del Estado, en los siguientes términos:

"…Servir a la comunidad, promover la prosperidad general y garantizar la efectividad de los principios, derechos y deberes consagrados en la Constitución; facilitar la participación de todos en las decisiones que los afectan y en la vida económica, política, administrativa y cultural de la Nación; defender la independencia nacional, mantener la integridad territorial, y asegurar la convivencia pacífica y la vigencia de un orden justo. Las autoridades de la República están instituidas para proteger a todas las personas residentes en Colombia, en su vida, honra, bienes, creencias y demás derechos y libertades, y para asegurar el cumplimiento de los deberes sociales del Estado y de los particulares." (Destacado fuera de texto).

Caracterización de los tipos penales de injuria y calumnia como delitos contra el honor. Sentencia C-442 de 2011. Reiteración de Jurisprudencia

104. Los tipos penales de injuria y calumnia fueron tipificados como delito por el legislador, a fin de proteger el bien jurídico de la integridad moral. Bien jurídico que, a su turno, se compone de los derechos fundamentales al buen nombre y honra, reconocidos en los artículos 15 y 21 de la Constitución; 11 de la CADH; y 17 del PIDCP. Esta Corporación ha precisado que la honra y el buen nombre constituyen derechos fundamentales, protegidos tanto en sede de tutela como a través de las instancias civiles y penales. Así, ha dicho que el buen nombre se refiere a la reputación de la persona; mientras que la honra hace alusión al respeto que la persona merece por su propia condición de tal. Con todo, la jurisprudencia no ha distinguido de manera absoluta ambos conceptos.

105. En la Sentencia C-489 de 2002, al estudiar los aspectos normativos de los tipos penales de injuria y calumnia, se acogió la distinción entre reputación y respeto, para vincular el buen nombre al primero y la honra al segundo. Con ello, indicó que el buen nombre se refiere a la apreciación que se otorga a la persona por asuntos relacionales, mientras que la honra alude más a la apreciación de la sociedad hacia una persona, a partir de su propia personalidad y comportamientos privados directamente ligados con ella.

106. A su turno, tambien se precisó que, tratándose de la honra, su relación con la dignidad humana es estrecha, en cuanto 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). Por su parte, el buen nombre, 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 colectivo".

107. Desde la sentencia en comento, se 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 difunden sin fundamento y que distorsionan el concepto público que se tiene del individuo." Lo que implica que la afectación del buen nombre se origina por emitir información falsa y errónea y que, a consecuencia de ello, se genera la distorsión del concepto público.

108. 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 sí misma. No es necesario en este caso que la información sea falsa o errónea, sino que se cuestiona la plausibilidad de la opinión sobre la persona. En tal sentido, en la Sentencia T-213 de 2004 se sostuvo que:

"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 sí misma".

109. Tales planteamientos, que ahora reitera la Sala, guardan relación con la protección de estos derechos por la vía del proceso penal. Tal y como se sostuvo desde la Sentencia C- 442 de 2011, "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 un animus injuriandi para que se considere que la conducta se adecua al tipo penal descrito en el artículo 220 del Código Penal". Así, la valoración de la existencia de dicho ánimo debe partir de las consideraciones expuestas. Esto es, 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, mientras que en relación con la honra, puede abarcar situaciones más amplias.

110. Se tiene entonces que, los tipos penales de injuria y calumnia son medidas de protección penal de los derechos fundamentales a la honra y el buen nombre. Derechos fundamentales que han sido reconocidos en diversas disposiciones constitucionales y tratados internacionales de derechos humanos ratificados por Colombia. En igual sentido, para la jurisprudencia constitucional, al estar ligados al respeto de la dignidad humana, tales derechos fundamentales son objeto de particular protección. El derecho a la honra, entendida esta como la estimación o deferencia con la que esta 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 para no menoscabar el valor intrínseco de los individuos frente a la sociedad y frente a sí mismos, y garantizar así la adecuada consideración y valoración de las personas dentro de la colectividad.

111. En la Sentencia C-417 de 2009, al sintetizar la evolución histórica de estos tipos penales, señaló que las conductas típicas de injuria y 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 sean considerados semejantes, como lo son el derecho a la honra, a la fama y a la tranquilidad de los particulares, tal y cómo sucedía en los Códigos Penales de 1837 y 1890.

112. Ahora bien, es importante traer a colación de aquel recuento histórico lo discutido en su

momento para la tipificación de estas conductas, en los trabajos preparatorios y debates surtidos con ocasión de la expedición del Código Penal de 1936, en los que se puso de presente 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 denuncio 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 penales".

113. Continuando con el ejercicio de caracterización, la jurisprudencia de esta Corte da cuenta de que el Código Penal de 1980 agrupó, en un capítulo único, los delitos de injuria y calumnia e incluyó la eximente de responsabilidad por prueba de la verdad, así como sus excepciones. En tal sentido, la jurisprudencia también abordó la forma en que se hizo la redacción del Código Penal vigente (Ley 599 de 2000), destacando incluso que en los debates que precedieron a la expedición del actual Código Penal, una vez reconocido el clamor acerca de la posibilidad de descriminalizar estas conductas, se adujo que estas posturas eran "apartadas del contexto constitucional que califica la honra como derecho fundamental y objeto de especial garantía a la persona por parte del Estado".

114. Incluso, en el precedente al que se alude, contenido en la Sentencia C-442 de 2011, se destaca la forma en que la Corte consignó y recalcó dentro de sus argumentos lo relativo al debate legislativo suscitado en la discusión para aprobación de la expedición del actual Código Penal (Ley 599 de 2000), precisamente frente a las disposiciones sub examine: injuria y calumnia, como tipos penales. En este recuento, respecto de la pena de prisión se justificó su permanencia 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 oblación, 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".

115. La finalidad perseguida al tipificar los delitos de injuria y calumnia es, precisamente,

proteger el derecho fundamental a la honra, quedando la posibilidad de despenalización desechada, debido a la importancia de los bienes jurídicos tutelados. Y, recuerda la Sala que, a pesar de que desde la demanda se advierte que no pretende la despenalización de los tipos penales, con todo, algunas intervenciones aludieron a esta posibilidad y la convivencia de que ello se diera. No se puede pasar por alto que el suprimir la pena de prisión respecto de un tipo penal, puede leerse, como lo hacen los referidos intervinientes, como una forma de descriminalizar una conducta, como paso previo a la desaparición del tipo penal.

116. Como se precisó en el referido precedente, "no es razón suficiente para declarar la inconstitucionalidad de los tipos de injuria y calumnia", el hecho de que la denuncia fuera algunas veces utilizada como mecanismo para restringir la libertad de expresión, teniendo en cuenta la escasa cantidad de condenas penales en la materia, por lo que, "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 en el ejercicio de estas libertades puede tener en la dignidad la honra y reputación de las personas".

117. En síntesis, los tipos penales de injuria y calumnia persiguen una finalidad legítima desde la perspectiva constitucional. Respecto de ellos, le corresponde al legislador, dentro de su margen de configuración normativa, establecer medidas de distinta índole para la protección de derechos fundamentales y de bienes constitucionalmente relevantes.

El poder de configuración normativa del legislador para crear y/o modificar tipos penales y la reserva especial que le asiste en estas materias

118. Procede la Sala a abordar, de manera suscinta, los conceptos de principio de legalidad, reserva de ley y potestad de configuración normativa del Estado, por cuanto, como es sabido y se reitera en esta sentencia, el legislador cuenta con un amplio margen de acción en esta materia, siempre y cuando respete los límites mínimos establecidos por la Constitución y decantados por la jurisprudencia.

119. Al respecto, se debe advertir que, desde el preámbulo, la Constitución establece un fundamento claro respecto al principio de legalidad. No es casual que se reconozca, en el artículo 114 superior, que corresponde al Congreso de la República la labor de reformar la Constitución y hacer las leyes. En ejercicio de esta competencia, el Congreso debe definir "de manera precisa y clara" el acto, el hecho y/o la omisión que constituye el delito, la pena a imponer por la interacción realizada, el sujeto activo y pasivo, el procedimiento, la autoridad que debe adelantar el proceso, quién debe emitir sentencia, qué recursos proceden y ante qué autoridades, entre otros elementos normativos.

120. Ahora bien, en consonancia con lo anterior, el principio de reserva de ley reviste importancia, pues en un Estado Social y Democrático de Derecho, como el nuestro, "el único facultado para producir normas de carácter penal es el legislador, pues además de ser esa su función natural en desarrollo del principio de división de poderes, en él se radica la representación popular, la cual es esencial en la elaboración de todas las leyes, pero muy

especialmente en las de carácter penal”.

121. Siendo ello así, tal principio, el de reserva de ley, actúa como expresión de la soberanía popular y desarrollo del principio democrático. En tal sentido al Congreso de la República, como órgano de representación popular, se le atribuye la definición de las conductas punibles y sus sanciones, lo que en últimas será el resultado de un debate democrático amplio, como lo ha reconocido esta Corte de tiempo atrás.

122. En consonancia con lo anterior, al referirse al principio de reserva de ley, la Sentencia C-442 de 2011 precisó que:

“… 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 político. (…)

“…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”.

123. En dicha sentencia, al analizar la potestad de configuración legislativa del Estado en materia penal se concluyó que era necesario realizar una valoración social para definir “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 debe aplicarse”.

124. En este análisis, se determinó que existen dos extremos a tener en cuenta para definir qué bienes jurídicos merecen ser protegidos por el derecho penal. El primero, frente a aquellos escenarios en los que por la naturaleza del bien o la gravedad de la lesión, deben ser protegidos necesariamente a través del derecho penal. Por otro lado, existen conductas que quedan excluidas debido al escaso significado que tienen esos bienes jurídicos afectados. Con lo cual, salvo esos extremos y los límites que se impone al legislador en materia penal por el ordenamiento constitucional, se concluye que aquél cuenta con un margen de configuración legislativa considerable para determinar “qué bienes jurídicos son susceptibles de protección penal, las conductas que deben ser objeto de sanción, las modalidades y la cuantía de la pena”.

125. Precisamente, respecto de esos límites, esta Corte ha considerado 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 puniendi 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”.

126. A su turno, también se ha sostenido que “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”.

127. En igual sentido, en la Sentencia C-070 de 1996 se indicó que los límites pueden ser tanto explícitos e implícitos, dando como ejemplo que al legislador le está vedado por voluntad expresa del Constituyente “establecer la pena 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). (…) 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”.

128. De ahí que en la sentencia en comento, se precise que: “…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”.

129. La Constitución establece límites precisos al momento de fijar, por parte del legislador, las penas a los delitos. Este último debe respetar siempre los derechos fundamentales, observar una estricta legalidad y obrar conforme a los principios de proporcionalidad y razonabilidad. Siempre que estos límites se respeten, el Congreso puede ejercer su amplio margen de configuración normativa, teniendo presente que el derecho penal se enmarca en el principio de intervención mínima, en virtud del cual, el Estado, en ejercicio de su potestad punitiva y sancionatoria, debe operar sólo cuando todas las demás alternativas de control social fallan. Por ello, dentro del espectro de sanciones que tiene el Estado para imponer, debe acudir como última opción a la penalización del comportamiento y, en tal sentido, sólo aplicar la pena más drástica para reprimir aquellas conductas que afecten gravemente los intereses sociales.

Solución al problema jurídico planteado

El efecto inhibitorio o chilling effect, el abuso del derecho o ejercicio ilegítimo del derecho a denunciar

130. La demanda y algunos de los intervinientes sostienen que las penas de prisión sub examine hacen que manifestaciones legítimas de la libertad de expresión, como la crítica política, los discursos disidentes, ejercicios periodísticos o pronunciamientos de colectivos de protección de derechos humanos, se vean expuestos a que se les persiga con la amenaza de sufrir la privación de la libertad. A su juicio, de este modo el derecho penal se usa como un instrumento para prevenir la difusión de “expresiones que aunque exóticas, inusuales e incluso ofensivas en principio”, forman parte del ámbito protegido del derecho a la libre

expresión. Así mismo, indican que, quienes enfrentan esta amenaza, sufren la estigmatización y el desaliento de someterse a un proceso penal.

131. Señalan, además que, la pena de prisión desincentiva el libre flujo de ideas y opiniones que deben ser expresadas como ejercicio legítimo de la libertad de expresión, produciendo lo que en doctrina comparada se ha denominado un "chilling effect" o efecto paralizador, que en últimas significa que las personas se limitan en sus expresiones, porque conocen que la injuria y la calumnia son delitos que pueden llevar a la persona a la cárcel.

132. Ese "efecto paralizador", destacan, es una forma de autocensura, que si bien reconocen no puede cuantificarse, resta valor a la dinámica democrática. Indican, a su turno, que sin la posibilidad de conocer la opinión de los otros, se pierde la invaluable oportunidad de conocer diversos aspectos de la realidad. En apoyo a tal postura, refieren que esta Corte ha advertido que la denuncia se ha convertido en arma litigiosa, para suprimir la libertad de expresión, especialmente cuando "se activan los escenarios judiciales buscando evitar que se hable de asuntos de interés público, invirtiendo en ello importantes recursos económicos para contratar los servicios de abogados y sufragar los costos de los múltiples litigios".

133. Califican este fenómeno como "acoso judicial", en cuanto implica generalmente "un desequilibrio de poder entre las partes y [que] quien acude a la justicia pretende que su contraparte sea condenada a asuntos desproporcionados o imposibles de cumplir; siendo posible concluir que la persona está abusando de su derecho y usando el acceso a la justicia como un mecanismo de acoso y no de búsqueda de la materialización de sus derechos".

134. En este contexto, se sostiene que el abuso del derecho a denunciar una conducta que se estima injuriosa o calumniosa tiene "un efecto silenciador que se concreta en la advertencia o aviso a los periodistas y ciudadanos de abstenerse de expresar sus ideas o comunicar sobre determinados temas, pues de no hacerlo tendrían que enfrentar las cargas de este tipo de litigios". Señalan que ese acoso judicial, junto con mecanismos directos de censura, puede llevar a que la libertad de expresión desaparezca y que, como es razonable pensarlo, agrava o impacta en mayor forma a quienes hacen de la libertad de expresión su oficio, esto es, los periodistas.

135. Con todo, cómo se dijo en la precisión inicial de estas consideraciones, la Sala encuentra que la demanda y algunos de los intervinientes fundamentan la inconstitucionalidad de los apartes demandados en razón a lo que para ellos sería "el acoso judicial contra los periodistas", fenómeno que, con soporte en datos estadísticos, manifiestan "se ha incrementado con el pasar de los años y con las transformaciones que ha tenido la censura en el país".

136. La autocensura, en el caso del periodismo afecta de manera especial la democracia, pues éste es el escenario para expresar y difundir, merced a su efecto multiplicador, los elementos de juicio necesarios para formar una conciencia común, lúcida y múltiple, es decir, a una conciencia democrática. Reiteran que, el periodismo, además de informar debería ahondar en la valoración de la realidad según la propia conciencia periodística. Y que, la pérdida de la libertad de expresión en dicha actividad "es una tragedia colectiva porque el silencio de los medios de comunicación es terreno fértil para el florecimiento de los regímenes autoritarios, para el ocultamiento de los delincuentes y la invisibilidad de los

corruptos”. Esto se considera especialmente delicado en ambientes como el nacional, que ha sido considerado como uno de los lugares más peligrosos del mundo para el ejercicio del periodismo.

137. Al respecto, es cierto que la Corporación ha asumido una postura de análisis constante entre la tensión de estos derechos. A su turno, que en varios pronunciamientos ha reconocido la existencia de ejercicios arbitrarios de derecho a denunciar con un efecto sofocante, intimidatorio e inhibidor, pero ello no significa en momento alguno, que la Corte considere que los tipos penales de injuria y calumnia, que por demás declaró exequibles desde el año 2011, constituyen un tipo de censura o mecanismo arbitrario de litigio.

138. Frente al fenómeno inhibitorio, la Sala debe destacar que la libertad de expresión está reconocida y protegida por la Constitución que, además, prevé una protección para la actividad periodística, con el fin de garantizar su libertad e independencia. Pero, también debe destacar que el buen nombre y la honra son derechos fundamentales, también reconocidos y protegidos por la Constitución. Esta tensión, desde luego, no llega a producirse, cuando la libertad de expresión se desarrolla sin llegar a los límites descritos en los tipos penales de injuria y calumnia. Esta moderación en el discurso, que es un presupuesto del diálogo civilizado y respetuoso, no puede llevarse, en modo alguno, al discurso del fenómeno inhibitorio, pues no se enmarca en tales tipos penales.

139. Para llegar a hablar del fenómeno inhibitorio, el presupuesto empírico es el de que la expresión vaya más allá de un discurso moderado, sea por medio de descalificaciones al buen nombre o sea por medio de la atribución a una persona o a varias de conductas delictivas. En estos eventos, que ciertamente pueden lindar los confines de los tipos penales en comento, se sostiene que la existencia de la pena de prisión genera un fenómeno inhibitorio. Con todo, del argumento planteado en la acusación se sigue, de manera inexorable, que no debe haber pena de prisión en ningún caso, incluso si la expresión es efectivamente injuriosa o calumniosa, evento en el cual, si bien se acepta que la conducta siga siendo un delito, se considera que la pena debe ser otra, en particular la de una multa.

140. Por lo tanto, lo que debe decidir la Sala va más allá de lo relativo a esas situaciones límite, para incluir lo atinente a conductas que sean, en rigor, constitutivas del delito de injuria o de calumnia, a las cuales, en todo caso, conforme a la acusación, no podría imponerse la pena de prisión. Sin que se llegue al extremo de plantear una libertad absoluta de expresión, como se hizo en alguna de nuestras constituciones decimonónicas, el argumento del fenómeno inhibidor conduce, sin considerar las circunstancias propias de cada caso concreto, a la misma conclusión: la de que ninguna de las expresiones, ni siquiera las que constituyan delito de injuria o de calumnia, pueden ser sancionadas con la pena de prisión.

141. Para un adecuado análisis de la cuestión sub judice, la Sala considera que es necesario analizar las normas demandadas de modo sistemático. En rigor, no se puede afirmar que en todos los casos una conducta, incluso cuando ella se enmarca en los referidos tipos penales, es sancionada con la pena de prisión. Entre su comisión y su sanción por la justicia existen múltiples variables y escenarios, que deben ser también considerados. Esta pena no opera de manera mecánica o automática, sino que tiene una serie de elementos previos, que

deben constatarse y, además, tiene una serie de alternativas procesales que permiten no llegar a su imposición, como se mostrará más adelante.

142. De momento, frente al argumento del fenómeno inhibidor, originado en el abuso propiciado por la denuncia, la Sala debe destacar, con el mayor énfasis, que esta última conducta no es inane, sino que se encuentra prevista y penalizada por la ley. En efecto, el ejercicio arbitrario y abusivo de la denuncia es un delito, que debe investigarse y sancionarse, sea que su víctima sea una persona que ejerza su libertad de expresión en el contexto de la actividad periodística o fuera de él.

143. El delito de falsa denuncia, a diferencia de los delitos de injuria y de calumnia, no es excarcelable. De ahí que, si se mira el asunto por el aspecto de los riesgos, podría ser más delicada la situación de quien presenta denuncias abusivas frente a la de quien es denunciado por la posible comisión de los delitos de injuria y calumnia.

144. El que una persona pueda ser llevada a la justicia para responder por su conducta, en este caso por sus expresiones, que se consideran injuriosas o calumniosas, no es, como ya lo dejó en claro la Sala en la Sentencia C-442 de 2011, una carga desproporcionada.

145. Quien se expresa puede ser víctima de una denuncia abusiva, como se indica en el fenómeno inhibitorio, pero no debe perderse de vista que quien es afectado en su buen nombre o en su honra también puede ser víctima de una injuria o de una calumnia. En ambos supuestos hay víctimas; en los dos están de por medio derechos fundamentales reconocidos y protegidos por la Constitución; y en uno y otro, debe haber consecuencias. La Sala no puede ignorar a ninguna de las víctimas, ni llevarlas a la situación de que la afectación de sus derechos no se investigue, juzgue y, si es del caso, se castigue. La impunidad no es una alternativa aceptable en términos constitucionales, pues lesiona los derechos de las víctimas a la verdad, a la justicia, a la reparación y a la garantía de no repetición.

146. En vista de las anteriores circunstancias, la Sala precisa que el argumento del efecto intimidante no puede analizarse in genere ni a partir de una lectura aislada de las normas demandadas, sino que debe considerarse a partir de las circunstancias relevantes, de manera sistemática. Es en este tipo de análisis en el que debe juzgarse si la pena de prisión resulta o no ser desproporcionada, al punto de vulnerar las normas constitucionales que se señalan en la demanda como infringidas.

La existencia de mecanismos establecidos en la legislación penal, el principio de proporcionalidad y los fines de la pena

147. Como se acaba de decir, el análisis de las normas demandadas no se puede hacer de manera aislada, sino que debe considerar otros elementos de juicio, para poder determinar si la pena de prisión es o no proporcionada, necesaria e idónea. En este orden, debe destacarse que del hecho de que la ley prevea una pena para una conducta no se sigue de manera necesaria que el juicio culmine con su imposición, incluso si se declara la responsabilidad penal de la persona. Ello ocurre porque, en estos eventos es posible que se apliquen subrogados penales.

148. A partir de los criterios de punibilidad, previstos en el artículo 54 y siguientes de la Ley

599 de 2000, al momento de imponer una pena se debe aplicar el sistema de cuartos punitivos. Este sistema reduce el margen que tiene el juez para fijar la pena. Así, por ejemplo, si en la conducta de la persona no hay circunstancias especiales de agravación, el criterio es que debe partirse del mínimo de la pena establecida hasta el primer cuarto. Esto, en el caso de la injuria implica un margen de 16 a 25.5 meses de prisión y en el caso de la calumnia implica un margen de 16 a 30 meses de prisión. Este factor es relevante para el análisis, porque no se puede asumir que en todos los casos el margen para fijar la pena es el mismo, ni considerar que él va de la pena mínima a la máxima.

149. Si se considera el escenario hipotético descrito, que suele ser el más común, valga decir, el de que no haya circunstancias especiales de agravación, es necesario considerar, para el análisis, algunos elementos normativos relevantes. En este contexto es importante considerar los subrogados penales, que en últimas son medidas sustitutivas de la pena de prisión, que se otorgan a los condenados a tal pena, siempre y cuando cumplan los requisitos establecidos por el legislador. Entre dichas medidas, están la suspensión condicional de ejecución de la pena, contemplada en el artículo 63 del Código Penal, y la prisión domiciliaria, prevista en el artículo 38B ibidem.

150. Para la suspensión condicional de la ejecución de la pena de prisión se requiere que ella no supere los cuatro años (48 meses) y que el condenado no tenga antecedentes penales. En el escenario hipotético en comento, que es el más común, en ambos casos es posible acceder a esta medida sustitutiva, de suerte que, en la práctica, la persona condenada no iría a prisión. Esta suspensión condicional de la ejecución de la pena, que puede darse por un período de 2 a 5 años, procede de oficio o a petición del interesado.

151. Para la prisión domiciliaria, la ley penal prevé que: “en caso de que la persona no acceda a la suspensión de la ejecución de la pena de prisión (por superar el quantum de 48 meses), siempre que demuestre arraigo familiar y social, podrá acceder a la prisión domiciliaria como sustitutiva de la pena de prisión conforme establece el artículo 38b de dicha codificación”. Al respecto, el numeral primero de dicho artículo señala como condición para la conceder esta medida sustitutiva “que la sentencia se imponga por conducta punible cuya pena mínima prevista en la ley sea de ocho años de prisión o menos”. De suerte que, incluso si la pena de prisión impuesta se mueve en el cuarto más alto, en todo caso no será nunca superior a 8 años y, en consecuencia, es posible para el condenado acceder a esta medida sustitutiva de la pena de prisión en establecimiento carcelario y penitenciario.

152. En vista de las anteriores circunstancias, la Sala debe poner de presente que incluso la persona que sea encontrada responsable de haber cometido el delito de injuria o el de calumnia, en el escenario hipotético más común o en el más extremo, en todo caso tiene la posibilidad de acceder a un subrogado penal, de suerte que es muy poco probable que la pena de prisión se cumpla efectivamente en un establecimiento carcelario y penitenciario. Esto es, que se vea privado de su libertad y, por ende, que la amenaza de ello sea de tal intensidad que genere el efecto intimidante o inhibitorio que se alega y la respectiva consecuencia.

153. Lo anterior es relevante para el análisis por dos razones. La primera razón es que si la persona no cumple su pena en un establecimiento carcelario y penitenciario, el argumento

relativo al estado de cosas inconstitucional en esta materia se debilita, ya que es muy poco probable que la persona condenada por los delitos e injuria o de calumnia cumpla su pena de prisión en dichos establecimientos. La segunda razón es que si en la práctica no habrá una privación de la libertad en tales establecimientos, el argumento del fenómeno inhibitorio también se debilita, pues la pena de prisión no genera un riesgo significativo de ir a la cárcel, que es lo que ahora se controvierte. Subsisten sí los riesgos de la condena penal y de la imposición de penas, pero no el de ir a la cárcel.

154. Un segundo elemento de juicio relevante, además de lo ya dicho sobre los subrogados penales, es la existencia de la retractación como causal de exclusión de la responsabilidad penal. Hace ella referencia al arrepentimiento o deseo que tenga la persona de revocar o retirar lo que ha dicho. En otras palabras, retirar afirmaciones hechas en el pasado. Así, conforme el artículo 82.8 del Código Penal: es "causal de extinción penal, la retractación en los casos previstos en la ley". En concordancia con ello, el artículo 225 de la Ley 599 de 2000 establece que:

"Artículo 225. RETRACTACIÓN. No habrá lugar a responsabilidad si el autor o partícipe de cualquiera de las conductas previstas en este título, se retractare voluntariamente antes de proferir 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 señala el funcionario judicial, en los demás casos.

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

155. Por lo anterior, en punto del análisis del juicio de proporcionalidad de la medida de prisión acusada, para la Corte es claro que legislador, en uso de su poder de configuración normativa, fue prudente en incorporar mecanismos de justicia restaurativa al interior de la acción penal frente a estos delitos. Ello significa, que el sujeto activo de la conducta cuenta con un mecanismo unilateral de finalización anticipada del conflicto, siempre que no se haya proferido sentencia de primera instancia. Y si la persona considera que lo expresado por ella es cierto, también cuenta con la posibilidad de defenderse en el proceso acudiendo a la exceptio veritatis o excepción de verdad.

156. Un tercer elemento de juicio relevante para el análisis es el de que para acceder a la justicia en procura de la protección de los derechos al buen nombre y a la honra, en el ámbito penal, la persona tiene la carga de presentar una querella. Esta actuación, conforme a la ley procesal penal (art. 74 y 522), tiene como requisito de procedibilidad el haber agotado la oportunidad de llegar a una conciliación, la cual puede ser adelantada por la fiscalía o incluso un conciliador. De suerte que no es posible llegar al escenario de una condena a la pena de prisión sin haber pasado antes, de manera necesaria, por una conciliación. Y si se logra la conciliación, el proceso finaliza, sin que haya lugar a imponer penas. La Sala destaca que esto muestra que en el propio proceso penal hay escenarios de justicia restaurativa para los delitos de injuria y calumnia, que permiten no llegar a imponer la pena de prisión.

157. Por lo tanto, a partir de una aproximación sistemática al asunto, considerando normas

penales y procesales penales, la Sala encuentra que el pretendido efecto inhibitorio de la pena de prisión, en realidad es mucho menor de lo que se sostiene en la demanda y se argumenta por los intervinientes, pues la existencia y aplicación de los subrogados penales, la posibilidad de la retractación y su efecto y la existencia de la conciliación, como requisito de procedibilidad de la querella, permiten configurar múltiples escenarios en los cuales la pena de prisión no se impone o, en caso de imponerse, se sustituye por otras, que no implican la privación de la libertad o que, en el peor de los casos, no implican ir a la cárcel.

158. Con todo, la Sala estima necesario ampliar su análisis para considerar otras posibilidades, diferentes a las que ofrece el derecho penal y el derecho procesal penal. Desde luego, este análisis debe partir de la base de que, como ya lo dejó en claro en la Sentencia C-442 de 2011, la tipificación de los tipos penales de injuria y calumnia son un mecanismo legítimo de intervención estatal para salvaguardar bienes jurídicos de los personas. Del mismo modo, considera oportuno referirse a lo que se ha denominado como una tendencia actual a eliminar la pena de prisión en estos delitos, con el matiz de que ello tendría más relevancia en el ámbito legislativo que en judicial, que es en el que se encuentra inmersa esta Corporación. Sobre esto último, conviene destacar de entrada que en la Sentencia C-442 de 2011 dejó en claro que:

"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 normativa".

159. Antes de hacer el análisis propuesto, para cerrar lo relativo a la aproximación desde del derecho penal y procesal penal, la Sala debe destacar que la pena de prisión es idónea frente a los fines de la pena. En esta medida, las normas demandadas se justifican a partir de las finalidades de la pena, enunciadas en el artículo 4 de la Ley 599 de 2000 y decantadas por la jurisprudencia de la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia, esto es, conforme su finalidad preventiva o disuasiva, retributiva y resocializadora.

160. En primer lugar, la pena cumple la finalidad preventiva o disuasoria, al envíar un mensaje a la sociedad que ante la vulneración dolosa a la honra o el buen nombre se podría imponer, en los casos más graves, una sanción restrictiva de la libertad. Con ello, reafirma que la libertad de expresión no es un derecho absoluto y que encuentra límite en la integridad moral de los demás asociados.

161. En segundo lugar, satisface la finalidad retributiva, porque la imposición de una pena de prisión sería la consecuencia de acreditarse que el agente vulneró la integridad moral de otra persona y que, en el caso concreto, no existe otro mecanismo menos lesivo (subrogados penales) que podría serle aplicado. Recordando que, sólo habrá pena efectiva de prisión en los eventos más graves y frente a la existencia de antecedentes, concurrencia únicamente de circunstancias de mayor punibilidad, entre otros.

162. Y, finalmente, por cuanto cumple con la finalidad resocializadora, pues el derecho penal

en últimas busca la sana convivencia entre los ciudadanos para mantener y reparar el tejido social de la manera más eficiente. Para la Sala, al buscar como fin el reinsertar a un ciudadano a la sociedad mediante la pena por la comisión del delito de injuria y calumnia, aquella guarda una estricta correlación con el ordenamiento constitucional, en el entendido que los tipos penales consagrados por el legilativo aspiran a que los responsables de los injustos penales en efecto se reintegren a la sociedad una vez cumplida la pena.

163. Aspectos estos que para la Sala resultan relevantes frente al análisis que lleva a cabo, por cuanto el legislador, en ejercicio de su potestad de configuración normativa, podría en el futuro tomar la decisión de despenalizar las conductas en comento, o establecer para ellas otro tipo de responsabilidad.

Otras medidas, distintas a la pena de prisión establecida para la comisión de estos delitos y si resultan o no adecuadas y suficientes

164. Pese al anterior análisis, en el presente proceso se ha argumentado que, con todo, la pena de prisión resulta desproporcionada, porque hay otras medidas, diferentes a esta pena, que son idóneas para cumplir las finalidades de salvaguarda de los bienes jurídicos tutelados por los tipos penales de injuria y de calumnia. En este sentido, se destaca en la acusación, que la pena de prisión no es estrictamente necesaria y que, por ende, resulta desproporcionada.

165. Como quedó consignado, quienes propenden por tal postura, refieren en concreto: 1) que al no eliminarse la tipificación de los delitos sino tan sólo lo referente a la pena de prisión, los bienes jurídicos no quedarían desprotegidos al contar con otras medidas menos restrictivas, como la imposición de la multa contenida en los artículos demandados y cuyos apartes no fueron objeto de acusación; 2) la posibilidad de solicitar la rectificación; 3) el acudir a la vía civil y no penal mediante el procedimiento ordinario (hoy declarativo) de demanda de responsabilidad civil extracontractual; y, 4) acudir de manera directa y principal a la acción de tutela.

166. Antes de analizar este asunto, la Sala considera pertinente destacar que no se discute sobre la tipificación de los delitos de injuria y calumnia y, por tanto, tampoco se discute sobre le eventual declaración de responsabilidad penal que se haga respecto de una persona por cometerlos. Lo que se discute es que, como consecuencia de tal declaración se imponga la pena de prisión. De suerte que, de una parte, el fenómeno inhibidor no se predica de la existencia de los delitos, ni de la posibilidad de la condena, sino sólo de que se imponga la pena de prisión. Y, de otra parte, se acepta que puede haber otras penas, como la imposición de una multa, que no generan dicho fenómeno inhibidor. Por ende, lo que se tiene por desproporcionado es solamente la pena de prisión.

167. En este contexto, el argumento del derecho penal como ultima ratio, que plantean algunos intervinientes, no puede sostenerse, pues no está en discusión que las conductas de injuria y calumnia sean delitos, esto es, que estén regulados por el derecho penal, para proteger los derechos al buen nombre y a la honra. El sostener que las víctimas de tales conductas preferirían una “disculpa” o “una reparación económica”, antes que ver en la cárcel a su victimario, simplifica en extremo la cuestión y plantea un escenario impertinente

e infundado para el análisis. Impertinente porque lo que prefieran o no las víctimas no puede ser el criterio para definir cuál debe ser la pena a imponer cuando se comete un delito, sino que ello corresponde sólo a la ley. E infundado, porque si esa fuere la preferencia, la víctima no presentaría la querella, con la carga que ello implica, sino que acudiría a otros instrumentos jurídicos, como por ejemplo una demanda civil, de cara a la reparación económica. Además, este tipo de argumento desconoce el carácter y función simbólica que cumple el derecho penal en la protección de bienes jurídicos.

168. Al respecto, la Sala recuerda que los bienes jurídicos que se protegen en los tipos penales de injuria y calumnia, expuesto a lo largo de esta decisión y con soporte en pacífica e inveterada jurisprudencia de esta Corporación, han sido reconocidos por la propia Constitución. El buen nombre y la honra no son asuntos menores, sino bienes valiosos, que se construyen y que se ganan con el tiempo, con el esfuerzo y con el comportamiento de las personas a lo largo de una vida, que constituyen su patrimonio moral. Estos bienes pueden afectarse de manera significativa con un ataque injustificado, o con una sindicación falsa, difundida de manera ligera, para dar al traste con ellos.

169. De otra parte, el argumento de que al haber medidas diferentes a la tipificación penal, como la rectificación, las multas o la acción de tutela, para proteger dichos bienes jurídicos, la Sala debe destacar que ello ya se analizó y se resolvió en la Sentencia C-442 de 2001, en la cual se decidió que dicha tipificación no es incompatible con la Carta. Ello ocurrió porque, como allí se destacó, las sanciones penales sólo se aplicarían en tratándose de vulneraciones especialmente serias de derechos fundamentales, frente a los que otros mecanismos resultan insuficientes y, además, por cuanto el eventual abuso que hacen ciertas personas de la denuncia penal, como instrumento para restringir la libertad de expresión, “no era una razón suficiente para declarar la inconstitucionalidad de los tipos penales de injuria y de calumnia”.

170. Lo anterior, recuerda la Sala, en tanto se dijo en aquella oportunidad que eran escasas las condenas penales en la materia, con lo que, la eventual investigación y juzgamiento de los periodistas denunciados por este delito, no constituía 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 que, 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.

171. Dicho esto, y entrando al análisis de la pena de prisión, la Corte tampoco comparte el argumento según el cual “otros mecanismos” garantizan de manera efectiva la protección del bien jurídico tutelado. Estos mecanismos, según se expone en la demanda serían la multa, la acción de tutela y la responsabilidad civil.

172. La multa puede ser analizada desde dos perspectivas. La primera, que parece seguirse de la demanda, como una pena, valga decir, como la sanción a imponer por el juez penal por la comisión de los delitos de injuria y calumnia. La segunda, que como una sanción que se aplica por fuera del ámbito del proceso penal, a partir de otro tipo de procedimiento.

174. Lo que debe establecerse es si un tipo penal cuya única pena sería la de la multa, brinda una protección idónea y suficiente a los bienes jurídicos tutelados por los tipos penales de injuria y calumnia, valga decir, si normativamente la pena de prisión es un elemento reemplazable o no para tal propósito.

175. De una parte, la Sala destaca que las penas de prisión y de multa, en la previsión legal aludida, no son penas alternativas, sino que las dos son penas principales que, además, deben imponerse en caso de condena. De suerte que, según el actual diseño legal, quien incurra en injuria o calumnia será penado con prisión y con multa. En este sentido el argumento de la demanda choca con la valoración del legislador, que consideró que la multa no es una pena suficiente para proteger los bienes jurídicos, sino que ella debe ir de la mano con la pena de prisión para dicho propósito. Esta valoración del legislador, dada a partir de sus amplias competencias en materia de política criminal y de la configuración de los tipos penales y de las penas, es la que se considera por la demanda como desproporcionada.

176. De otra parte, la regla general en el Código Penal es que los tipos penales no contemplen exclusivamente la pena de multa, aunque en algunas circunstancias excepcionales así ocurre, en el contexto de este caso hay motivos para sostener que la valoración hecha por el legislador en la caso de la injuria y la calumnia no es irrazonable. En efecto, la multa, tomada como única pena, podría conllevar el riesgo implícito de que todo aquél que cuente con los medios económicos suficientes, pueda afectar, sin otra consecuencia aflictiva, el buen nombre o la honra de los demás. Esta posibilidad podría abrir el camino a reducir a un simple análisis de costo beneficio un asunto de tesión entre derechos fundamentales, como el que se presenta entre la libertad de expresión y el buen nombre y honra, característico de los tipos penales de injuria y calumnia.

177. La Sala no puede desconocer que el expresar injurias o calumnias puede llegar a ser una actividad rentable, pues por desventura en la sociedad actual el escándalo parece ser muy llamativo y, por ende, lucrativo. Al medir la rentabilidad de una expresión por el número de visualizaciones o permanencia en un portal, hay un estímulo implícito a ir más allá de los límites al respeto por el buen nombre y la honra, al punto de que puede hacer aceptable, en un siniestro cálculo financiero, pagar una eventual “multa”, frente a los beneficios que ha generado la publicación. La rentabilidad, por otra parte, puede no ser exclusivamente económica, sino manifestarse en efectos económicos, por la vía de desprestigiar infundadamente a una empresa o a un operador económico; en efectos políticos, al emitir expresiones injuriosas o calumniosas respecto de un adversario o incluso de un compañero del mismo partido o movimiento político; o en otro tipo de efectos como los artísticos o académicos, al desprestigiar ante la comunidad a otras personas.

178. Conviene insistir en que los delitos de injuria y calumnia no tienen un sujeto activo calificado y, en esa medida, no puede considerarse que ellas sólo incumben a periodistas o grandes medios de comunicación, sino que también incumbe a las demás personas, quienes pueden acceder de manera sencilla y gratuita a plataformas virtuales, portales o redes sociales que tienen gran capacidad para divulgar sus expresiones, sin que en este caso haya una verificación rigurosa del contenido de la información que transmiten o de las opiniones que se dan, de manera que se puede llegar a atentar en contra de los derechos al buen nombre y a la honra. En suma, en los tiempos actuales nadie está excento de ser injuriado o

calumniado por otra persona, sin necesidad de que ella sea periodista, o ejerza esa actividad, o tenga alguna relación con un medio tradicional de comunicación.

179. Ante el desafío de proteger el buen nombre y la honra de las personas, ante las injurias y las calumnias que se pueden hacer por otros, con una resonancia mucho mayor que antaño, la Sala no encuentra que la pena de prisión, en las condiciones que ya se han destacado a partir de la interpretación sistemática de las normas penales y procesales penales, pueda considerarse como desproporcionada. La amenaza de ser injuriada o calumniada, que hoy pende sobre cualquier persona, con independencia de si es o no una figura pública, se potencia en el contexto de consumo de la información aplicado por las nuevas tecnologías, en el cual lo que importa más es el número de visualizaciones o visitas, el tiempo de permanencia en el portal o la página, o el número de seguidores.

180. La tecnología ha permitido que cualquier persona pueda expresarse de manera libre y con gran repercusión, al punto de que lo que exprese puede llegar a "viralizarse". Este símil, tomado de las ciencias médicas, describe de manera acertada la fuerza expansiva y "contagiosa" que puede tener una expresión y, al mismo tiempo, da cuenta de que las expresiones injuriosas o calumniosas son auténticas "enfermedades" sociales. Desde luego, no se trata de acallar la libertad de expresión de las personas, sino de que la protección a los bienes jurídicos del buen nombre y de la honra sean adecuados para evitar que ellos sean afectados, a veces de manera difícil de reparar, en una sociedad mediática como la actual.

181. En cuanto a la acción de tutela, la Sala destaca que implica un contrasentido el sostener que la vía idónea y expedita para la protección de un derecho, para lo cual ya existe un mecanismo ordinario, sea un mecanismo subsidiario y supletivo. De otra parte, este argumento pasa por alto que la tutela no tiene por objeto sancionar a ninguna persona y, mucho menos, imponer una pena. En la tutela se constata la amenaza o la vulneración de los derechos fundamentales y, de ser así, se dan ordenes para que cese amenaza o se restablezcan tales derechos, pero no es dable sancionar a quien a cometido un delito.

182. Y, por último, el argumento relativo a la responsabilidad civil en realidad no tiene la capacidad de ser alternativo a la pena de prisión, porque en dicho ámbito no se imponen sanciones, sino que se establece si hay responsabilidad y, de haberla, se fija una indemnización.

183. El argumento de la acción de tutela y el de la responsabilidad civil tienen una dificultad común, la de que las conductas de injuria y calumnia siguen siendo delitos. Como se advirtió antes, en el presente proceso no se cuestiona esto, sino que la acusación se circunscribe a que la pena a imponer sea la de prisión.

184. En síntesis, a juicio de la Sala no existen medios alternativos, con la misma idoneidad a la pena de prisión, en las condiciones ya analizadas, para proteger los bienes jurídicos tutelados en los delitos de injuria y calumnia. Con el argumento de proteger la libertad de expresión y la actividad periodística no se puede justificar el desproteger, o proteger de manera insuficiente, los derechos al buen nombre y a la honra de las personas, cuando lo que se expresa se enmarca, de manera rigurosa y precisa, en los tipos penales de injuria y de calumnia, conforme el juicio que de ello haga el juez penal.

El carácter vinculante de disposiciones, decisiones de organismos internacionales, su prevalencia en el orden interno y su incidencia como parámetro del control de constitucionalidad

186. Por último, dado que la demanda y varias intervenciones argumentan que las normas demandadas deben ser declaradas inexequibles a partir de referentes del derecho internacional, según los cuales por lo menos se debería eliminar la pena de prisión y, en una visión más amplia se debería eliminar los tipos penales de injuria y calumnia, la Sala debe analizar también este asunto.

187. La Sala no considera necesario hacer nuevamente un recuento de tales argumentos, de los que se da cuenta en los antecedentes de esta sentencia. Frente a ellos, debe empezar por recordar que dichos instrumentos, si bien son muy valiosos para el análisis (soft law), no pueden ser tenidos en conjunto como parte del bloque de constitucionalidad (supra 16, 17, 20, 21 y 22). Conforme a lo previsto en el artículo 93 de la Carta y a la pacífica jurisprudencia de esta Sala, "sólo los tratados y convenios internacionales ratificados por el Congreso que reconocen los derechos humanos y que prohíben su limitación en los estados de excepción" hacen parte del bloque de constitucionalidad, como parámetro de constitucionalidad.

188. En la Sentencia C-146 de 2021, se precisó que "la distinción entre bloque de constitucionalidad stricto sensu y lato sensu. En ambos casos se trata de normas que no están contenidas formalmente en la Constitución Política ni tienen "rango supranacional", pero que cumplen las dos funciones antes descritas. La diferencia entre los dos radica en que solo las normas que hacen parte del bloque de constitucionalidad stricto sensu tienen rango constitucional".

189. Por ello, se ha indicado que dentro del bloque de constitucionalidad lato sensu se encuentran normas que "tienen rango normativo superior al de las leyes ordinarias", pero que no tienen rango constitucional. Este es el caso de las leyes orgánicas y estatutarias que, si bien no tienen el mismo nivel jerárquico de las normas constitucionales, sirven de parámetro para evaluar la constitucionalidad de otras leyes.

190. Por otra parte, se ha destacado que "si bien los tratados de derechos humanos tienen una prevalencia en el orden interno por disposición del artículo 93 Superior, dicha prevalencia no implica la subordinación de la Constitución al contenido de aquellos". En otras palabras, las normas de derecho internacional incorporadas al bloque de constitucionalidad, ya sea en sentido estricto o amplio, sirven para interpretar la Constitución y para determinar si una ley en particular se ajusta al texto constitucional, pero no es un parámetro autosuficiente para analizar la validez de la legislación nacional.

191. Dicho esto, la Sala recuerda que la jurisprudencia de la CIDH no puede ser "trasplantada automáticamente al caso colombiano". Por consiguiente, (i) "el alcance de estas decisiones en la interpretación de los derechos fundamentales debe ser sistemática, en concordancia con las reglas constitucionales" y (ii) "cuando se usen precedentes de derecho internacional como criterio hermenéutico se deben analizar las circunstancias de cada caso particular para establecer su aplicabilidad".

192. Significa lo anterior en últimas que, para la Corte, las decisiones judiciales de la CIDH

son relevantes, debido a que “tienen implicaciones directas en la apreciación del sentido de un derecho previsto en la Convención Americana”. Sin embargo, la aplicación de los estándares formulados por la CIDH en su jurisprudencia implica “una interpretación sistemática y armónica con la lectura que deriva de la Constitución Política [y de] […] otros tratados que también prevén obligaciones vinculantes para el Estado”.

193. En suma, para la Sala “la determinación de lo que un derecho de la Convención significa, máxime cuando Colombia ha aceptado la competencia contenciosa de dicho organismo, involucra tener en cuenta lo que al respecto ha dicho su intérprete autorizado; [pero] no para acogerlo de manera irreflexiva”.

194. Para la Corte, entonces, “las reglas que integran el bloque de constitucionalidad en el control abstracto deben ser interpretadas sistemáticamente”. Ello implica, que las normas que conforman el bloque de constitucionalidad no son supranacionales “[ni] constituyen referentes autónomos del control de constitucionalidad”. Por el contrario, son un elemento más que debe ser considerado por la Corte al efectuar el control de constitucionalidad de las leyes y para armonizar las normas que integran el bloque de constitucionalidad con las disposiciones constitucionales.

195. Con fundamento en lo anterior, la Sala advierte que los tratados a los que se alude en la demanda no pueden considerarse de manera aislada, sin armonizarlos con la Constitución, al momento de realizar el juicio de constitucionalidad de las normas demandadas.

196. Es claro que el ordenamiento interno y los mecanismos en él dispuestos prevalecen sobre tales instrumentos. Pero además, como ya ha sido dicho en esta sentencia y con base en la jurisprudencia de la Corte, los derechos fundamentales que protegen las disposiciones acusadas (buen nombre y honra) tienen el carácter de fundamentales y frente a ellos se exige su reconocimiento, protección y garantía en cualquier momento frente a un ataque injustificado o amenaza conforme establece la Constitución Política en los artículos 2, 15 y 21.

197. La Sala destaca también, al igual que precisó frente al alcance de la demanda, que los instrumentos que se reseñan se refieren a la posibilidad de censura, persecución, hostigamiento y sanción a periodistas o persecución a medios de comunicación mediante mecanismos como la expedición de leyes o directivas que limitan la libertad de expresión por parte de los Estados, cuestión que, escapa al ámbito de protección contenido en los artículos 220 y 221 del Código Penal, el cual se insiste, busca proteger a cualquier ciudadano colombiano o a cualquier persona que vea afectado su buen nombre y honra, y en últimas, su dignidad.

198. La Sala entiende y recalca, que no se trata en momento alguno de justificar un ataque indebido a la prensa, o de intervenir en el ejercicio de tal actividad o siquiera sacrificar mínimamente el derecho a la información o libertad de expresión u opinión. Se trata, en rigor, de sancionar con la pena de prisión a aquella persona que, luego de un proceso judicial, sea condenada como responsable de un delito de injuria o de calumnia. Y, al mismo tiempo, destaca que las denuncias abusivas o infundadas, o el emplear a la administración de justicia como instrumento para amedrentar a las personas que ejercen su libertad de expresión, constituye también una conducta delictiva, que debe ser investigada y sancionada

por las autoridades.

199. Incluso si el asunto se examina a partir de los referentes empleados por la demanda, se tiene que en ellos, de una parte, no hay unanimidad en cuanto a que la pena de prisión deba ser eliminada y, de otra, en cuanto a que esta pena sea manifiestamente desproporcionada. En la jurisprudencia de la CIDH no ha habido un verdadero consenso, pues si bien se refiere a la necesidad de eliminar los tipos penales de injuria y calumnia, asunto que ya fue juzgado por la Sala y que no es el objeto de decisión en este caso, que se circunscribe a las normas que prevén la pena de prisión para tales delitos, de todas maneras muestra también una preocupación por reconocer que la libertad de expresión tiene límites y que, dentro de ellos el Estado tiene un margen de consideración para determinar eventuales sanciones penales.

200. En una de las sentencias de la CIDH más relevantes para este propósito, la dictada en el caso Palacio Urrutia vs Ecuador 2021, cuyas circunstancias difieren de las del presente caso, pues lo que se juzgó fue la responsabilidad internacional del Ecuador por la violación de los derechos humanos de un periodista, a raíz de un artículo que se publicó en un periódico, el juez colombiano Humberto Sierra Porto, que acompañó la decisión de condenar a dicho Estado, en su voto concurrente precisó que:

“Ahora bien, la Corte ha reiterado en su jurisprudencia que el derecho a la libertad de expresión no es absoluto. El artículo 13.2 de la Convención prohíbe la censura previa, pero prevé la posibilidad de establecer responsabilidades ulteriores en el ejercicio abusivo de este derecho, inclusive para asegurar “el respeto a los derechos o la reputación de los demás.” De ahí que la Corte ha reconocido la posibilidad de que se impongan dichas responsabilidades ulteriores en casos en que se puedan ver afectados otros derechos, como lo es la honra o la reputación de las personas. Por esta razón, se ha sostenido que es necesario que se garantice que ambos derechos “coexistan de forma armoniosa” (párr. 100). La solución para garantizar esta coexistencia entre los distintos derechos que se vean en colisión se realiza -en un plano abstracto- a partir de una ponderación, que se realiza conforme a las características particulares de los casos sujetos al conocimiento de la Corte.”

(…) la Corte ha establecido que el Estado puede decidir cuáles son las sanciones que son necesarias para armonizar el derecho a la libertad de expresión y los demás derechos humanos que pueden estar en juego, como lo es el honor y la honra. Por supuesto, el reconocimiento de esta facultad estatal no es absoluta, y se ha razonado que el derecho penal debe ser utilizado como la última ratio ante los ataques más graves que dañen o pongan en peligro otros bienes jurídicos fundamentales. De esta forma, el derecho penal solo debe ser utilizado cuando corresponda a la existencia de graves lesiones a dichos bienes, y guarden una estrecha relación con la magnitud del daño que se genera. El examen de cuándo una sanción penal es convencional es calificada atendiendo a los diversos factores que rodean la necesidad y la proporcionalidad de una medida, como por ejemplo la naturaleza de las expresiones (si son opiniones o hechos), la persona a quien van dirigidas, si se trata de asuntos de interés público, y si las sanciones impuestas fueron proporcionales al daño producido.

(…) “la posición asumida por la mayoría en el presente caso, a pesar de que puede estar motivada por nobles intenciones de expandir la protección a la libertad de expresión en la

región, tiene una serie de dificultades que es pertinente apuntar. En primer lugar, el artículo 13.2 de la Convención no excluye la posibilidad de una sanción penal para asegurar "el respeto a los derechos o la reputación de los demás", o bien "la protección a la seguridad nacional, el orden público o la salud o la moral públicas." Lo que prohíbe expresamente es la censura previa –lo que es un rasgo propio de la amplia protección de la libertad de expresión- pero que no puede ser extrapolado a otros aspectos sin trastocar el sentido de dicha protección. Por supuesto, la utilización excesiva del derecho penal para establecer responsabilidades ulteriores resulta en una violación a la libertad de expresión. No así cuando se utiliza como un medio para proteger bienes jurídicos relevantes (como son otros derechos), de conformidad con las propias condiciones que la Convención establece."

Además de la norma, y la mayor parte de la jurisprudencia de la Corte, resulta relevante no perder de vista que la posibilidad de que se apliquen sanciones penales en el caso de los atentados más graves a otros derechos fundamentales -como lo es la honra y la dignidad- resulta de especial relevancia para mantener un sano equilibrio entre los distintos derechos que reconoce la Convención Americana. Es importante tener en cuenta que las opiniones, aun cuando se refieran a cuestiones de interés público, pueden producir graves daños a bienes fundamentales para un funcionario público -quien no es un ente abstracto, sino una persona cuyos derechos deben ser igualmente protegidos-. Las hipótesis podrían ser muchas, pero ¿qué sucede si la opinión de un periodista insinúa que un funcionario público, al despedir a una empleada en un hospital público, actuó motivado por prejuicios raciales y de género? La mera distribución de la información, que bien puede ser una opinión, sobre un asunto de interés público, es suficiente para causar un daño irreparable a la vida personal y profesional del funcionario público.

(…) De esta forma, mi posición particular es que, en los casos donde las expresiones causen un grave daño a la persona, la sanción penal puede estar justificada cuando se cumplan el resto de los requisitos que el propio artículo 13 de la Convención establece y que la Corte ha desarrollado en su jurisprudencia. De esta forma, la Sentencia Palacio Urrutia sigue una lógica que busca solucionar -de manera dogmática, estableciendo una regla estricta- una cuestión que requiere una evaluación casuística atendiendo a los diversos factores que han sido identificados por la Corte en su jurisprudencia, algunos de los cuales han sido reiterados en este voto particular".

201. La Sala no puede sostener, en el contexto de este caso y en vista de la falta de consenso sobre el punto, aunado a la potestad de cada Estado para sancionar, incluso con pena de prisión y con fundamento al amplio poder de configuración del legislador en materia penal al que también se ha aludido en esta sentencia, que una conducta que es lo suficientemente grave como para que las autoridades judiciales condenen a su autor como responsable de los delitos de injuria y de calumnia, en ningún caso pueda sancionarse con este tipo de pena, como lo pretenden los actores. Sobre todo cuando se considera las diversas oportunidades que brinda la ley para que el conflicto se resuelva por la vía de la conciliación, o se termine merced a la retractación, o, incluso si se llega a la condena, dicha pena sea objeto de subrogados penales.

202. Y, por último, debe destacar que la protección de la libertad de expresión tiene en el ordenamiento jurídico importantes herramientas, entre ellas, la del tipo penal de falsa

denuncia contra persona determinada, cuando la denuncia es temeraria o simplemente intimidatoria o constitutiva incluso de acoso judicial. Este mecanismo es idóneo para hacer frente a denuncias abusivas o infundadas. Por otra parte, la acción de tutela es una herramienta idónea para proteger los derechos de quien se expresa, cuando se está ante lo que se ha denominado "acoso judicial", o constatación de la existencia de "pleitos estratégicos", por supuesto, bajo el entendido de encontrarse acreditada la violación flagrante de derechos, la urgencia de proteger un derecho fundamental y respetando siempre el carácter residual y subsidiario del mecanismo de amparo que de cuenta de su procedencia y frente al análisis particular del caso.

Conclusión del análisis

203. A partir de su análisis del precedente, la Sala debe destacar que, en primer lugar, para juzgar la constitucionalidad de la norma que prevé la pena de prisión para los delitos de injuria y calumnia, es necesario realizar, como ya se indicó, una aproximación sistemática al asunto. No se puede apreciar la pena de prisión en dichos delitos como un asunto aislado, sino que debe examinarse a partir de otros elementos relevantes, que se presentan antes y después de imponer la pena.

204. Como se ha puesto de presente en esta sentencia, para iniciar un proceso penal por los delitos de injuria y de calumnia es necesario que la víctima presente una querella. Y para poder hacer esto último, es necesario que se agote, como requisito de procedibilidad, la conciliación. Por ende, el primero de los mecanismos previstos en la ley, antes de que se llegue a la condena y a la pena, es un escenario de arreglo entre las partes de sus diferencias, valga decir, un escenario de autocomposición, en presencia de las autoridades judiciales.

205. Incluso si no se llega a conciliar, la persona a la que se señala como responsable de incurrir en las conductas delictivas aludidas, tiene la posibilidad de poner fin al proceso, por medio de la retractación, en la oportunidad prevista para ello en la ley.

206. De modo que, frente a la posibilidad de que llegue a producirse una condena en contra de quien se ha expresado de tal modo que se considere, por la víctima, que su dicho es constitutivo de injuria y/o de calumnia, existen dos vías de solución, que permiten resolver el conflicto sin que haya un pronunciamiento de las autoridades judiciales sobre la responsabilidad penal de dicha persona y, desde luego, sobre la imposición de penas, entre ellas, la de prisión. Una vía es la autocomposición entre los interesados, en el escenario de la conciliación. La otra vía, que sólo depende de la persona a la que se atribuye la conducta delictiva, es la de la retractación. Sólo si no se llega a una conciliación y si no se hace una retractación, es viable llegar al escenario de la sentencia y, por ende, de la imposición de una pena de prisión.

207. Y, como también se ha dejado en claro en esta sentencia, incluso después de producirse la condena y de imponerse la pena de prisión, es muy poco probable que ella se cumpla de manera efectiva, dado que, a partir de la metodología de cuartos, que se usa para la dosimetría de la pena, es muy probable que dicha pena sea sustituida por otras (subrogados penales) que no implican la privación de la libertad o que, en el peor de los casos, no implican ingresar a un establecimiento carcelario y penitenciario.

208. En vista de tales circunstancias, la Sala concluye que la pena de prisión, en el asunto sub judice, en realidad no tiene un efecto inhibitorio, al punto de llevar a las personas a una autocensura, como lo destaca la demanda. En consecuencia, por este motivo no puede declararse la inexequibilidad de las normas demandadas.

209. Descartado el argumento del efecto inhibitorio, la Sala señala, en segundo lugar, que la pena de prisión, además de ser idónea frente a los fines de la pena, resulta adecuada para proteger los bienes jurídicos del derecho al buen nombre y de la honra, cuya garantía es imperiosa en términos constitucionales.

210. Como se precisó en su oportunidad, en este proceso no se discute sobre la tipificación como delitos de las conductas de injuria y calumnia, asunto ya decidido por la Sala en la Sentencia C-442 de 2011. Lo que se discute es si la pena de prisión es o no compatible con la Constitución. Fijado así el asunto, la Sala encontró que la norma demandada persigue una finalidad constitucionalmente imperiosa. Y, luego de analizar la otra pena aplicable, que es la de la multa, y eventuales medidas alternativas diferente a esta última, que ninguna de ellas lograba satisfacer dicha finalidad, con lo cual la pena de prisión era una medida necesaria. Además, se destacó que la persona tiene varias alternativas para que no se llegue a la pena de prisión y para que, incluso si se llega a imponer esta pena, la misma no se haga efectiva en establecimiento penitenciario y carcelario; que esta pena brinda protección a los bienes jurídicos del buen nombre y de la honra; y que, en caso de abusos de los querellantes, existe una medida relevante, como es el tipo penal de falsa denuncia contra persona determinada, que permite hacer frente con eficacia a dichos abusos. En tales condiciones, la Sala concluye que la pena de prisión no resulta ser desproporcionada. De suerte que, por este motivo tampoco puede declararse la inexequibilidad de las normas demandadas.

211. Y, en tercer lugar, la Sala encontró que no existe un mandato en el sentido de prohibir la pena de prisión para los referidos delitos en tratados internacionales sobre derechos humanos.

212. En consecuencia, la Sala considera que las normas demandadas, que establecen la pena de prisión para los delitos de injuria y calumnia, no son incompatibles con las normas previstas en el preámbulo y en los artículos 20 y 73 de la Constitución, 13 de la CADH y 19 del PIDCP, por lo cual las declarará exequibles, por los cargos analizados.

Síntesis de la decisión

213. En esta sentencia la Sala se pronuncia sobre una demanda de inconstitucionalidad presentada en contra de las normas que establecen la pena de prisión para los delitos de injuria y calumnia, previstos en los artículos 220 y 221 de la Ley 599 de 2000, por considerar que ellas son incompatibles con lo dispuesto en el preámbulo y en los artículos 20, 73 de la Constitución, 13 CADH y 19 del PIDCP.

214. La demanda presentó cuatro cargos. En el primero, sostiene que las normas citadas van en contra del carácter democrático del Estado (preámbulo) y afectan de manera grave a la actividad periodística, pues no permiten el libre flujo de informaciones y opiniones, pues la pena de prisión constituye una intimidación y lleva a una autocensura. En el segundo, advierte que dicha pena es incompatible con la prohibición de la censura (Art. 20, CP), en

tanto equivale a un control judicial severo y a un mecanismo de auto restricción a la hora de dar información o de emitir opinión, las cuales se afectan de manera significativa por temor a las consecuencias judiciales. En el tercero, se pone de presente que tal pena viola la protección reforzada que la Constitución otorga a la actividad periodística (Art. 73, CP), ya que ella puede usarse por cualquier persona que se vea desfavorecida por una publicación periodística para generar intimidación y, de esta manera, obtener una retractación a su favor o causar miedo en quien realiza la publicación. En el cuarto, se refiere que la susodicha pena desconoce lo previsto en tratados internacionales sobre derechos humanos (Art. 93, CP), en particular, lo relativo a los artículos 13 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y 19 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y, al mismo tiempo, la interpretación que sobre ellos han hecho los organismos internacionales autorizados para tal propósito. Por último, la demanda destacó que las normas censuradas no satisfacen el criterio de necesidad, resultan desproporcionadas, por su carácter intimidatorio y afectan el desarrollo de la democracia por las consecuencias que generan en la actividad de los periodistas.

215. Como cuestión previa la Sala estudió si en este caso se configuraba o no el fenómeno de la cosa juzgada constitucional, pues en la Sentencia C-442 de 2011 había declarado exequibles, entre otras, las normas previstas en los artículos 220 y 221 de la Ley 599 de 2000. Este estudio concluyó que no se configuraba dicho fenómeno, porque la acusación era diferente a la ya estudiada, ya que se planteaba a partir de algunos parámetros distintos, se centraba exclusivamente en las normas que establecen la pena de prisión. Con todo, reconoció que la referida sentencia contenía un precedente relevante para el presente caso.

216. Al ser viable el análisis de fondo, la Sala planteó el siguiente problema jurídico: en esta ocasión, la Corte deberá resolver si las normas que prevén la pena de prisión para los delitos de injuria y calumnia, previstas en los artículos 220 y 221 del Código Penal, son compatibles con lo previsto en el preámbulo y en los artículos 20 y 73 de la Constitución y 13 de la CADH y 19 del PIDCP.

217. Para resolver dicho problema jurídico, la Sala, 1) precisó el alcance de la demanda y la decisión a adoptar y 2) abordó la caracterización de los tipos penales de injuria y calumnia como delitos contra el honor. Para para tal fin, atendió al precedente contenido en la Sentencia C-442 de 2011. A su vez, hizo mención de 3) el poder de configuración normativa del Congreso de la República para la crear y modificar tipos penales y la reserva especial que le asiste al legislador frente a esas materias. Posteriormente, con fundamento en los anteriores elementos de juicio, para resolver el problema jurídico planteado 4) analizó el efecto inhibitorio o chilling effect, el abuso del derecho o ejercicio ilegítimo del derecho a denunciar, 5) la existencia de mecanismos establecidos en la legislación penal, el principio de proporcionalidad y los fines de pena. A su turno, se estudió si 6) otras medidas, distintas a la pena de prisión establecida para la comisión de estos delitos resultan adecuadas y suficientes y, por último, 7) se aludió al carácter vinculante de decisiones de organismos internacionales, su prevalencia en el orden interno y su incidencia como parámetro del control de constitucionalidad.

219. Al desarrollar el análisis, la Sala constató que existen diversas oportunidades que brinda la ley para que el conflicto se resuelva por la vía de la conciliación, o se termine merced a la

retractación o, incluso si se llega a la condena, dicha pena sea objeto de subrogados penales. De suerte que es muy poco probable que una persona condenada por dichos delitos cumpla la pena de prisión en establecimientos carcelarios y penitenciarios.

220. De otra parte, al analizar otras medidas alternativas, como la pena de multa en el proceso penal, o como otras posibilidades por fuera del proceso penal, la Sala concluyó que ninguna de ellas tenía la misma idoneidad que la pena de prisión, de cara a proteger los bienes jurídicos tutelados por los tipos penales de injuria y calumnia.

221. Además, la Sala constató que existen medios idóneos para proteger la libertad de expresión de las denuncias abusivas o falsas, que comportan medidas penales, como el delito de falsa denuncia contra persona determinada, y medidas de otro tipo, como la acción de tutela frente a lo que se ha denominado "acoso judicial", o constatación de la existencia de "pleitos estratégicos".

222. Por último, la Sala puso de presente que los referentes internacionales citados por la demanda, en algunos casos no pueden tenerse como parámetros de juzgamiento, cuando no son tratados internacionales sobre derechos humanos ratificados por Colombia que prohíban su limitación bajo estados de excepción y que, cuando lo son, en todo caso no pueden ser leídos de manera aislada, sino que deben interpretarse sistemáticamente con la Constitución.

III. DECISIÓN

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

RESUELVE

Declarar EXEQUIBLES, por los cargos analizados, las normas que prevén la pena de prisión "de dieciséis (16) a cincuenta y cuatro (54) meses" para el delito de injuria y "de dieciséis (16) a setenta y dos (72) meses" para el delito de calumnia, previstas en los artículos 220 y 221 de la Ley 599 de 2000.

Notifíquese, comuníquese y cúmplase,

Diana Fajardo Rivera

Presidenta

Con salvamento de voto

NATALIA ÁNGEL CABO

Magistrada

Con salvamento de voto

JUAN CARLOS CORTÉS GONZÁLEZ

Magistrado

Con Salvamento de voto

JORGE ENRIQUE IBÁÑEZ NAJAR

ALEJANDRO LINARES CANTILLO

Magistrado

Con aclaración de voto

ANTONIO JOSÉ LIZARAZO OCAMPO

Magistrado

PAOLA ANDREA MENESES MOSQUERA

Magistrada

CRISTINA PARDO SCHLESINGER

Magistrada

JOSE FERNANDO REYES CUARTAS

Magistrado

Con salvamento de voto

ANDREA LILIANA ROMERO LOPEZ

Secretaria General

SALVAMENTO DE VOTO DEL MAGISTRADO

JUAN CARLOS CORTÉS GONZÁLEZ

A LA SENTENCIA C-487/23

Referencia: expediente D-15176

Asunto: acción de inconstitucionalidad en contra de los artículos 220 y 221 (parciales) de la Ley 599 de 2000

Magistrado Ponente:

Jorge Enrique Ibáñez Najar

2. En términos generales, el criterio acogido por la mayoría obedeció a la necesidad de evitar la impunidad frente a las afectaciones contra los bienes jurídicos de la honra y el buen nombre, lo cual, indudablemente persigue una finalidad constitucionalmente relevante, toda vez que, en el ámbito del derecho penal, la sanción privativa de la libertad favorece la prevención general y facilita la satisfacción de los derechos de las víctimas de las conductas

en estudio. Con todo, era imperativo superar esa consideración abstracta, asociada a la protección de bienes jurídicos por vía de sanciones gravosas, para dar paso a mecanismos que permitan restablecer los lazos sociales, más allá de la sola restricción de la libertad del agresor.

3. En ese sentido, pudieron abordarse dos alternativas que, si bien, no acogían plenamente el planteamiento de los actores, sí permitían alcanzar una solución acorde a la tendencia actual en materia de política criminal, orientada a atenuar la incidencia del derecho penal en cualquier clase de conflicto: por una parte, la abolición de la pena de prisión para el delito de injuria, sin perjuicio del delito de injuria por vía de hecho. Por otra, la supresión de las circunstancias de agravación que incrementan la pena de prisión para quienes desarrollan la actividad de periodismo, particularmente, con miras a prevenir fenómenos como el chilling effect y las llamadas demandas estratégicas contra la participación pública.

4. Con ese propósito, resultaba imperioso que, por vía de la integración de la unidad normativa, la Corte Constitucional incluyera dentro del análisis otras disposiciones penales intrínsecamente relacionadas con las normas acusadas y con el reproche planteado, en aras de abordar integralmente los argumentos de los demandantes e intervinientes, así como conservar la coherencia del ordenamiento jurídico. En ese sentido, debió extenderse el estudio a los artículos 223 y 226 del Código Penal. El primero, en la medida que establece una sanción más grave para la injuria y la calumnia, si se utilizan medios de comunicación social o divulgación colectiva, lo que se relaciona directamente con el cuestionamiento de los demandantes, relativo a que el derecho punitivo puede convertirse en instrumento de presión contra los periodistas. El segundo, en cuanto se refiere al delito de injuria por vía de hecho, cuya pena depende directamente del punible de injuria, de manera que, al evaluar la sanción que corresponde a este último, resultaba inevitable analizar el alcance del primero, en orden a determinar si en su caso también debía conservarse la prisión como medida punitiva.

5. Ello hubiese permitido advertir, por un lado, que quienes divulgan información a través de medios de comunicación se ven sometidos, no a la pena general de quienes incurren en estos delitos, sino a una más grave, por esa sola circunstancia, lo cual, se traduce en un trato discriminatorio que no encuentra justificación constitucional. En efecto, no puede perderse de vista la importancia que dicha labor tiene en la sociedad, en tanto enriquece la opinión pública, fortalece la democracia y facilita el control del poder, lo que le confiere una protección reforzada. De ahí que resulte irrazonable someter a una pena más intensa a quienes la ejercen, más aún si se tiene en cuenta que, como bien lo explica la demanda, el derecho penal puede ser instrumentalizado para evitar que esas finalidades sean satisfechas. Sin duda, la norma contenida en el artículo 223 referido, introduce un criterio de segregación que, si bien, obedece a una finalidad constitucionalmente legítima -exigir el riguroso ejercicio del periodismo para evitar afectaciones a la honra y buen nombre-, no se muestra proporcionado ni adecuado para alcanzarla, dado el contexto de persecución judicial enmarcado en los fenómenos antes mencionados, cuya envergadura no marcó el derrotero para definir el presente asunto.

6. Por otro lado, la Corte hubiese podido abordar la necesidad y proporcionalidad de conservar la pena de prisión del delito de injuria. Como lo advirtieron algunos intervinientes,

en términos de lesividad, no parece que hoy una imputación deshonrosa, que no implique enrostrar la comisión de un delito ni estructure el punible de injuria por vía de hecho, realmente tenga el potencial de producir un detrimento de especial relevancia, como para que le sea asignada una consecuencia tan gravosa.

7. Si se observa el actual contexto social, en el que el debate público se ha trasladado casi por completo a las denominadas redes sociales, resulta ilusorio pensar que el derecho penal ofrece una solución para controlar las conductas que afectan los bienes jurídicos en mención. En contraste, como lo reconoce la sentencia objeto de salvamento, existen múltiples instancias que -aunque hoy se enmarcan en el procedimiento penal- permitirían canalizar los conflictos sociales surgidos en torno a esos comportamientos, como la conciliación o la amigable composición.

8. En la misma línea, no puede pasarse por alto que la pena de prisión, entendida como retribución o represalia, lejos de contribuir a reconstruir las relaciones entre las personas que se agreden verbalmente, termina distanciándolas, dando al traste con el perdón y la reconciliación que debería imperar en ese campo, lo que denota la inexequibilidad de dicha sanción para el delito de injuria.

9. Podría afirmarse que esa conclusión es problemática, porque automáticamente descartaría la pena de delito de injuria por vía de hecho, en tanto, la misma se remite directamente al castigo de la injuria. Sin embargo, precisamente por ello se advertía necesaria la integración de la unidad normativa con el artículo 226 del Código Penal, en aras de que la Corte dejara claro que, sin perjuicio de la expulsión del ordenamiento de la prisión para la injuria, el otro ilícito al que se hace referencia conservaría la respectiva sanción en los términos en que actualmente está planteada.

10. Así, con el fin de conservar la coherencia de la norma penal, pudieron evaluarse las consecuencias de suprimir la citada sanción, distinguiendo los casos por afectación a la honra mediante agresiones físicas, en orden a evitar que estos sean beneficiados de plano con la posibilidad de no recibir una pena de prisión por ejecutar conductas constitutivas de acoso físico.

11. En suma, debió considerarse una alternativa que optara por: (i) declarar inexequible la pena de prisión que consagra el artículo 220 de la Ley 599 de 2000 para el delito de injuria, entendiendo, en todo caso, que no se suprime la sanción de que trata el artículo 226, esto es, que se conservaría la pena de prisión para el delito de injuria por vía de hecho; y (ii) declarar inexequible el artículo 223 del Código Penal por constituir un factor de censura, en lo atinente a la expresión «se cometiere utilizando cualquier medio de comunicación social o divulgación colectiva», lo que implicaría que la calumnia, a pesar de ser exequible, ya no resultaría agravada por el artículo 223, que sería expulsado parcialmente del ordenamiento, por reflejar una medida restrictiva de la labor periodística en cuanto a la agravación referida.

12. Cuestiones adicionales sobre el contenido de la decisión. Además de las anteriores consideraciones, la presente sentencia resulta discutible en lo que hace a los siguientes puntos:

a. a) Para sustentar la exequibilidad de las sanciones en estudio, la providencia indica que

«[e]l delito de falsa denuncia, a diferencia de los delitos de injuria y de calumnia, no es excarcelable. De ahí que, si se mira el asunto por el aspecto de los riesgos, podría ser más delicada la situación de quien presenta denuncias abusivas frente a la de quien es denunciado por la posible comisión de los delitos de injuria y calumnia» (FJ-143 y ss.). Se considera que este argumento puede resultar especulativo, además de poner en un mismo plano situaciones que no son comparables. No es preciso afirmar que el efecto inhibidor que producen los delitos cuestionados, resulte morigerado por la posibilidad de que exista una sanción por falsa denuncia. Sea que la haya o no, es claro que el efecto inhibidor ya se inició con el solo señalamiento por los citados ilícitos, luego no puede decirse que el hecho de que existan sanciones más graves para el que reporta a las autoridades un hecho falso, sea indicativo de que no existe riesgo para los periodistas.

Además, es una aserción que desconoce el alcance y ámbito de aplicación de los delitos en estudio. El presupuesto fáctico de la injuria o calumnia no es la existencia de una denuncia formal presentada ante la Fiscalía General de la Nación, sino solo una manifestación que afecte la honra y buen nombre de una persona. De ahí que sea irrelevante que alguien pueda eventualmente ser procesado por falsa denuncia, pues ello no es presupuesto para la configuración de los ilícitos en comento. Es decir, se puede afectar la honra y buen nombre de cualquier persona sin incurrir en el delito de falsa denuncia. Por ello, desafía la lógica señalar que la sola concurrencia de este último ilícito descarta los fenómenos de acoso judicial ampliamente descritos en la demanda.

b) El proyecto parece partir del supuesto de que el único mecanismo de protección de la honra y el buen nombre es la pena de prisión asociada a los delitos en estudio. En ese sentido, omite analizar el papel de la multa, como pena prevista para ese tipo de infracciones. En otras palabras, parece asociar el derecho penal únicamente al concepto de prisión, cuando lo cierto es que existen múltiples sanciones que también buscan proteger los bienes jurídicos objeto de esa especialidad jurídica. En efecto, el que la sanción sea una multa no extrae el ilícito de la órbita del derecho penal. En ese sentido, la ponencia sostiene también (FJ-145) que aceptar los planteamientos de la demanda supondría entender que hay impunidad frente a las violaciones de los derechos a la honra y el buen nombre, pues únicamente quedaría vigente la sanción de multa. No obstante, esto es impreciso, pues los accionantes no piden que se sustraigan las citadas conductas de la órbita del derecho penal, sino que simplemente se les asigne una consecuencia jurídica diferente a la actualmente prevista. Por lo demás, no sobra advertir que la cuantía de la multa es notablemente gravosa, en tanto alcanza hasta 1500 SMMLV, luego sería difícil afirmar que una sanción de semejante alcance pueda generar impunidad.

c) En la misma línea, la Sala sostiene que, si la multa fuera la única pena, «podría conllevar el riesgo implícito de que todo aquél que cuente con los medios económicos suficientes, pueda afectar, sin otra consecuencia aflictiva, el buen nombre o la honra de los demás», es decir, «el expresar injurias o calumnias puede llegar a ser una actividad rentable» (FJ-176 y 177). Tales apreciaciones resultan también desvirtuadas, no solo porque la notoria magnitud de la multa hace difícil pensar que alguien pueda pagarla cada vez que lanza improperios contra otro, como si se tratase de un ejercicio del que pueden obtenerse réditos, sino porque esa sanción va acompañada de penas accesorias que impiden el ejercicio de otros derechos, más allá del simple compromiso pecuniario, como la inhabilitación para ejercicio de funciones

públicas.

d) La sentencia sostiene que el escenario hipotético «más común», en materia de injuria y calumnia, es «el de que no haya circunstancias especiales de agravación» (FJ-149). No se encuentra sustento para esta afirmación, ni se basa en una estadística que genuinamente refleje en qué proporción las causas penales presentan ese tipo de circunstancias. En todo caso, el que sean pocos asuntos no desdice de los fenómenos de acoso judicial descritos en la demanda. No porque sean escasas, puede negarse la existencia de situaciones constitucionalmente inadmisibles.

e) Aunque se comparten las afirmaciones realizadas en torno a que durante el proceso penal, el señalado por la comisión de los delitos en estudio tiene diversas oportunidades e instancias que tornan improbable una condena -como el retracto o la conciliación-, no puede decirse que ello descarte de plano el acoso judicial contra quienes informan al público. En efecto, nada garantiza que, a raíz la presión propia de ese tipo de trámites y con el único ánimo de evitar consecuencias adversas, estos se desdigan de sus afirmaciones, materializando ese efecto paralizador que se cuestiona en la demanda. Es claro que quien ejerza el periodismo puede evitar la condena por muchos medios, pero a costa de declinar las afirmaciones que, incluso siendo ciertas, lo condujeron a ser vinculado al proceso penal. De ahí que, si bien, en la materialidad, es difícil que exista una sanción condenatoria por tales punibles, lo cierto es que ello no desvirtúa el efecto persuasivo que produce la potencial imposición de una pena de prisión, más aún si se tiene en cuenta la circunstancia de agravación estudiada en líneas anteriores.

f) Para refrendar su decisión de declarar la exequibilidad de los preceptos acusados, la Sala indicó que, en la Sentencia C-442 de 2011 se resolvió que la tipificación de la injuria y calumnia como delitos no es incompatible con la Carta (FJ-169). Sin embargo, esto resulta impreciso, pues en esa providencia el cuestionamiento no se basaba en que tales conductas fueran consideradas delitos, sino únicamente en que la descripción típica podría resultar muy amplia, pues utilizaba expresiones como «imputaciones deshonrosas». Es decir, el objeto de análisis no fue agotado en torno a la penalización de esos comportamientos, sino a la manera en que los mismos eran formalmente descritos en el tipo. De ahí que esa decisión no constituyera un precedente relevante de cara a resolver la razonabilidad y proporcionalidad de la pena de prisión asignada a esas conductas punibles.

g) La ponencia busca justificar la necesidad de seguir sancionando estas conductas mediante el derecho penal, teniendo en cuenta que, en la actualidad, la tecnología ha permitido que los contenidos espurios lleguen a viralizarse, lo que supone una afectación mucho más intensa de los bienes jurídicos protegidos (FJ-180 y ss.). Esto podría parecer cierto, si se lo mira con una perspectiva limitada, basada únicamente en la retribución severa y el castigo ejemplarizante para quien comete la conducta. Sin embargo, más allá de esa visión -que desde antaño busca superar el derecho penal constitucional-, cabe preguntarse si genuinamente esa es la vía más efectiva para solucionar este tipo de conflictos, particularmente, en un contexto en el que cualquier comentario o información se viraliza, al punto de resultar imposible identificar su fuente inicial. ¿Es realmente necesario fijar penas de prisión en estas circunstancias? La ponencia parece omitir este cuestionamiento.

En estos términos quedan expuestas las razones que me llevan a salvar el voto respecto de la sentencia en cuestión.

Fecha ut supra

JUAN CARLOS CORTÉS GONZÁLEZ

Magistrado

Expediente D-15.176

M.P. Jorge Enrique Ibáñez Najar