Sentencia C-635/14

DELITO DE INJURIA Y CALUMNIA-Circunstancias especiales de graduación de la pena/DELITO DE INJURIA Y CALUMNIA-Retractación

Le correspondió a la Corte pronunciarse sobre dos distintas cuestiones relativas a los delitos de injuria y calumnia. La primera de ellas, si la penalización de estas conductas en los casos en que la acción se realice mediante escrito dirigido exclusivamente al afectado o en su sola presencia, es contraria a la Constitución por sancionar comportamientos que en realidad no causan daño y, la segunda, si la total exclusión de responsabilidad penal siempre que hubiere retractación o rectificación por parte del autor deja desprotegido el derecho a la honra de la persona ofendida e impide indebidamente el acceso de ésta a la administración de justicia. La Corte encontró por un lado, la existencia de cosa juzgada constitucional en relación con varios de los cargos propuestos y, por el otro, que no vulnera la dignidad humana, ni constituye exceso ni detrimento en la función que la Constitución atribuye a la Fiscalía, la penalización atenuada de la injuria o la calumnia privadas, ni la total exención de pena, en los casos de retractación y/o rectificación.

DEMANDA DE INCONSTITUCIONALIDAD-Requisitos mínimos

CONCEPTO DE VIOLACION-Exigencias

PRINCIPIO PRO ACTIONE EN DEMANDA DE INCONSTITUCIONALIDAD-Aplicación

COSA JUZGADA CONSTITUCIONAL-Características

COSA JUZGADA RELATIVA-Concepto/COSA JUZGADA RELATIVA-Alcance

COSA JUZGADA CONSTITUCIONAL-Carga mínima de argumentación

COSA JUZGADA RELATIVA-Restricción al cargo o problema estudiado

Cuando la Corte restringe el alcance de la cosa juzgada en una sentencia al cargo o problema estudiado, es claro que esa limitación hace referencia al asunto materialmente debatido, más que a las normas formalmente invocadas por los actores. Una interpretación diversa permitiría que los ciudadanos formularan el mismo ataque contra una disposición

que ya fue declarada exequible, siempre y cuando tuvieran la habilidad de encubrir el mismo cargo con una distinta envoltura formal. Esa situación no sólo introduciría una enorme inseguridad jurídica sino que, además, vulneraría el perentorio mandato del artículo 243 superior, según el cual, los fallos que "la Corte dicte en ejercicio del control jurisdiccional hacen tránsito a cosa juzgada constitucional".

TIPOS PENALES DE INJURIA Y CALUMNIA COMO MEDIDAS DE PROTECCION DE DERECHOS FUNDAMENTALES A LA HONRA Y AL BUEN NOMBRE-Jurisprudencia constitucional

PRINCIPIO DE LEGALIDAD EN EL MARCO DE LA POTESTAD DE CONFIGURACION DEL LEGISLADOR EN MATERIA PENAL-Jurisprudencia constitucional/PRINCIPIO DE LEGALIDAD-Límite a la libertad de configuración legislativa en materia penal

DOCTRINA DEL DERECHO VIVIENTE-Jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia/DERECHO A LA HONRA-No todo concepto o expresión mortificante para el amor propio debe entenderse como imputación deshonrosa

PRINCIPIO DE ESTRICTA LEGALIDAD-Jurisprudencia constitucional

PRINCIPIO DE LEGALIDAD-Implica el respeto del principio de lesividad del acto

DERECHOS A LA INTIMIDAD, BUEN NOMBRE Y HONRA-jurisprudencia constitucional

DERECHO AL BUEN NOMBRE Y DERECHO A LA HONRA-Tensión frente a la libertad de expresión

EXTINCION DE LA ACCION PENAL POR RETRACTACION-Jurisprudencia constitucional

DELITOS CONTRA LA INTEGRIDAD MORAL-Contenido/DELITOS CONTRA LA INTEGRIDAD MORAL-Bien jurídico protegido

ACCION DE RETRACTARSE-Concepto según la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia/RECTIFICACION-Concepto según la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia

DERECHO DE RECTIFICACION-Requisitos que permiten su despliegue en condiciones de equidad

En el ejercicio de este derecho se han de cumplir los siguientes requisitos que permiten su despliegue en condiciones de equidad: "(i) que la rectificación o aclaración se haga por quien la difundió; (ii) que se haga públicamente; (iii) que tenga un despliegue y una relevancia equivalentes al que tuvo la información inicialmente publicada y (iv) que la rectificación conlleve para el medio de comunicación el entendimiento de su equivocación, error, tergiversación o falsedad". (…) cuando quiera que la rectificación sea ordenada por una autoridad judicial, la orden que ésta profiera debe establecer con claridad "los lineamientos precisos bajo los cuales ésta deberá ser realizada. Lo anterior, con el objeto de proteger efectivamente los derechos fundamentales de quien fue afectado con la información falsa divulgada y asegurar su efectivo restablecimiento.

PRINCIPIO DE DIGNIDAD HUMANA-Naturaleza/DIGNIDAD HUMANA-Derecho fundamental autónomo

DIGNIDAD HUMANA-Involucra las condiciones materiales de existencia

DIGNIDAD HUMANA-Alude a la intangibilidad de los bienes no patrimoniales, integridad física e integridad moral

DELITO DE INJURIA Y CALUMNIA COMO CONDUCTAS LESIVAS DEL BIEN JURIDICO DENOMINADO "INTEGRIDAD MORAL"-Estrecha relación entre los derechos que tal bien implica y la dignidad humana

PROTECCION DEL DERECHO A LA HONRA-Jurisprudencia constitucional/DERECHO A LA HONRA-Derecho fundamental de todas las personas que se deriva de su propia dignidad y que por lo tanto demanda la protección del Estado

PRINCIPIO DE DIGNIDAD HUMANA-Limita el ejercicio de la libertad de configuración normativa del legislador en materia de tipificación de delitos y del establecimiento de penas

OBLIGACION DE PERSECUCION DEL DELITO POR PARTE DE LA FISCALIA GENERAL DE LA NACION-Respeto/PROCESO PENAL-Fuentes de derecho aplicable

LIBERTAD DE CONFIGURACION LEGISLATIVA EN MATERIA PENAL-Límites

Referencia: expediente D-10105

Asunto: Demanda de inconstitucionalidad en contra de los artículos 223 (parcial) y 225 (parcial) de la Ley 599 de 2000 “Por la cual se expide el Código Penal”

Actor: Edgar Saavedra Rojas, Gonzalo Rodrigo Paz Mahecha y Javier Mauricio Hidalgo Escobar

Magistrado Ponente:

GABRIEL EDUARDO MENDOZA MARTELO

Bogotá D.C., tres (3) de septiembre de dos mil catorce (2014)

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

SENTENCIA

I. ANTECEDENTES

En ejercicio de la acción pública de inconstitucionalidad consagrada en los artículos 241 y 242 de la Constitución Política, los ciudadanos Edgar Saavedra Rojas, Gonzalo Rodrigo Paz Mahecha y Javier Mauricio Hidalgo Escobar demandaron la inexequibilidad de los artículos 223 (parcial) y 225 (parcial) de la Ley 599 de 2000, “Por la cual se expide el Código Penal”.

En la misma providencia, ordenó comunicar la iniciación del proceso al Presidente del Congreso de la República, a la Ministra de Justicia y Derecho y a la Secretaría Jurídica de la Presidencia de la República, para que, si lo estimaban conveniente, se pronunciaran respecto de la exequibilidad o inexequibilidad de las disposiciones acusadas.

De igual forma, en el mencionado Auto se invitó a la Academia Colombiana de Jurisprudencia, al Instituto Colombiano de Derecho Procesal y a los decanos de las Facultades de Derecho de las universidades de Antioquia, Externado de Colombia, del Atlántico, Industrial de Santander, San Buenaventura, Andes, Libre, Gran Colombia, EAFIT,

del Rosario, del Norte, Pontificia Javeriana, del Sinú, Pontificia Bolivariana, Santo Tomás, Sergio Arboleda, del Valle y Autónoma de Bucaramanga –UNAB-, para que, si lo consideraban conveniente, intervinieran dentro del proceso con el propósito de rendir concepto sobre la constitucionalidad de los preceptos demandados, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 13 del Decreto 2067 de 1991.

Una vez cumplidos los trámites previstos en el artículo 242 de la Constitución Política y en el Decreto 2067 de 1991, la Corte Constitucional procede a decidir acerca de la demanda de la referencia.

II. EL TEXTO DEMANDADO

A continuación se transcribe el texto de los artículos 223 y 225 de la Ley 599 de 20000, conforme a su publicación en el Diario Oficial No. 44.097 de 24 de julio de 2000 y se subraya el aparte demandado.

LEY 599 DE 2000

(24 de julio de 2000)

Diario Oficial No. 44.097 de 24 de julio de 2000

“Por medio de la cual se expide el Código Penal”

El Congreso de Colombia

DECRETA:

“(…)

“ARTÍCULO 223. Circunstancias especiales de graduación de la pena. Cuando alguna de las conductas previstas en este título se cometiere utilizando cualquier medio de comunicación social y otro de divulgación colectiva o en reunión pública, las penas se aumentarán de una sexta parte a la mitad.

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

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 proferirse sentencia de primera o única instancia, siempre que la publicación de la retractación se haga a costa del responsable, se cumpla en el mismo medio y con las mismas características en que se difundió la imputación o en el que señale el funcionario judicial, en los demás casos.

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

(…)".

III. LA DEMANDA

1. Normas constitucionales que se consideran infringidas

Los demandantes estiman que las disposiciones objeto de censura constitucional, contenidas en la Ley 599 de 2000, "Por medio de la cual se expide el Código Penal", contravienen lo dispuesto en los artículos 1, 2, 5, 6, 11, 12, 13, 29, 214, 250 de la Constitución Política, la Convención Americana de Derechos Humanos y el Pacto Universal de Derechos Humanos.

2. Fundamentos de la demanda

2.1. Según los demandantes, el artículo 223 (parcial) de la referida ley, vulnera los artículos 1º, 2º, 5º, 6º, 11, 12, 13, 29, 214 y 250 de la Constitución Política; 4° y 15, numeral 1°, de la Convención Americana de Derechos Humanos y 9 y 11 del Pacto Universal de Derechos Humanos, por los argumentos que a continuación se reseñan.

En primer lugar, manifiestan que la disposición desconoce el principio de legalidad penal, contenido en el artículo 29 Superior, como elemento integrador del debido proceso, toda vez que, el legislador, extralimitando su libertad de configuración legislativa, consagra como conducta punible, un hecho que no lesiona y ni siquiera pone en peligro bienes o derechos del Estado, la Nación o la persona.

En lo que atañe al principio de proporcionalidad consagrado en los artículos 1°, 2°, 5°, 6°,

11, 12, 13 y 214 de la Constitución Política; en el artículo 4° de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales y el artículo 4° de los Derechos Civiles y Políticos, sostienen que el precepto acusado, al asignar la categoría de delito a la conducta allí descrita, violó el principio de prohibición de exceso, dado que compromete garantías fundamentales, como la libertad, pues el Estado cuenta con otros mecanismos menos invasivos para enfrentar conductas que no revisten la gravedad para justificar la intervención del derecho penal como última ratio.

En tercer lugar, consideran que se violó el principio de dignidad humana, toda vez que el reproche normativo para una conducta humana debe fundamentarse en que la misma afecte o ponga en peligro el bien jurídico que se pretende tutelar.

Asimismo, estiman que la disposición en mención impone a los fiscales y jueces el deber de adelantar la acción penal por una conducta ausente de antijuridicidad, es decir, que no es delictiva, habida cuenta que, en ese caso específico, las imputaciones deshonrosas o delictivas efectuadas mediante un escrito dirigido exclusivamente al ofendido o en su sola presencia, no tienen la capacidad de afectar la honra, la reputación o la dignidad, es decir, no causan daño a la integridad moral, por cuanto se trata de una imputación que carece de difusión.

De igual modo, señalan que la disposición lesiona el artículo 11 de la Convención Americana de Derechos Humanos, toda vez que otorga carácter punitivo a un hecho que no tiene esas características porque carece de antijuridicidad, pues no vulnera, ni pone en peligro, el bien jurídicamente tutelado, la honra.

Al respecto, indican que la honra, al ser el concepto externo y social que las demás personas tienen en relación con nuestra propia valía social, con nuestro comportamiento correcto y respetuoso dentro de la comunidad, en razón de nuestros valores y virtudes conocidas socialmente, es evidente que para efectos de que se consuman los delitos de injuria y calumnia se requiere que, por lo menos, otra tercera persona conozca o escuche las imputaciones deshonrosas o delictivas. Sin embargo, con la conducta descrita el único que tiene conocimiento es la víctima.

Dichas imputaciones, por la manera en que son formuladas, no afectan ni ponen en desmedro la estima social ni el buen concepto que se tiene socialmente del destinatario,

porque no son conocidas por otro miembro de la comunidad.

En aras de reforzar la anterior postura, indican que es indispensable la difusión pública o social de las imputaciones, para que exista transgresión de la honra, la reputación o la dignidad. Si las imputaciones se dirigen exclusivamente a la víctima o se dan en su única presencia, no hay daño, ni potencialidad de poder afectar la reputación positiva que el destinatario de las mismas tiene en el medio social.

Así las cosas, a juicio de los demandantes el artículo 223 en mención, consagra como conducta punible atenuada, una hipótesis carente de antijuridicidad, lo cual es totalmente reprochable. Por tanto, de no declararse su inexequibilidad, se continuaría avalando la circunstancia de que sobre los funcionarios de la Fiscalía y de la judicatura en general, recae el deber de adelantamiento de la acción penal contra el autor de dichas imputaciones, pese a que se está en presencia de un proceder que no puede generar responsabilidad penal, por ausencia de antijuridicidad.

En esa medida, si la conducta carece de antijuridicidad, no puede ser considerada como punible, y si no es delictiva, lógicamente, no está dentro de las potestades del legislador incluirla en el catálogo penal, porque se extralimitaría en las competencias que el Constituyente le confirió.

Añaden que se trata de un desbordamiento competencial de particular trascendencia y constituye una grave amenaza para el Estado de Derecho y para los intereses de los habitantes del territorio nacional, porque aceptar como una facultad del legislador, el que pueda reprochar penalmente conductas que carecen de antijuridicidad, sería abrir la compuerta a todo tipo de persecuciones, que tendrían como único objetivo político, el poder perseguir a determinados grupos poblacionales o sectores de la nación, por motivos raciales, religiosos, ideológicos, sociales, económicos, políticos, o de cualquier otra naturaleza.

Por otra parte, consideran que se incurrió en error legislativo, por el hecho de no haber consagrado la calumnia y la injuria, cometida en contra de la víctima en su sola y única presencia y haber previsto el agravante cuando la injuria se infiere utilizando medios de comunicación, sin decirse nada, cuando las imputaciones se hacen en presencia de la víctima y de otras personas.

Con fundamento en lo anteriormente descrito, solicitan se declare la inexequibilidad del inciso segundo del artículo 223 de la Ley 599 de 2000, en cuanto consagra una sanción atenuada, pero que al fin y al cabo es sanción, por una conducta que no afecta ni lesiona el bien jurídico tutelado, es decir, la honra, la reputación o el patrimonio moral de las personas, porque al hacerse las imputaciones injuriosas o delictivas en la sola presencia del ofendido, o en escrito dirigido exclusivamente a tal persona, las mismas no tienen difusión, publicidad, ni resonancia social, por tanto el bien jurídico se mantiene incólume ante tal tipo de conductas.

2.2. En cuanto al artículo 225 (parcial) acusado, los demandantes señalan que vulnera los artículos 1°, 2°, 5°, 6°, 11, 12, 13, 214, 250, inciso 1°, 6° y 7°, de la Constitución Política; el Preámbulo y el artículo 17 del Pacto Universal de Derechos Humanos; el artículo 4° de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales; y el artículo 4° de los Derechos Civiles y Políticos.

De manera previa a la presentación de sus argumentos, refieren que mediante sentencia C-489 de 2002[1], la Corte Constitucional declaró la exequibilidad del artículo 225 de la Ley 599 de 2000 en relación con los artículos 2, 13, 15, 21, 229 de la Carta.

Por consiguiente, y en respeto de la cosa juzgada constitucional, la presente demanda se fundamenta en la vulneración de los artículos 1, 6 y 250 de la Constitución Política, y en el principio de proporcionalidad deducido por esta Corporación de los arts. 1, 2, 5, 6, 11, 12, 13 y 214 Superiores.

Inician la exposición de sus argumentos, señalando que el precepto objeto de censura constitucional, al consagrar una conducta humana, típica, antijurídica y culpable, debe generar un juicio de responsabilidad penal.

Advierten que la libertad de configuración legislativa no permite excluir la responsabilidad cuando la conducta realizada fácticamente corresponde a un delito, ni tampoco puede excluir la responsabilidad para privilegiar la supervivencia de un derecho de mayor rango axiológico, menos aún en aquellos casos en los que se vulnera el patrimonio moral de la persona, sin que estén de por medio el ejercicio del derecho a la información o el ejercicio de la libertad de expresión, dejando a la víctima sin opciones de encontrar el restablecimiento del derecho transgredido con la conducta delictiva.

Sostienen que la norma demandada infringe el principio de dignidad humana, contemplado en el artículo 1° Superior, toda vez que cualquiera de las dos imputaciones, calumnia o injuria, lesiona gravemente la dignidad del individuo, pudiendo incluso generarle graves trastornos en su vida de relación, en su aspecto personal, o en su entorno familiar, laboral, profesional, y en general, en cualquiera de sus ámbitos de interrelación social.

Asimismo, señalan que el mandato impuesto en el segundo inciso del artículo 21 Superior, según el cual, la ley debe establecer elementos necesarios para la protección de la honra, también resulta vulnerado, ya que la disposición en comento promueve su violación, al consagrar la posibilidad de que los autores de injuria y calumnia puedan persistir en la vulneración permanente de la honra, siempre y cuando se cuiden de retractarse de las imputaciones antes de que se dicte sentencia de primera o de única instancia, avalando, así, la impunidad y el desconocimiento del restablecimiento del derecho de las víctimas.

Estiman que la norma constituye un instrumento de crimino-génesis, porque además de prever penas muy leves que dan lugar a la excarcelación mientras dure el proceso y permitir la concesión del subrogado de la condena en ejecución condicional, incorpora una verdadera causal de impunidad que invita a la delincuencia, con la seguridad de ausencia total de castigo, porque si el delincuente quiere evitar la condena simplemente debe retractarse antes de proferirse sentencia de primera instancia, sin necesidad de contar con el consentimiento del ofendido, retractación que no le impone obligaciones pecuniarias o de ninguna otra naturaleza, tendientes a la reparación del derecho transgredido, contra lo que ordena el artículo 250 Superior.

Consideran que el bien jurídicamente tutelado se infringe desde la divulgación o publicidad de las imputaciones injuriosas o calumniosas y, por ende, consumado el delito, necesariamente se ha de producir el castigo, a menos que exista ausencia de conducta, de antijuridicidad o de culpabilidad, que, como eximentes de responsabilidad, excluyen la punibilidad.

La sola retractación no constituye una forma eficiente de retribuir a la víctima por los perjuicios ocasionados por la conducta, pues, el legislador, al eximir al delincuente de la responsabilidad penal, consecuentemente, de manera tácita, lo está excluyendo de la responsabilidad civil, porque no podría pensarse en el establecimiento de una

responsabilidad extracontractual que no tenga fuente en el delito y en la consecuente responsabilidad penal.

Recuerdan que el derecho al restablecimiento del derecho no se satisface con la retractación, sino que también comprende el restablecimiento económico de los perjuicios ocasionados con la acción delictiva, el derecho a la verdad y a la justicia, tal como lo consideró la sentencia C-228 de 2002[2].

Por otra parte, afirman que la disposición contiene múltiples errores legislativos que contribuyen a la plural vulneración constitucional. En relación con ellos, resaltan que la consagración de esta exención de responsabilidad surge de la voluntad del legislador de querer privilegiar los derechos a la información y de expresión sobre el derecho a la honra, y el yerro consiste en haber considerado que todos los casos de transgresión del patrimonio moral de las personas, se producen en el ejercicio de estos dos derechos y de manera concreta, utilizando medios de comunicación social.

Se descarta dentro de las hipótesis delictivas que dan lugar a la retractación, en los muchos eventos en que la difusión de las imputaciones delictivas o deshonrosas no se hagan con el propósito de ejercer los derechos constitucionales de información y libertad de expresión, sino que se formulan con el único propósito de ocasionar daño a la víctima o buscando su desprestigio, para obtener determinados beneficios.

En estas otras hipótesis delictivas, el hecho de sacrificar el derecho a la honra en beneficio del delincuente, por haberse retractado, no tendría justificación legal de ninguna naturaleza, porque se trataría de hipótesis en las que no se estaría protegiendo o privilegiando los derechos de información y de expresión.

Aducen que el legislador incumple el deber constitucionalmente impuesto, porque i) no establece las normas necesarias para la protección de la honra; ii) crea un factor criminógeno por excelencia: la retractación, para que formulen hechos deshonrosos o delictivos a los ciudadanos de bien, que los mortifiquen, que les hagan la vida imposible y iii) si acaso la víctima decide defenderse instaurando un querella por calumnia o injuria, el delincuente puede persistir en su actitud delictiva hasta antes de que se dicte sentencia de primera instancia, momento en el cual, se retracta y sin tener que indemnizar a la víctima, ni estar obligado al restablecimiento del derecho, queda eximido de responsabilidad penal.

Destacan que aun cuando es cierto que la retractación constituye un paliativo moral para la víctima, la honra vulnerada nunca será reparada integralmente, porque de manera regular la difusión de esta, siempre tiene menos trascendencia mediática y menos interés.

Asimismo, la disposición desconoce el hecho de que la víctima, en ocasiones, con el ánimo de obtener la verdad y la justicia, instauró querella por los delitos de calumnia e injuria, teniendo que incurrir en costosas erogaciones para pagar los servicios de los abogados que adelanten el proceso. Igualmente, que como consecuencia de la difusión de las especies falsas o deshonrosas, las mismas pueden tener efectos negativos en su unidad familiar, laboral, profesional, social, que no se solucionan ni compensan con la simple retractación.

A su juicio, la retractación, tal como se le considera en otras legislaciones, debería tenerse como una causal de atenuación, dado que el delito se consumó, hubo perjuicio y el sujeto activo actuó con intención y a consecuencia de ello, la víctima sufrió las consecuencias negativas de la conducta punible. No es de recibo aceptarla sin tener en cuenta la opinión o consentimiento de la víctima, pues luego de haberse hecho públicas las expresiones calumniosas o injuriosas, por más que se garantice que la retractación se haga en la misma forma en que estas fueron hechas, es imposible que la honra lesionada con las mismas se pueda recuperar de manera total, porque no siempre quienes tuvieron conocimiento de las expresiones atentatorias contra la honra, tienen la oportunidad de conocer las declaraciones relacionadas con las retractaciones.

Agrega que el legislador de 2000, vulnerando el Texto Superior, suprimió una condición contenida en el Código Penal de 1980, en el sentido de que se exigía que la retractación contara con el consentimiento de la víctima.

2.2.1. Violación del principio de responsabilidad general establecido para los ciudadanos, en el artículo 6° de la Constitución Política, cuando se vulneran las previsiones constitucionales o legales

Señalan que dado el carácter limitado de la libertad de configuración legislativa, el legislador no tiene libertad, so pena de transgredir el Texto Superior, para consagrar exenciones de responsabilidad por fuera de las causales previstas en relación con el

principio de oportunidad, ni tampoco eximentes de responsabilidad, diferentes de las consagradas en la parte general del Código Penal .

El principio consagrado en el artículo 6° resulta transgredido por el contenido del artículo 225 de la Ley 599 de 2000, porque pese a que se produce la violación de los artículos 220 y siguientes, y se afecta el bien jurídico tutelado, el legislador dispuso que aun cuando se infringe la ley penal, no habrá responsabilidad para el actor de la misma.

Manifiestan que si la norma demandada tenía como propósito privilegiar el derecho de la información y el de la libertad de expresión, la misma no era indispensable, pues tal colisión de derechos se enmarca dentro de la causal de ausencia de responsabilidad consagrada en el numeral 5° del artículo 32 del Código Penal, por actuar el agente en el ejercicio de un derecho (el derecho de informar o la libertad de expresión), de una actividad lícita (la comunicación social) o de un cargo público.

Reprochan la generalidad de la disposición, pues no se distingue cuándo la conducta se realiza por parte de un comunicador social, en el ejercicio de su actividad profesional, o cuándo, sin serlo, se hace por la necesidad de difundir un hecho o una noticia que se sabe es de interés público; no se distingue cuándo la difusión no tiene como objetivo publicitar una noticia de interés público, sino por el depravado interés de mortificar y ocasionar daño o de obtener beneficios ilícitos con la deshonra de la víctima. La norma tampoco establece diferencias de cuándo la conducta es una calumnia o una injuria, porque mientras la primera requiere que sea falsa, la segunda no tiene esta exigencia, de tal manera que en la difusión de una conducta calumniosa, es trascendental verificar si quien la difundió conocía acerca de la falsedad de la misma, o la difundió firmemente convencido de que se trataba de una noticia cierta y real. En la injuria no se hace la diferenciación entre la difusión de una imputación deshonrosa falsa o verídica, ni tampoco los objetivos buscados por quien la difunde.

Resaltan que de aplicarse la causal de exclusión de responsabilidad general (art. 32), es claro que dentro de la misma, no podrían incluirse aquellas conductas que no se realizan dentro de la actividad profesional de los comunicadores, ni tampoco, la del ciudadano que sin ser periodista, sí quiere difundir una noticia que considera que debe ser conocida por los miembros de la comunidad.

Al no expresarse en el artículo 225 en comento, que la exención de responsabilidad cuando se presenta la retractación tiene como finalidad privilegiar el derecho de la información y de la libertad de expresión, es evidente que podrían quedar dentro de esta exención de responsabilidad casos en los cuales la conducta se consumó precisamente en el ejercicio del derecho a la información, pero, también, quedan incluidas conductas que no se hayan realizado con tal propósito, sino con el fin de mortificar, ocasionar daño, perjudicar a la víctima u obtener beneficios ilícitos.

Tampoco se resuelven los problemas de si en la calumnia la difusión noticiosa se hizo con el íntimo convencimiento de que lo que se estaba publicando era cierto, o si, por el contrario, se hizo con la convicción de que era una noticia falsa.

En cuanto a la injuria, no se distingue si las imputaciones deshonrosas se hacen en relación con la conducta de un personaje público o de una conducta que por su relevancia tenga el interés general de la comunidad, si las imputaciones deshonrosas se hacen dentro del ejercicio de la actividad de un comunicador social, o si, por el contrario, lo hace cualquier persona con el ánimo de perjudicar a otro individuo.

Bajo esa óptica, la conducta no solo es contraria a la Constitución Política, sino que resulta injusta y promueve, así sea indirectamente, que el patrimonio moral de las personas sea transgredido, con el conocimiento y convencimiento previo a la realización de la conducta, de que así se inicie proceso penal, la conducta finalmente quedará en la impunidad.

Finalmente, aseveran que si las injurias y calumnias son típicas, antijurídicas y culpables, ostentan las características de un delito y la Fiscalía General tiene la responsabilidad de adelantar la acción penal, sin que pueda suspenderla, interrumpirla, ni renunciar a su ejercicio, excepto en la aplicación del principio de oportunidad y demás excepciones legales, si ello es así, existirá conducta punible, y al no existir causales de ausencia de responsabilidad penal, la Fiscalía deberá ejercer la acción penal, hasta que se obtenga el castigo del responsable.

2.2.3. La consagración del restablecimiento del derecho

Con el mentado artículo 225 el legislador incumple con el mandato constitucional antes destacado, porque no solamente no se protege la honra de los ciudadanos, sino que, por el

contrario, promueve la vulneración del patrimonio moral de las personas durante meses o años, para que, a última hora, antes de que se dicte sentencia de primera instancia, y con el único propósito de evitar la condena, se retracten, sin que el derecho penalmente desconocido y vulnerado, haya sido reparado, ni tampoco los perjuicios ocasionados con el delito, derecho este constitucionalizado a partir de 1991, con el establecimiento del principio del restablecimiento del derecho.

Señalan que dentro del ordenamiento jurídico existen múltiples normas penales y procesales penales que consagran rebajas punitivas, exenciones de responsabilidad o exenciones de punibilidad, sobre el presupuesto del restablecimiento de los derechos de las víctimas. En el peor de los casos, en algunos de ellos, se ordena, por lo menos, que se tenga en cuenta la opinión de la víctima.

Así las cosas, la extinción de la acción penal, o la exclusión de responsabilidad al autor que se retracta, se erige como una abierta violación al derecho a la reparación de la víctima que se constituye como tal en el proceso penal, porque se enerva la posibilidad de iniciar el incidente de reparación integral aplicable a hechos acaecidos en vigencia de la Ley 906 de 2004, y a una condena en perjuicios aplicable a casos sometidos al imperio de la Ley 600 de 2000 cuando se ha constituido como parte civil de forma oportuna.

En consecuencia, indican que no tiene sentido que en aplicación del principio de economía procesal se le diga a la víctima de un delito de injuria o calumnia, quien escogió la acción penal para hacer valer sus derechos a la justicia, verdad y reparación, que la retractación del agente da por terminado el proceso penal, y que si es su deseo obtener la reparación, deberá acudir a la jurisdicción civil, pues de esta manera se burlan las legítimas expectativas de justicia de una víctima, y lejos de cumplir con los postulados de economía procesal lo que se logra es más congestión y menos justicia, dejando en el limbo los derechos del agraviado. Además, recalcan que la justicia civil le negará sus pretensiones, porque al haberse excluido la responsabilidad penal por el legislador, no se puede pensar en una indemnización civil, que tiene su único fundamento en la existencia de una responsabilidad penal.

2.2.4. A que se consideren sus intereses al adoptar una decisión discrecional sobre el ejercicio de la persecución del injusto

Recuerdan que el legislador considera que cuando se tomen decisiones discrecionales sobre el ejercicio de la acción penal en la persecución del delito, se tengan en cuenta los intereses de la víctima.

Es tal la importancia que el legislador quiso dar a los derechos de las víctimas que estableció el derecho para ellas de tener asistencia jurídica durante el incidente de reparación directa, circunstancia completamente desconocida en la norma acusada.

Indican que no es de recibo que para tomarse una decisión en relación con el principio de oportunidad han de tenerse en cuenta los intereses de las víctimas, mientras que en el caso de la retractación de los delitos de calumnia e injuria los intereses de las víctimas son totalmente dejados de lado y se privilegia la condición del procesado, que sin causa justificada vulneró la honra de víctima.

Igualmente, los demandantes discuerdan con la circunstancia de que los acuerdos o negociaciones con el imputado o acusado son improcedentes cuando no haya reintegrado por lo menos el 50% del valor equivalente al incremento percibido, en una clara búsqueda de proteger los intereses de la víctima, y en la norma demandada se establezca un olvido total para los intereses de restablecimiento del derecho a la víctima.

En relación con los preacuerdos se determina que los mismos pueden comprender las reparaciones efectivas a la víctima siempre y cuando esta los acepte, en caso negativo, podrá acudir a la justicia civil, para demandar por responsabilidad extracontractual.

Es reprochable como, si el beneficiado con la suspensión condicional de la ejecución de la pena privativa de la libertad no repara los daños, sin justa causa, la pena impuesta se deberá ejecutar en su integridad, y en el caso de la norma demandada, ni siquiera se escucha la opinión de la víctima para exonerar de responsabilidad al delincuente.

Por todo lo anterior, sostienen que debe rechazarse la simple retractación, sin que se tenga en cuenta el consentimiento de la víctima y sin que exista una reparación de por medio, pues de esta manera el delito cometido por el calumniador o el injuriador queda en la más absoluta impunidad.

Al respecto, se preguntan los demandantes, ¿cuál es la razón para que las víctimas de los

delitos de calumnia e injuria, se encuentren en situación desigual, respecto de las víctimas de todos los demás delitos contenidos en el Código Penal?.

Si el legislador considera que el derecho a la información y la libertad de expresión son de mayor trascendencia que el de la honra, desconoce que no existen derechos de carácter absoluto y que si bien es cierto, nadie puede olvidar la importancia del derecho a la información, y de la libertad de expresión, su defensa y posición privilegiada no puede llevar al legislador a hacer tabla rasa con el derecho a la honra de todos los miembros de la Nación, que quedarían en el más inminente peligro, porque ante el supuesto ejercicio del derecho a informar, y de ejercer la libertad de expresión, su honra desaparecería, al igual que su intimidad y otros derechos que son inherentes a ella, como por ejemplo, la dignidad humana.

Expresan que si la norma se creó con el propósito de privilegiar el derecho a la información sobre el derecho a la honra, se debió especificar de manera precisa, cuándo la calumnia y la injuria se producen en el ejercicio de este otro derecho constitucional, toda vez que la disposición demandada es de carácter general y no se distingue cuándo la conducta punible es realizada por un comunicador social y cuándo lo es por otro ciudadano que quiere perjudicar y ocasionar daño a la víctima con la difusión de noticias calumniosas o injuriosas.

Es tan genérica la consagración de esta exención de responsabilidad, que el afectado en su patrimonio moral como consecuencia de la actividad de un comunicador social, se encuentra en mejor situación que el ciudadano que es calumniado o injuriado por otro que no ejerza dicha profesión, porque en el caso del comunicador, la víctima, por lo menos, tendrá derecho a la rectificación, que es un derecho constitucionalmente consagrado y debidamente reglamentado por la ley, en tanto que si la calumnia o la injuria la emite una persona que no tenga la calidad de comunicador social, aquella ni siquiera tendrá el derecho a la rectificación.

Para concluir, señalan que la disposición no solo viola el artículo 21 Superior, en cuanto a que no toma previsiones para proteger la honra, sino que permite que se pueda conculcar el derecho constitucional y penalmente protegido y que finalmente el responsable, por medio de una infame retractación pueda eludir la pena, sin siquiera tener que hacer una

reparación del derecho desde la perspectiva económica. Se viola también el artículo 250, inciso 6, en cuanto a que se permite que se vulnere el derecho constitucionalmente protegido y que el delincuente quede en la impunidad, sin haber reparado a la víctima, sin haber restablecido el derecho consagrado, con una simple retractación, para la cual, ni siquiera se tiene en cuenta el pensamiento y la voluntad de la víctima.

2.2.5. El principio de proporcionalidad punitiva y su vulneración con la norma demandada

Afirman que el legislador incurre en error, pues es evidente que si la conducta realizada cumple con las exigencias normativas para que se constituya en una conducta punible, sin que exista atipicidad, o causal de ausencia de acción, de antijuridicidad, ni de culpabilidad, de manera necesaria los jueces de la República tendrán que emitir un juicio de responsabilidad.

Resaltan que en el artículo 225 se configura una conducta punible, porque hubo tipicidad, antijuridicidad y porque el sujeto activo actuó con culpabilidad, por tanto no está dentro de la potestad legislativa del Congreso crear una nueva causal de exención de responsabilidad que contradice lo que esta figura constituye desde la perspectiva dogmática y porque con esta previsión normativa se termina por vulnerar las normas superiores destacadas y demostradas a lo largo de esta demanda.

El legislador nunca tuvo en cuenta si el sujeto activo del delito actuó con la íntima convicción de estar diciendo la verdad en el caso de la calumnia, si tuvo el cuidado de verificar la veracidad de la información, si hizo una calificación respecto de la seriedad de la fuente de la que obtenía la información que posteriormente difundió, si se analizó el carácter de la fuente y los motivos de la misma para revelar ese tipo de informaciones.

Para efectos de la exención de responsabilidad, nunca estableció una diferenciación entre la calumnia (que requiere como elemento normativo del tipo que las imputaciones sean falsas), y la injuria (conducta delictiva en la que es intrascendente que las imputaciones sean veraces o falsas), pues lo que importa es la vulneración de la intimidad, al difundirse imputaciones deshonrosas que hacen parte del mundo privado de los seres humanos.

Tampoco tuvo en cuenta el principio de proporcionalidad, para dar una solución a un conflicto de derechos, entre la honra y el derecho a la información, principio que lo ha

debido llevar a establecer una serie de requisitos para predicar la supremacía del derecho a la información en ciertos casos o el predominio del derecho a la honra en otros eventos.

Por último, sostienen que el único presupuesto exigido por el legislador es que la retractación sea voluntaria, sin importar de cuál de los dos delitos se trata, desconociéndose, primordialmente, las diversas estructuras típicas de la calumnia y la injuria, porque mientras en la primera conducta punible las imputaciones delictivas publicitadas deben ser falsas, en la segunda conducta, ello no se requiere, porque las imputaciones deshonrosas pueden ser falsas o verdaderas, protegiéndose con esta más que la honra, el derecho a la intimidad.

IV. INTERVENCIONES

Vencido el término de fijación en lista, y en cumplimiento de lo ordenado en auto de 28 de febrero de 2014, la Secretaria General de esta Corporación informó que, de acuerdo a las comunicaciones libradas, se recibieron los siguientes escritos de intervención:

4.1. Ministerio de Justicia y del Derecho

Mediante escrito allegado a esta Corporación el 25 de marzo de 2014, el doctor Fernando Arévalo Carrascal, manifestando obrar en nombre y representación del Ministerio de Justicia y del Derecho, intervino en el trámite de la presente acción, con el fin de solicitar a la Corte Constitucional que declare la exequibilidad de los apartes contenidos en los artículos 223 y 225 de la Ley 599 de 2000, por considerar que los argumentos presentados por los demandantes no lograron desvirtuar el principio de preservación del derecho, la seguridad jurídica y la presunción de constitucionalidad de las disposiciones acusadas.

En relación con el inciso 2º del artículo 223, manifiesta que, si bien es cierto que consagra unas circunstancias modales que tienen la capacidad de influir favorablemente al momento de aplicar la pena dentro de los límites señalados por la ley, la acción del sujeto agente sí puede transgredir o poner en peligro el bien jurídico tutelado, es decir: la honra, el honor, la dignidad, el buen nombre o la reputación, toda vez que el comportamiento del sujeto consiste en la producción de una situación no deseada por el sujeto pasivo, creando una información, concepto y opinión que causa deshonra o daño.

Sostiene que la ofensa no necesariamente debe realizarse en público, pues lo que la ley establece es que de realizarse en privado se atenúa la pena, por estimar que su efecto es menos dañino que si se hace en medio de un conglomerado, pues en todo caso genera daños exclusivamente personales y lesiona la autoestima del agraviado.

Al respecto, destaca que existen dos tipos de injurias: i) injurias con publicidad e ii) injurias sin publicidad, las cuales, indistintamente, lesionan la dignidad de otra persona, menoscabando su fama o atentando contra su propia estimación.

En cuanto a la exequibilidad del artículo 225 demandado, expresa que se trata de un tipo subordinado privilegiado, toda vez que, en su inciso primero, prevé una causal excluyente de responsabilidad, en caso de que el autor o partícipe se retracte voluntariamente antes de proferirse sentencia de primera o única instancia.

Asimismo, en su inciso segundo, se establece una causal de extinción de la acción penal, de conformidad con lo consagrado el artículo 82, numeral 2º, del Código Penal, “extinción de la acción penal por retractación en los casos previstos en la ley”.

Puntualiza que la retractación es diferente a la rectificación o aclaración, fenómenos que no operan como eximentes de responsabilidad, pero sí son formas de atenuar los efectos de la imputación.

Expresa que mediante sentencias C-489 de 2002 y C-417 de 2009 se desvirtuaron las afirmaciones de los demandantes, según las cuales, i) la retractación lesiona los artículos 2 y 21 Superiores y ii) no constituye una forma eficiente de retribuir a la víctima los perjuicios generados por el delito. Indica que aun cuando los actores discuerdan con los argumentos esgrimidos en dichas providencias, no presentaron una verdadera argumentación jurídica, quedándose en las meras críticas. Es decir, no lograron romper los principios de preservación del derecho, seguridad jurídica y la presunción de constitucionalidad de las normas demandadas.

Continúa la presentación de sus argumentos, pronunciándose respecto de la presunta violación de cada una de las normas constitucionales que, juicio los demandantes, han sido vulneradas con el contenido del inciso segundo, del artículo 225 de la Ley 599 de 2000, en los siguientes términos:

En lo atinente a la dignidad humana, afirma que la retractación no significa que se esté degradando al ser humano como tal hasta el punto de deshumanizarlo para convertirlo de sujeto a objeto.

Frente al principio de responsabilidad, consagrado en el art. 6 Superior, sostiene que, dado el dinamismo del derecho penal, esta no aplica en todos los casos. Indica que una vez hecha la imputación deshonrosa o la conducta típica, el agraviado podrá acudirá a la Fiscalía General y formular su querella; posteriormente, el Fiscal investigador procederá conforme al inciso 2º del artículo 552 de la Ley 906 de 2004 y, de no prosperar la conciliación, el fiscal ejercitará la acción penal correspondiente.

Respecto a la responsabilidad, manifiesta que la Corte Constitucional ha reiterado que existen otros medios judiciales eficaces, diferentes al proceso penal, para que la víctima haga valer su derecho a la honra.

En cuanto al deber de la Fiscalía y de la justicia en general, de adelantar la acción penal y realizar las investigaciones de los hechos que revistan las características de un delito, precisa que dentro del delito de injuria o calumnia, actualmente la Fiscalía sigue el conducto regular establecido por la ley, es decir, el agraviado formula la querella, la Fiscalía General la recibe, el Fiscal procede conforme al inciso segundo del artículo 522 de la Ley 906 de 2004, citando al querellante y al querellado a una conciliación y si no hay acuerdo continúa con la investigación del hecho.

En relación con la consagración del restablecimiento del derecho y su infracción, destaca que este instituto le da la opción en toda su dimensión al afectado directo o indirecto con el delito, de devolver las cosas al estado en que se encontraban inicialmente.

Finalmente, y en lo atinente con el principio de proporcionalidad, sostiene que en el caso sub examine carece de relevancia el tipo penal y la pena, toda vez que, el sujeto, al retractarse, queda exento de responsabilidad o se extingue la acción penal, por tanto, no se llega al extremo de tener que adecuar la conducta e imponer la pena.

4.2. Universidad Sergio Arboleda

La Escuela Mayor de Derecho de la Universidad Sergio Arboleda intervino oportunamente

en el trámite de la acción, mediante la presentación de un escrito en el que solicita a la Corporación i) declarar la inexequibilidad parcial del artículo 223, inciso segundo, de la Ley 599 de 2000, y ii) dictar sentencia inhibitoria en relación con la petición de declaratoria de inconstitucionalidad del artículo 225 ibídem, o, en su defecto, declarar su exequibilidad.

De manera previa a la presentación de sus consideraciones de fondo, el representante de la referida institución, se pronuncia acerca de algunos aspectos de forma de la demanda que estima de relevancia.

En primera medida, sostiene que si bien la acción cumple con dos de los requisitos señalados en el artículo 2° del Decreto 2067 de 1991, a saber, la enunciación de las normas acusadas y las presuntas normas constitucionales vulneradas, no ocurre lo mismo respecto a la presentación de las razones de la demanda, toda vez que no configura una proposición jurídica completa que permita emprender un mejor ejercicio en relación con el debate de fondo.

Aunado a lo anterior, indica que los actores omitieron pronunciarse respecto al requisito de la competencia, exigencia a observar en este tipo de mecanismos.

Seguidamente, realizó algunas precisiones de índole jurídico penal, frente a lo cual afirma que la demanda adolece de los siguientes defectos fundamentales: i) los autores enfatizan en doctrina sobre diversas materias que no encajan dentro de una ordenación conceptual que permita aprender como un todo la disciplina del derecho penal en el contexto colombiano; ii) se incurre en yerro metodológico, dado que los accionantes, en aras de proponer a la Corte determinados juicios de constitucionalidad, acuden a la construcción dogmática del delito, olvidando que un juicio de constitucionalidad es una valoración en la que se verifica si una o varias normas se ajustan o no a los postulados superiores; iii) la demanda pareciere no precisar con el rigor requerido los alcances de todos y cada uno de los principios que limitan el ejercicio de la potestad punitiva del Estado, tanto desde el punto de vista formal como material, razón por la que desdibuja toda la principialística que rige en esta materia.

Asimismo, sostiene que discrepa con la afirmación, según la cual, el reproche penal es una fase posterior a la emisión de los juicios de conducta, tipicidad, antijuridicidad y culpabilidad, toda vez que desconoce las bases de la teoría del delito.

Igualmente, refuta la consideración según la cual al tenor del artículo 225 se requiere la emisión de todos los juicios contenidos en el artículo 9 del Código Penal: acción, tipicidad, antijuridicidad y culpabilidad, puesto que, si la retractación, con base en la cual se emite un juicio de exclusión de responsabilidad, es aquella que se emite antes de proferirse sentencia de primera o única instancia, a todas luces es evidente que no puede demostrarse la culpabilidad, porque esa evaluación le corresponde emitirla al juez en la sentencia; y, por sustracción de materia, si no se ha emitido el acto que pone fin al proceso, es erróneo hablarse de una persona culpable o responsable.

Por otra parte, señala que la expresión "no habrá lugar a responsabilidad…" contenida en el artículo 223 censurado, se emplea en un sentido jurídico, para indicar que no se asume la carga respectiva, dado que no se han configurado las condiciones señaladas en la propia ley.

Por último, precisa que debe ser objeto de censura la manera como la demanda pretende construir las causales de exclusión de la culpabilidad, entre las que ubica todas las formas de error, bien sea de tipo o de prohibición, desconociendo que, de acuerdo con la dogmática penal contemporánea, es claro que el error de tipo invencible descarta la tipicidad de la conducta, mientras que el error de prohibición de las mismas características excluye la culpabilidad.

Seguidamente, se pronunció acerca de las consideraciones de fondo respecto de los cargos formulados.

En lo que respecta a la inconstitucionalidad de la disposición contenida en el artículo 223, inciso segundo, el interviniente afirma que, efectivamente, pugna con las disposiciones superiores que se invocan como vulneradas.

Ello, por cuanto una disposición como la acusada, que castiga con una pena reducida a quien cometa una conducta calumniosa o injuriosa a través de escrito dirigido exclusivamente al ofendido o en su sola presencia, carece de potencial lesivo para el honor de las personas y, por ende, no puede tener acogida en el marco de un derecho penal liberal, de garantías.

Advierte que lo realmente afectado con la inclusión de la conducta en mención en el Código

Penal es el principio de lesividad, de dañosidad social del bien jurídico, de la objetividad jurídica del delito, de la ofensividad o de la exclusiva protección de bienes jurídicos.

Al respecto, recuerda que “no hay delito sin daño” y que la finalidad del derecho penal no es defender ideas morales, estéticas o políticas, ni promover actividades sociales concretas. Igualmente, que la intervención punitiva solamente es procedente frente a conductas de trascendencia social y que afecten las esferas de libertad ajenas, pues al derecho penal propio de un Estado Social y Democrático de Derecho le está vedado interferir en la vida privada de las personas.

En ese orden de ideas, solicita que se declare la inconstitucionalidad del aparte normativo contenido en el artículo 223, toda vez que contraviene los artículos 1, 2 inciso 2° y 16 de la Carta.

Frente al artículo 225 acusado, manifiesta que existe cosa juzgada constitucional, razón que imposibilita realizar un nuevo pronunciamiento de fondo.

Lo anterior por cuanto considera que los cinco cuestionamientos en que se fundamenta la acción sub examine, a saber: i) privilegio del derecho a la información en detrimento del patrimonio moral de las personas; ii) desconocimiento del deber de la Fiscalía General de la Nación de adelantar la acción penal contra todo hecho que tenga las características de un delito; iii) vulneración del derecho a la honra o reputación; iv) infracción del derecho a la dignidad humana y v) afectación del derecho de las víctimas de ser protegidas por las autoridades judiciales, tienen ya un desarrollo material en la sentencia C-489 de 2002.

Por último, afirma que los actores, en aras de determinar la existencia de una cosa juzgada constitucional, efectúan una comparación meramente formal, desconociendo que debe llevarse a cabo un cotejo de naturaleza material entre las distintas normas invocadas en su demanda y las que sirvieron de sustento en el pronunciamiento de la Corte Constitucional en 2002.

4.3. Ciudadanos Antoine Joseph Stepanian Santoyo y Jennifer Stepanian Rozo

Los ciudadanos en mención solicitan a la Corte Constitucional declarar la inexequibilidad de los apartes acusados, toda vez que se encuentran de acuerdo con los argumentos

presentados por los demandantes.

En relación con el contenido del inciso 2° del artículo 223 acusado, señalan que no existe justificación alguna para que el legislador atenúe la conducta allí prevista, por cuanto el artículo 21 Superior, el artículo 11 de la Convención Americana de Derechos Humanos y el artículo 17 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, ordenan proteger a las personas de ataques ilegales a su honra o reputación.

Asimismo, sostiene que al incorporar la diminuente punitiva desconoce que respecto de los delitos que protegen la moral de la personas existen tres aspectos fundamentales que integran la noción de intimidad, a saber: i) tranquilidad, ii) autonomía, y iii) control de información, entendido como la posibilidad de mantener ocultos algunos aspectos de nuestra vida privada y como la posibilidad de controlar el manejo y circulación de la información, cuando ha sido confiada a un tercero.

En cuanto a la disposición consagrada en el artículo 225 de la Ley 599 de 2000, manifiestan que a pesar de que en sentencia C-489 de 2002, el Tribunal Constitucional se pronunció acerca de los delitos materia de estudio en la acción sub examine, los argumentos y fundamentos debatidos en aquella ocasión difieren de los expuestos en la presente, por ende, no se configura cosa juzgada constitucional que impida el pronunciamiento actual.

De igual manera, expresan que no es correlativo que el Estado disponga en sus leyes procesales como requisito de procedibilidad la presentación de una querella pero que no se tenga en cuenta al querellante al momento de dar por terminado el asunto penal cuando la persona denunciada acepte y se retracte de la comisión de un delito contra la honra, desconociendo que las facultades de todo ciudadano es obtener del órgano jurisdiccional del Estado, verdad justicia y reparación.

Recuerdan que la action civile tiene carácter de accesoriedad en el proceso penal latinoamericano. Es decir, que si se ejercen en forma conjunta las dos acciones, la civil es accesoria de la penal, por ende, ambas deben tramitarse conforme las reglas y normas del proceso penal.

Igualmente, advierten que el principal derecho material del ofendido es la indemnización civil conforme con lo consagrado en los artículos 103 a 110 del Código Penal. Dicha

responsabilidad civil que recae en el acusado o tercero responsable comprende tres importantes aspectos: la restitución, la reparación del daño causado y la indemnización de perjuicios.

Como colofón de lo adverado, afirman que los derechos de las víctimas se ven burlados por la retractación que de un delito de injuria o calumnia haga el agresor en las condiciones contenidas en el artículo 225 objeto de censura constitucional.

V. CONCEPTO DEL PROCURADOR GENERAL DE LA NACIÓN

Mediante concepto número 5764, radicado ante la Secretaría General de esta Corporación, el veintiocho (28) de abril del año en curso, el representante del Ministerio Público solicitó a la Corte Constitucional declararse inhibida para pronunciarse respecto de las disposiciones acusadas y, por el contrario, estarse a lo resuelto en las sentencias C-489 de 2002 y C-442 de 2011. De manera subsidiaria, solicitó la declaratoria de exequibilidad de las normas demandadas.

Después de resumir los argumentos de inconstitucionalidad señalados en la demanda, indica que lo decidido por la Corte Constitucional en sentencia C-489 de 2002 respecto del artículo 225 permite deducir la existencia de la cosa juzgada constitucional.

Al respecto, puntualiza que en dicha providencia se declaró la exequibilidad simple del artículo 225, como consecuencia de una demanda que se fundaba en reproches consistentes en: i) violar los derechos a la honra, a la igualdad, al buen nombre y al acceso a la administración de justicia; b) impedir a la víctima acudir a la jurisdicción civil para reclamar los perjuicios generados y c) transgredir el derecho a la igualdad, cargos que, si bien no eran completamente idénticos, sí esencialmente iguales a los que se presentan en el sub examine, esto es, transgresión de los derechos a la honra, a la intimidad, a la reparación, al restablecimiento del derecho y a los demás derechos de la víctima de las imputaciones, y vulneración del principio de responsabilidad jurídica.

Por consiguiente, estima que el Tribunal Constitucional está impedido para pronunciarse sobre la norma, pese a que en la parte resolutiva de la mentada providencia la Corte limitó los efectos de su decisión a los cargos expresamente analizados.

No obstante lo anterior, indica que en caso de que el máximo órgano de la jurisdicción constitucional considere que en el presente caso únicamente se configura una cosa juzgada constitucional relativa, debe de tener en cuenta que lo decidido en aquella ocasión constituye un precedente relevante que en todo caso permite nuevamente declarar la exequibilidad de la disposición.

Por otra parte, y en lo atinente al art. 223 parcialmente demandado, expresa que en sentencia C-442 de 2011 se declaró su exequibilidad. Por tanto, es posible colegir que existe cosa juzgada constitucional.

Recuerda que si bien en dicha oportunidad se declaró la constitucionalidad del artículo 223 exclusivamente por los cargos examinados en la decisión, es decir, en el principio de estricta legalidad en materia penal (artículos 20, 29 y 93 superiores y los artículos 9 y 13 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos), los cuales se dirigían a indagar la precisión de los tipos penales de injuria y calumnia, es de destacar que en aquella decisión se reprochó la supuesta ambigüedad, imprecisión, generalidad del art. 223 y, por ende, se acusaba una violación al principio de legalidad, tal y como sucede en la acción bajo revisión. En esa oportunidad se juzgó si el artículo en mención implicaba una falta de proporcionalidad, acusación también realizada en el presente.

Sin embargo, la Vista Fiscal expresa que, en caso de que se determine que ese fenómeno jurídico tampoco se ha configurado, se recomienda considerar que en la sentencia C-4421 de 2011 es posible encontrar argumentos constitucionales para resolver negativamente el problema jurídico propuesto y declarar exequible la disposición.

Explica que la protección de estos bienes jurídicos a través del derecho penal es consecuencia del ejercicio de la libertad de configuración del legislador, dado que se ha adoptado mediante tipos penales a) de naturaleza querellable y, por tanto, únicamente susceptibles de ser invocados directamente por sus víctimas y no por cualquier persona; b) que exigen un intento de conciliación como requisito de procedibilidad para el ejercicio de la acción penal y que, por ende, tienen una finalidad más preventiva y disuasiva que un propósito estrictamente sancionador; y, en todo caso, c) que no dependen exclusivamente de la voluntad de la víctima, toda vez que solo se configuran cuando la conducta se realiza de manera dolosa y el daño cometido en todo caso tiene una dimensión objetiva, hasta el

punto de que la retractación del victimario precisamente configura una causal de extinción de la acción penal, por tratarse de un paliativo moral para la víctima, sin perjuicio de que el ofendido cuenta con otros recursos judiciales para buscar la reparación del daño.

Destaca que la jurisprudencia constitucional ha definido que el hecho de que la retractación del sujeto activo de una conducta de injuria o calumnia extinga la acción penal no es óbice para que la víctima acuda a otros medios de reparación del daño, distintos de la acción penal, pues aquella no equivale a una completa absolución de responsabilidad sino que es una mera aplicación de los principios de razonabilidad y necesidad de la pena.

Asimismo, sostiene que el carácter objetivo y no exclusivamente subjetivo de los bienes jurídicos protegidos por los tipos penales de injuria y calumnia, constituye el fundamento por el que el artículo 223 no lesiona la dignidad humana, los principios de legalidad y proporcionalidad en materia penal ni el deber de investigar que recae en la Fiscalía General de la Nación.

VI. CONSIDERACIONES Y FUNDAMENTOS DE LA CORTE

1. Competencia

De conformidad con lo dispuesto en el numeral 4 del artículo 241 de la Constitución Política, esta Corporación es competente para decidir sobre la demanda de inconstitucionalidad que en el presente caso se formula contra los artículos 223 (parcial) y 225 (parcial) de la Ley 599 de 2000, “Por la cual se expide el Código Penal”.

2. Planteamiento del asunto

Cuestionan los actores dos preceptos de la Ley 599 de 200, tacha que, de manera general, se puede expresar en los siguientes términos:

a) El inciso 2 del artículo 223 que establece una disminución de la pena cuando las conductas tipificadas como delitos contra la integridad moral, se cometan mediante escrito dirigido únicamente al ofendido o en su sola presencia, se le estima violatorio de la Constitución por vulnerar el principio de prohibición de exceso, pues hay formas menos invasivas para sancionar tales conductas. Los comportamientos descritos por el precepto no serían antijurídicos dado que no afectan ni causan daño a la dignidad humana, ni a los

bienes jurídicos que pretenden proteger, por ello, su tipificación pone en riesgo la dignidad humana y desconoce el principio de legalidad. Adicionalmente estiman que se quebranta el mandato del artículo 250 de la Carta que señala el deber de la Fiscalía de perseguir solo los hechos constitutivos de delitos, pues el texto acusado impone a los fiscales y jueces el deber de adelantar la acción penal por una conducta carente de antijuridicidad, es decir, que no es delictiva.

b) El artículo 225 de la Ley 599 de 2000 consagra la ausencia de responsabilidad cuando las conductas descritas como delitos contra la integridad moral son objeto de retractación o rectificación por parte del autor del punible. Esta disposición es controvertida pues se considera que vulnera el derecho a la honra dada la posibilidad para el infractor de hacer uso de las figuras de retractación o rectificación sin más y evitar con ello el actuar de la administración de justicia. Por similares motivos se entiende que lo normado quebranta el restablecimiento de los derechos de las víctimas quienes se quedan sin mecanismos para reparar las afectaciones padecidas y por ende se desconoce el derecho de acceso a la justicia. Además, se quebranta el principio de responsabilidad establecido en el art. 6 de la Carta al relevar de responsabilidad a quien infringe la ley. Finalmente se manifiesta que se viola lo dispuesto en el artículo 250 al impedir que se persiga por parte de la Fiscalía una conducta delictiva.

3. Cuestiones preliminares

Como se ha observado, en la intervención de la Universidad Sergio Arboleda se ponen de presente algunos reparos a la formulación de la demanda, en particular, respecto de lo que tiene que ver con las razones aducidas para cuestionar los preceptos demandados, pues, en opinión del interviniente, no se "(…) configura del todo una proposición jurídica completa que permita emprender un mejor ejercicio en relación con el debate de fondo (…)". Adicionalmente, se indica que los actores omitieron pronunciarse en torno al requisito de la competencia de la Corte, exigencia a observar en el uso de este tipo de mecanismos.

Debe entonces esta Corporación revisar la aptitud del escrito de censura dado que de ello depende la formulación de los problemas jurídicos, y la pertinencia de una decisión de fondo sobre los cargos.

3.1 La aptitud de los cargos de la demanda

Se entiende que en principio se estimaron por auto admisorio, atendidos los requisitos establecidos en el artículo 2 del Decreto 2067 de 1991. Con todo, no se desprende de lo decidido en el proveído mencionado que, al momento de proferir sentencia, deba esta Corporación resolver de fondo sin más, si se advierte, en un análisis más detallado, la presencia de razones que puedan conducir a un pronunciamiento diferente[3], más aún, ha sido presentada una solicitud encaminada a obtener una resolución inhibitoria.

Reiterada ha sido la jurisprudencia del Tribunal Constitucional al favorecer la salvaguardia del derecho político de los ciudadanos a interponer acciones en defensa del Texto Superior y del ordenamiento jurídico, conforme con lo dispuesto en el artículo 40, numeral 6, de la Carta. Sin embargo, aquella también ha precisado que el ejercicio de esta prerrogativa a través de las demandas de inconstitucionalidad, implica algunas exigencias necesarias para el correcto trámite del requerimiento.

El artículo 2 del Decreto 2067 de 1991 estipula una serie de requisitos mínimos, de obligatorio cumplimiento para el ciudadano, cuando pretende un pronunciamiento de la Corte Constitucional en sede constitucionalidad.[4] Concretamente, la jurisprudencia de la Corporación ha advertido que como condiciones esenciales, el líbelo de censura debe contener "el objeto demandado, el concepto de la violación y la razón por la cual la Corte es competente para conocer del asunto[5]".

En lo concerniente al concepto de violación, la jurisprudencia ha detallado una serie de requisitos que permiten establecer la idoneidad de la demanda para obtener de la Corporación un pronunciamiento de fondo. Se debe siempre advertir, que el análisis de estos requisitos, en cada caso concreto, está mediado por la presencia del principio pro actione, el cual implica para la Corte, una valoración de los requisitos que prefiera "una decisión de fondo antes que una inhibitoria"[6]. La aplicación de este principio tiene asidero constitucional en el artículo 2 de la Constitución Política, el cual propende hacia la realización efectiva de los derechos como exigencia esencial del Estado Social de Derecho.

Puntualmente, la Sala Plena ha advertido que las razones invocadas por el actor en el escrito acusatorio, deben ser claras, ciertas, específicas, pertinentes y suficientes; pues de no serlo, no le es posible a esta Corporación pronunciarse de fondo sobre los reparos de

quien instaura la acción.[7] En el asunto en estudio y en relación con los varios cargos, formulados contra los dos enunciados legales atacados, se hace necesario un análisis de las inconformidades planteadas.

Para el interviniente que hace reproches a la demanda, se advierte una "forma poco ortodoxa" en la que extensas citas de jurisprudencia y doctrina se intercalan con reflexiones propias "(…) lo cual conforma un conjunto idiomático que, a ratos, no tiene cohesión alguna, pierde todo sentido y termina por desdibujar su propio petitum (…)"

En cuanto a las observaciones de inconstitucionalidad sobre el inciso 2 del art. 223, la Corte estima que en lo relacionado con los posibles quebrantamientos al principio de legalidad y al principio de prohibición de exceso, al tipificarse una conducta no dañosa, no caben cuestionamientos por incumplimiento de los requisitos exigibles al cargo en materia de razones en las que se funda la violación de la Constitución. Igualmente, no tiene reparos la Corporación respecto del cumplimiento de requisitos en la formulación de la acusación por violación al artículo 250 de la Carta que ordena la persecución de hechos con características de delitos. Para la Sala la explicación de los demandantes en cuanto que el mandato acusado no tiene la naturaleza de delito, pues la conducta tipificada no comporta daño, resulta inteligible.

Igualmente, no advierte la Corporación reparos al cargo por violación al principio de dignidad, el cual, ciertamente depende de la veracidad de la premisa según la cual el tipo penal tachado no comporta daño.

En lo que hace relación al contenido legal vertido en el artículo 225 de la Ley 599 de 2000 se advierte que se cumplen los requisitos exigidos para la formulación de los cargos cuando se explica la afectación del derecho a la honra. Creen los accionantes que las consecuencias de la retractación dejan sin protección el citado derecho de rango constitucional.

También resultan comprensibles las acusaciones contra la preceptiva legal contenida en el artículo 225, pues, entienden los signatarios de la demanda que se cercena la posibilidad de restablecer los derechos de las víctimas y, consecuentemente, se niega el acceso a la justicia.

En lo concerniente al desconocimiento del principio de responsabilidad establecido en el

artículo 6 de la Carta no caben objeciones, pues, resulta en principio comprensible que una exclusión de responsabilidad pueda distanciarse de una cláusula constitucional de atribución de responsabilidad por violación de la Ley o la Constitución. En lo que atañe al quebrantamiento del artículo 250 de la Carta, resulta entendible que se considere extraño a la Constitución un precepto que supuestamente impide la persecución del delito cuando el texto superior ordena lo contrario.

Por lo que respecta a la observación específica, según la cual, los demandantes no adujeron las razones por las cuales la Corporación es competente para conocer del asunto, resulta oportuno recordar lo sentado por la jurisprudencia:

"El último elemento que tendrá que contener la demanda de inconstitucionalidad es la razón por la cual la Corte es competente para conocerla (artículo 2 numeral 5 del Decreto 2067 de 2000), circunstancia que alude a una referencia sobre los motivos por los cuales a la Corte le corresponde conocer de la demanda y estudiarla para tomar una decisión. Obviamente, la apreciación del cumplimiento de esta condición ha de ser flexible, puesto que "cuando en el libelo demandatorio se advierta la ausencia de ciertas formalidades o su incorrecta aplicación, lo razonable es determinar si esas circunstancias le impiden a la Corte apreciar la cuestión que se le plantea, por cuanto, si tales carencias o errores no desvirtúan 'la esencia de la acción de inconstitucionalidad' o no impiden que la Corte determine con precisión la pretensión del demandante, se impone la admisión de la demanda"[8]. (negrillas fuera de texto)

Resulta cierto que la redacción con miras al cumplimiento de esta exigencia, no es la más cuidada en el escrito en estudio, sin embargo, se mencionan las disposiciones constitucionales en las cuales se funda la competencia de este Tribunal, por lo cual la inconsistencia anotada no impide a la Corte comprender la pretensión de la demanda, siendo pertinente resolver sobre lo pedido.

3.2 El inciso 2 del artículo 223 y el artículo 225 demandados y las Sentencias C-489 de 2002 y C-442 de 2011. Cosa juzgada relativa

Es oportuno recordar que las decisiones proferidas por la Corte Constitucional como guardiana de la integridad de la Constitución, hacen tránsito a cosa juzgada constitucional, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 243 de la Carta y 22 del Decreto 2067 de

1991[9]. La finalidad que inspira esta institución de orden procesal es el logro de la seguridad jurídica, la firmeza de lo decidido y el establecimiento el carácter vinculante de los mandatos contenidos en el fallo.

La Corte a lo largo de su jurisprudencia ha caracterizado diferentes formas en las cuales tiene lugar la Cosa Juzgada. En particular, y por ser de interés para esta decisión, se retomará la distinción entre la cosa juzgada absoluta y la cosa juzgada relativa, haciendo énfasis en esta última, pues, de lo que sobre este punto se concluya, depende en mucho la suerte de los cargos elevados por los actores contra los enunciados legales contenidos en el inciso 2º del artículo 23 y en el artículo 25 de la Ley 599 de 2000.

Ha sentado la Sala que se tiene cosa juzgada absoluta cuando al adoptarse la decisión, se expulsa la norma del ordenamiento jurídico o cuando, declarada su exequibilidad, no se restringe el alcance de este último pronunciamiento puesto que se ha comparado la disposición revisada con la totalidad de la preceptiva constitucional, con lo cual, no cabe formular y desatar nuevas demandas que cuestionan la constitucionalidad del enunciado legal acusado[10]. Se entiende que esta condición opera en tanto se preserven las disposiciones del texto superior en las que se apoyó el fallo.

La cosa juzgada relativa tiene lugar cuando el alcance del pronunciamiento emanado del Tribunal Constitucional es limitado, ello por ejemplo acaece cuando la declaratoria de exequibilidad versa sobre un aspecto formal y, cabe atender demandas por razones de orden material contra la misma disposición antes evaluada por razones de forma. También se presenta este fenómeno, cuando el pronunciamiento de exequibilidad sobre el texto infraconstitucional, se contrae a un aspecto específico o, el contraste que hace el Tribunal Constitucional, acontece en relación con determinados mandatos de la Constitución, conservándose la posibilidad de adelantar otro juicio comparativo entre la norma inferior revisada y otras normas constitucionales. En este caso "(…) la cosa juzgada opera solamente en relación con lo analizado y decidido en la respectiva sentencia. (…)"[11]

Ha explicado la Corte que cuando se está frente a la cosa juzgada relativa:

"(puede) ser usual que tal alcance limitado de la decisión se haga expresamente en la parte resolutiva de la sentencia[12], circunscribiéndola al preciso ámbito de lo formal o a los cargos o disposiciones superiores que fueron analizados en la sentencia, como también

puede suceder que la delimitación de los efectos de la sentencia no se haya hecho en la parte resolutiva sino que el alcance se restringe en la parte motiva, dando lugar a lo que la jurisprudencia ha denominado “cosa juzgada relativa implícita”.[13]

(…) si la Corte analizó unos cargos y restringió a éstos los efectos de la decisión (resulta) una cosa juzgada relativa, existiendo la posibilidad de un nuevo análisis de la norma demandada por cargos diferentes, por cuanto ha quedado expresa la manifestación de la Corte de no haber analizado ningún aspecto diferente o de no haber confrontado la norma con la totalidad de la Constitución, bien que lo haya hecho implícita o explícitamente.

Se deduce, entonces, que no son los cargos formulados en las demandas de inconstitucionalidad los que determinan el ámbito de la cosa juzgada constitucional, sino la decisión que adopta la Corte en cada uno de sus pronunciamientos para restringir o no su alcance y con arreglo a la cual se podrá establecer si se configura una cosa juzgada constitucional con carácter relativo o absoluto (…)”[14] (sentencia C- 153 de 2002 M.P. Vargas Hernández)

Así pues, se encuentra que la cosa juzgada relativa no agota todas las posibilidades de análisis de constitucionalidad realizables en relación con un enunciado legal, con lo cual, es posible plantear nuevas discusiones sobre otros problemas jurídicos que pudiesen concernir a una norma ya juzgada por otros aspectos. Ha precisado la Sala que:

“(…) La cosa juzgada relativa, (…) se presenta cuando el juez constitucional limita en forma expresa los efectos de la decisión, dejando abierta la posibilidad para que en un futuro se formulen nuevos cargos de inconstitucionalidad contra la norma que ha sido objeto de examen, distintos a los que la Corte ya ha analizado.(…)” (Sentencia C- 966 de 2012 M.P. Calle Correa)

Un aspecto de capital importancia, ya avisado en esta consideración sobre la cosa juzgada relativa, hace relación a lo que debe tenerse en cuenta al momento de definir si una sentencia que se pronunció sobre un precepto legal, dio cuenta de un problema jurídico de constitucionalidad sobre la misma disposición, planteado posteriormente ante el Tribunal Constitucional. Ha establecido la Sala:

“(…) para que exista cosa juzgada constitucional es menester que las sentencias que

profiere la Corte contengan un mínimo de motivación o de referencia a las razones por las cuales se considera que la norma sub examine se ajusta o, por el contrario, contradice los dictados de la Ley Fundamental(…)

(…) la cosa juzgada constitucional supone una carga mínima de argumentación mediante la cual la Corte, como guardiana de la integridad y supremacía del Ordenamiento Superior, hace un análisis de la norma acusada para concluir en su exequibilidad o inexequibilidad. De ahí que cuando la providencia no hace ningún análisis o examen constitucional, respecto de una o varias normas que incluyó en la parte resolutiva no pueda hablarse de cosa juzgada constitucional respecto de ellas (…)" (negrillas fuera de texto.)

Finalmente, resulta oportuno recordar que la cosa juzgada se predica del cargo, pues los actores parecen entender que la misma acusación, en tanto se invoquen otros mandatos constitucionales tiene la entidad suficiente para configurar un cargo distinto. Recaer en una acusación, citando como preceptos quebrantados otros que no fueron expresamente citados en una decisión anterior, pero, orientando la argumentación a la ya atendida en esa sentencia previa sobre el mismo texto legal acusado, no hace al cargo materialmente distinto. Debe el actor mostrar la diferencia sustantiva y, para ello no basta variar la lista de mandatos supuestamente desconocidos por el enunciado legal censurado. Lo anterior, no es óbice para que, por ejemplo, los cambios constitucionales puedan dar lugar a nuevos problemas de constitucionalidad sobre un texto legal que ya ha sido objeto de decisión por la Corte. Una consideración jurisprudencial sobre la relevancia del carácter sustantivo del cargo se encuentra en el siguiente aparte:

"(…) cuando la Corte restringe el alcance de la cosa juzgada en una sentencia al cargo o problema estudiado, es claro que esa limitación hace referencia al asunto materialmente debatido, más que a las normas formalmente invocadas por los actores. Una interpretación diversa permitiría que los ciudadanos formularan el mismo ataque contra una disposición que ya fue declarada exequible, siempre y cuando tuvieran la habilidad de encubrir el mismo cargo con una distinta envoltura formal. Esa situación no sólo introduciría una enorme inseguridad jurídica sino que, además, vulneraría el perentorio mandato del artículo 243 superior, según el cual, los fallos que "la Corte dicte en ejercicio del control jurisdiccional hacen tránsito a cosa juzgada constitucional(…)". (negrillas fuera de texto)

Con esto presupuestos, resulta procedente atender la posible existencia de Cosa Juzgada respecto de lo demandado.

3.2.1. El inciso 2 del artículo 223 frente a la sentencia C-442 de 2011

Como se advirtió en el planteamiento general consignado en el numeral 2 de la parte considerativa de este proveído los demandantes cuestionan el enunciado legal del inciso 2 del artículo 223 por tipificar una conducta que en su sentir no causa daño al no poner en riesgo bienes jurídicos, adicionalmente, censuran el mandato dado que transgrede el principio de prohibición de exceso o proporcionalidad, pues, según entienden no es de recibo establecer sanciones de orden penal por comportamientos que no causan daño.

En la sentencia C-442 de 2011 la Sala Plena tuvo ocasión de desatar una demanda inicialmente presentada contra los artículos 220 y 221 de la Ley 599 de 2000, pero, en la corrección de la misma se entendió la formulación de cargos a los artículos 222, 223, 224, 225, 226, 227 y 228. Al establecer el "asunto bajo revisión" en la parte considerativa, precisó la Corte:

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

Adicionalmente, los demandantes y algunos intervinientes alegan que los tipos penales de injuria y calumnia no superan el juicio de estricta proporcionalidad al que deben ser

sometidas las limitaciones a la libertad de expresión porque no son medidas idóneas para proteger los derechos fundamentales al buen nombre y a la honra y porque son innecesarias pues existen otros medios igualmente adecuados para proteger estos derechos que resultan menos lesivos de la libertad de expresión, tales como las acciones de responsabilidad civil y la acción de tutela.(…)" (negrilla fuera de texto).

Como se puede apreciar, la Corte debía verificar si se quebrantaba el principio de legalidad con unos enunciados presuntamente vagos e indeterminados y, además debía definir si las disposiciones legales, entre ellas el artículo 223 del Código Penal, violaban el principio de proporcionalidad, pues, en opinión de los demandantes, no se estaba a frente a medidas idóneas para proteger los derechos al buen nombre y a la honra al existir otros medios menos lesivos de la libertad de expresión para lograr tal fin.

En la mencionada providencia, el Tribunal Constitucional al referirse a la protección de la honra y el buen nombre consignó en un apartado, titulado elocuentemente, lo siguiente:

"Los tipos penales de injuria y calumnia como medidas de protección de los derechos fundamentales a la honra y al buen nombre (…)

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

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

Posteriormente se observaba:

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

A modo de conclusión del apartado se dijo:

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

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

Seguidamente la Corte procedió a considerar el principio de legalidad en el marco de la potestad de configuración del legislador en materia penal observando lo siguiente:

“(…) la Corte ha encontrado que en determinados casos, tanto la naturaleza de los bienes jurídicos, como la gravedad de las conductas cuya exclusión se impone como medida para su protección, hacen que del ordenamiento constitucional, incorporados en él los tratados que forman parte del bloque de constitucionalidad, se derive el imperativo de criminalizar ciertos comportamientos(…)”

Y tras acudir a la jurisprudencia concluía “(…) uno de los límites a la libertad de

configuración el legislador en materia penal lo constituye el principio de legalidad. (…)" (negrillas del original). En cuanto a lo que comprende el principio se dijo:

" (…) el principio de legalidad (…) tiene otras manifestaciones, entre las que se cuentan:

(…) El principio de lesividad del acto (nulla lex poenalis sine iniuria)[15]; (…)" (negrillas fuera de texto)

"(…) únicamente pueden ser tipificadas conductas que afecten un bien jurídico con relevancia constitucional (…)"

Más adelante, y tras recordar que la jurisprudencia de la Corte acoge lo sentado en este tema por la Corte Suprema de justicia, criterio ciertamente compartido por la jurisprudencia constitucional:

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

Finalmente se cita in extenso lo estimado en relación con el quebrantamiento del principio de proporcionalidad:

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

En lo que tiene que ver con la supuesta falta de idoneidad es claro que el cargo formulado parte de una errada concepción de los tipos penales como medidas de protección de los derechos. En efecto, afirma uno de los intervinientes que la tipificación de la injuria y la calumnia no es apta para proteger el buen nombre y la honra porque la intervención judicial solo tendría lugar una vez se produce la vulneración y con el propósito de sancionar penalmente al responsable de la trasgresión. Empero, está lógica argumentativa llevaría a concluir que las medidas penales nunca serían instrumentos adecuados para la protección de los derechos fundamentales, pues la intervención judicial siempre sería posterior, es decir, una vez producida la afectación iusfundamental, y siempre revestiría un carácter sancionador. Olvida el interviniente que la prohibición de ciertas conductas mediante su tipificación penal tiene principalmente una función preventiva, es decir, la amenaza de sanción penal busca disuadir su comisión. En otras palabras, las medidas de carácter penal, son idóneas para proteger los derechos fundamentales, o en general bienes constitucionalmente protegidos, porque están diseñadas para prevenir la ocurrencia de las conductas que potencialmente pueden lesionarlos, precisamente por los efectos disuasorios que tiene la amenaza de sanción penal[16].

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

Respecto a la supuesta falta de necesidad de las medidas penales por existir otras que serían menos gravosas de los otros derechos fundamentales en juego –la libertad de expresión y en definitiva la libertad personal-, tales como el derecho de rectificación, las multas o la acción de tutela, e igualmente idóneas para proteger el buen nombre y la honra este argumento no será acogido por distintas razones. En primer lugar, porque como se plasmó previamente esta Corporación siempre ha encontrado constitucionalmente legítima la protección de los derechos al buen nombre y a la honra mediante tipos penales, adicionalmente esta posibilidad está expresamente autorizada por tratados internacionales

de derechos humanos tales como la CADH y el PIDCP y como antes se dijo ha sido acogida por la Corte IDH. En segundo lugar, la jurisprudencia de la Corte Constitucional ha entendido que existe una especie de protección multinivel de los derechos al buen nombre y a la honra, dentro de este diseño protector, los tipos penales de injuria y calumnia sólo entrarían sería aplicados cuando se trata de vulneraciones especialmente serias de estos derechos fundamentales, frente a las cuales los otros mecanismos de protección resultan claramente insuficientes, lo que precisamente concuerda con la idea del derecho penal como ultima ratio, también defendida por la jurisprudencia constitucional, postura que además ha sido plenamente acogida por la Sala de Casación penal de la Corte Suprema de Justicia, como previamente se demostró y que además debe ser seguida por los jueces penales debido al carácter vinculante que tiene los precedentes sentados por estas dos Corporaciones.(…)"

Previo a la decisión se dijo:

Debido a que los cargos contra los artículos 223, 224, 225, 227 y 228 tenían como fundamento la supuesta apertura e indeterminación de los tipos penales de injuria y calumnia, tampoco están llamados a prosperar (negrillas fuera de texto)

Y en la parte resolutiva se puntualizó:

Declarar EXEQUIBLES los artículos 220, 221, 222, 223, 224, 225, 226, 227 y 228 de la Ley 599 de 2000 "por la cual se expide el Código Penal", por los cargos examinados en la presente decisión. (negrillas fuera de texto)

Cabe preguntarse si de la extensa transcripción puede concluirse como lo sostiene la Procuraduría que opera el fenómeno de la Cosa juzgada en relación con las acusaciones formuladas contra el inciso 2 del artículo 223.

Para la Sala, dos de las diversas tachas manifestadas por los actores contra el varias veces mencionado inciso del artículo 223, fueron objeto de pronunciamiento en la sentencia ampliamente citada.

En primer lugar, la Corte advirtió que el tipo penal de injuria y calumnia, una de cuyas expresiones es el inciso 2º del artículo 223 del Código Penal, no quebranta el principio de legalidad. De las numerosas citas, se puede colegir que la sanción de las conductas

establecidas por el legislador, busca proteger los derechos a la honra y el buen nombre, con lo cual, queda sentado que los comportamientos descritos por el legislador tienen la potencialidad de lesionar dichos derechos. En el análisis hecho por la Sala ninguna de las formas establecidas por la Ley como reprochables fue valorada como inane. Lo que aconteció, fue que acogiéndose la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia en virtud de la doctrina del derecho viviente se observó que "(…) no todo concepto o expresión mortificante para el amor propio (…)" debe entenderse como imputación deshonrosa. Adicionalmente, la Corte advirtió que la protección de la honra está encaminada a proteger a los individuos con miras a no menoscabar su valor no solo frente al colectivo social, sino, frente a sí mismos.

Igualmente, la Corte recordó que el principio de legalidad implica entre otras varias cosas el respeto del principio de lesividad del acto (nulla lex poenalis sine iniuria. Adicionalmente, al hacer el test de proporcionalidad de la medida reconoció la idoneidad de los tipos penales de injuria y calumnia para disuadir a los potenciales infractores de la Ley de atacar la honra y el buen nombre y es en ese sentido que se constituyen en formas de protección de tales derechos.

Para la Sala, tanto lo analizado, como lo concluido por el Tribunal Constitucional en el fallo C- 442 de 2011, permiten afirmar que existe pronunciamiento de la Corporación en relación con una hipotética inconstitucionalidad por presunta vulneración del principio de legalidad al estimarse como delitos las conductas cometidas "por medio de escrito dirigido directamente al ofendido o en su sola presencia", infracción sustentada en la tipificación de un comportamiento que no causa daño. Sin duda, la Sala concluyó que los tipos penales de injuria y calumnia y sus subordinados tienen la potencialidad de acarrear daño y, ese daño no solo tiene que ver con la afectación de la imagen que los demás construyen del afectado, sino, con la percepción que este último tiene de sí mismo. Consecuentemente, el Tribunal Constitucional ha sentado que procederes como los descritos en el inciso 2° del artículo 223 del Código Penal, sí pueden causar daño y su incorporación al ordenamiento no quebranta el principio de legalidad. Así pues, en lo relacionado con este cargo se atendrá la Corte a lo resuelto en la varias veces mencionada C- 442 de 2011.

En segundo lugar, y por lo que tiene que ver con la violación del principio de prohibición de exceso, el fallo extensamente transcrito también sentó jurisprudencia. A ese respecto, la

Corporación consideró que los tipos penales de injuria y calumnia superaron el test de estricta proporcionalidad. Para la Sala, las medidas del legislador sobre este punto resultan idóneas, pues se orientan a disuadir a quien pretenda atentar contra la honra y el buen nombre del individuo y, en tal sentido, su finalidad es preventiva. Por lo que concierne a la necesidad, la Corte estimó que los tipos penales en el asunto en estudio resultan importantes, por lo menos, respecto de atentados muy graves a estos derechos en los que otras medidas existentes resultan insuficientes. Consecuentemente, entiende El Tribunal Constitucional que existe decisión sobre la presunta infracción del inciso 2 ° del art. 223 al principio de prohibición de exceso, con lo cual, se atiene la Corte a lo resuelto sobre este cargo en la sentencia C- 442 de 2011.

3.2.2 El artículo 225 frente a la sentencia C- 489 de 2002

En lo que hace relación con las tachas presentadas contra el artículo 225 del Código Penal, cabe atender la opinión de la Procuraduría General de la Nación cuando sostiene que respecto de aquellas, opera la cosa juzgada dado lo decidido en la Sentencia C-489 de 2002.

Resulta pertinente recordar que entre las varias censuras hechas al citado artículo 225, se tienen las que lo estiman violatorio de la Carta, pues, en el entender de los accionantes, la exclusión de la responsabilidad penal de conductas típicas, antijurídicas y culpables, por vía de la retractación y la rectificación, en los delitos contra la integridad moral; viola el derecho a la honra, atenta contra el restablecimiento de los derechos de las víctimas y niega el derecho de acceso a la justicia.

La Corte, mediante sentencia C-489 de 2002, resolvió una demanda elevada contra el enunciado legal contenido en el artículo 225. En el apartado de dicha providencia referido a la materia sujeta a examen, se precisó:

“La demanda de inconstitucionalidad que se ha presentado impone la necesidad de abordar los siguientes problemas jurídicos:

2.1. Debe determinarse si por virtud de las disposiciones demandadas, se presenta una atenuación de la protección penal de los derechos constitucionales a la honra y al buen nombre, al punto que la misma resulte contraria a las normas Constitucionales que

consagran tales derechos y la obligación de las autoridades de brindarles protección. (negrillas fuera de texto)

2.2. Debe precisarse si la disposición del artículo 225 acusado, conforme a la cual no habrá lugar a responsabilidad cuando el autor o participe de los delitos que afectan la honra y el buen nombre se retracte voluntariamente, sin contar para ello con la voluntad del afectado, se vulnera su derecho de acceso a la administración de justicia, especialmente si ello implica que, como consecuencia de la decisión penal, no se pueda acceder a la jurisdicción civil para obtener la indemnización de perjuicios. (negrilla fuera de texto)

2.3. Hay que establecer si es contrario al principio de igualdad, por una parte, el diferente tratamiento que la retractación recibe en las disposiciones acusadas, respecto del que se predica del delito de falsa denuncia, y por otra, la diferente posición en que las normas demandadas sitúan al agresor y a la víctima, en la medida en que al primero le permiten disponer de manera unilateral sobre la extinción de la acción penal.

En la parte motiva de la sentencia y bajo el título de "La protección de los derechos a la honra, al buen nombre y a la intimidad.", esta Corte manifestó:

(…) resulta imperativo conforme a la Constitución, que el Estado adopte los mecanismos de protección que resulten adecuados para garantizar la efectividad de los mencionados derechos, y ello implica la necesidad de establecer diversos medios de protección, alternativos, concurrentes o subsidiarios, de acuerdo con la valoración que sobre la materia se haga por el legislador(…)

(…) en Sentencia T-263 de 1998, la Corte expresó que "[l]a vía penal sólo protege determinadas vulneraciones a los anotados derechos fundamentales, al paso que la protección que la Constitución Política depara a los mismos es total(…)

(…) En la medida en que el agravio a los mencionados derechos puede manifestarse en un daño susceptible de estimación pecuniaria, también se provee a su protección a través de los mecanismos mediante los cuales es posible derivar la responsabilidad civil del agresor(…)

Posteriormente, luego de valorar la tensión del derecho al buen nombre y el derecho a la

honra, frente a la libertad de expresión, la Corte procedió a revisar la potestad de configuración del legislador en materia de protección de derechos advirtiendo que:

"(…) la Corte ha encontrado que en determinados casos, tanto la naturaleza de los bienes jurídicos, como la gravedad de las conductas cuya exclusión se impone como medida para su protección, hacen que del ordenamiento constitucional, incorporados en él los tratados que forman parte del bloque de constitucionalidad, se derive el imperativo de criminalizar ciertos comportamientos. Así, por ejemplo, la Corte ha señalado que existe un deber constitucional de sancionar penalmente conductas tales como la tortura, el genocidio, las ejecuciones extrajudiciales, o las desapariciones forzadas.[17]

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

Al margen de esos dos extremos, y dentro de los límites generales que el ordenamiento constitucional impone al legislador en materia penal, existe un amplio espacio de configuración legislativa en orden a determinar qué bienes jurídicos son susceptibles de protección penal, las conductas que deben ser objeto de sanción, y las modalidades y la cuantía de la pena.

La opción, entonces, de criminalizar una conducta, en aquellos eventos en que no está constitucionalmente impuesta o excluida, implica que el legislador ha considerado que para la protección de cierto bien jurídico es necesario acudir a mecanismos comparativamente más disuasivos que otros que podrían emplearse, no obstante su efecto limitativo de la libertad personal. Sin embargo, en el Estado de Derecho, a esa solución sólo puede llegarse cuando se ha producido una grave afectación de un bien jurídico, mediante un comportamiento merecedor de reproche penal y siempre y cuando que la pena resulte estrictamente necesaria (…)

Tras lo cual empieza a puntualizar en relación con el caso concreto:

Ciertamente cabría pensar, a partir de análisis concretos, que la adopción por el legislador de determinada norma, por la cual se disminuye el grado de protección de un derecho

fundamental o se suprime uno de los instrumentos que el ordenamiento había previsto para su defensa, puede significar que el derecho quede, de manera absoluta, desprovisto de protección, caso en el cual ciertamente estaría planteado un problema de constitucionalidad frente a las obligaciones genéricas y específicas de garantía que para las autoridades se derivan de la Carta.

Pero cuando la variación es apenas de grado, esto es, cuando por virtud de una norma se reduce la intensidad de la protección que el ordenamiento jurídico brinda a determinado bien jurídico, se entra, en principio, en el ámbito de la configuración legislativa. (negrillas fuera de texto)

Así, puede ocurrir, por ejemplo, que la nueva ley sea una respuesta a un cambio en la estimación colectiva del bien objeto de protección; o que la variación puede estar en la ponderación sobre lo adecuado de la respuesta o de los instrumentos de protección. O puede tratarse de un cambio de apreciación en torno a la efectividad de los instrumentos de protección, por considerar, por ejemplo, que no por más gravosos para el infractor, los instrumentos penales resultan más efectivos para la protección del derecho, en determinados supuestos. Se trata en todo caso de un proceso que discurre por el espacio de valoración que la Constitución ha reservado al legislador y que no puede ser objeto de un juicio de constitucionalidad, sino cuando desborde ese ámbito, y afecte, entonces, los límites que la propia Constitución impone al legislador. (negrillas fuera de texto)

Y concluye el apartado en los siguiente términos:

"(…) resulta admisible que frente a las conductas que afectan la integridad moral, se considere que no es necesario una ulterior protección penal cuando el derecho se ha restablecido a través de la retractación en las condiciones y con las características que al efecto haya previsto la ley.(…) (negrilla fuera de texto)

Con tales presupuestos, la parte considerativa incorpora un acápite con el elocuente título "La extinción de la acción penal por retractación no es contraria a la Constitución." entre cuyos apartados merecen transcribirse los siguientes:

"(…) La retractación no altera ni el carácter antijurídico de la conducta ni la culpabilidad del agente, pero ha estimado el legislador que ella es indicativa de que no se requiere de la

aplicación de la pena y por consiguiente no cabe proseguir el proceso orientado a establecer la responsabilidad jurídico penal por ausencia de necesidad preventiva de sanción penal.(…)”

(…)

“(…) disponer en el caso qué es objeto de análisis, la sustitución de la exclusión de punibilidad, por la extinción de la acción penal con la consiguiente exclusión de la posibilidad de derivar la responsabilidad jurídico penal, es una opción válida del legislador, que se inscribe dentro de una concepción, la del derecho penal fundamentado en la necesidad de la pena, que ha sido avalada por la jurisprudencia constitucional.(…)”

“(…) no puede decirse que la opción legislativa implique en este caso que se ha dejado desamparado el derecho al buen nombre y a la honra, porque precisamente, ha considerado el legislador que la lesión de los mismos deja de tener relevancia penal cuando se han restablecido a través de la retractación. Y en la medida en que la extinción de la acción sólo procede una vez producida la retractación con el cumplimiento de unas condiciones que deben ser valoradas por el juez y que implican el restablecimiento de los derechos lesionados, resulta claro que el ordenamiento penal sigue siendo un instrumento de protección, porque el agresor solo puede librarse de la sanción cuando se retracta.(…)” (negrillas fuera de texto)

“(…) de las disposiciones afectadas no se deriva mengua para los mecanismos de protección de los derechos a la honra y al buen nombre que se han previsto al margen del ordenamiento penal.(…) (negrillas fuera de texto)

Posteriormente la Corte desarrolla el capítulo significativamente titulado “Las normas demandadas no lesionan el derecho de acceder a la administración de justicia.” en el cual se vierten, entre otros, los siguientes razonamientos:

“(…) Habría violación del derecho de acceso a la administración de justicia cuando, no obstante que se mantuviese vigente la acción penal se impidiese de algún modo que el querellante obtuviese un pronunciamiento de la justicia. Sin embargo en este caso, lo que ocurre es que por disposición de la ley, en el supuesto de las normas demandadas, desaparece el presupuesto de la acción penal, a partir del cual podía predicarse un derecho

de acceso a la administración de justicia.(…)” (negrilla fuera de texto)

“(…) el artículo 225 demandado no contiene un pronunciamiento sobre la culpabilidad, y por consiguiente, si bien como consecuencia de la retractación se extingue la acción penal y no hay lugar a que se declare la responsabilidad jurídico penal, ello no afecta la responsabilidad civil en que pueda haber incurrido el agente. Cuando, independientemente de su eventual connotación penal, con una conducta dolosa o culposa se cause un daño real y efectivo conforme al artículo 2341 del Código Civil, el afectado podrá acudir a la jurisdicción civil para obtener la correspondiente indemnización.” (negrilla fuera de texto)

Ciertamente si el efecto pretendido por el actor se derivase de las normas demandadas habría una infracción de la Constitución por violación del deber de protección de la honra y el buen nombre.

En la medida en que tales bienes tienen una dimensión que se deriva directamente de la dignidad de la persona, no puede el ordenamiento, a partir de una consideración objetiva y abstracta sobre el efecto restablecedor de la retractación, suponer la completa satisfacción del ofendido y la total reparación del agravio inferido. Ello puede ser suficiente para excluir la actuación del ordenamiento penal, pero no necesariamente la responsabilidad civil, la cual depende de que se establezcan sus elementos constitutivos (conducta imputable a título de dolo o culpa, daño antijurídico o lesión de bienes patrimoniales o derechos de la personalidad y nexo de causalidad) y que se acrediten objetivamente en un proceso civil.

Si desde la perspectiva de la ausencia de necesidad de la pena, se arribase a la conclusión sobre la exclusión de todos los mecanismos de protección de la honra y el buen nombre, se le estaría dando a ese principio dogmático penal un alcance que no tiene y que no puede tener a la luz de la Constitución. La retractación parte del supuesto de que el agravio al bien jurídico sí se produjo, y si bien el legislador puede considerar que por virtud de la misma no hay lugar a derivar responsabilidad penal al agente, el ofendido debe conservar su derecho a que, establecida la responsabilidad civil, se le indemnicen los perjuicios causados. (negrilla fuera de texto)

Esta última es una dimensión de la protección del derecho cuya supresión resultaría contraria al deber de garantía del patrimonio moral de las personas contemplado en los

artículos 2, 15, 21 y 42 del ordenamiento constitucional (…)" (negrilla fuera de texto)

Finalmente, en la sentencia se resuelve "Declarar la EXEQUIBILIDAD del artículo 225 y del numeral octavo del artículo 82 de la Ley 599 de 2000, por los cargos analizados en esta providencia." (negrilla fuera de texto)

Se impone luego de la abundante transcripción de los motivos contenidos en la sentencia C-489 de 2002 precisar si algunos de los cargos allí atendidos, son los mismos que hoy presentan los actores en este radicado.

Para la Corte, tres de las acusaciones elevadas contra el enunciado legal contenido en el artículo 225, corresponden a asuntos ya resueltos por esta Corporación en la varias veces referida Sentencia C- 489 de 2002. Una primera censura formulada por los actores en el presente proceso apunta a controvertir las figuras de la retractación y la rectificación, pues, en su opinión, atentan contra la protección del derecho constitucional a la honra. Estiman los ciudadanos que al excluirse la responsabilidad del ofensor cuando este se retracta o rectifica, se deja expuesto el derecho a la honra. En suma, la presencia de este dispositivo penal, no protege sino viola el derecho a la honra. Frente a este problema jurídico, planteado en la sentencia citada y, ahora nuevamente en la demanda en estudio, dijo textualmente la Sala, en considerando citado, lo siguiente:

"(.,..) no puede decirse que la opción legislativa implique en este caso que se ha dejado desamparado el derecho al buen nombre y a la honra, porque precisamente, ha considerado el legislador que la lesión de los mismos deja de tener relevancia penal cuando se han restablecido a través de la retractación(…")

"(…) resulta claro que el ordenamiento penal sigue siendo un instrumento de protección, porque el agresor solo puede librarse de la sanción cuando se retracta(…)"

Para la Corte, lo analizado y decidido en este punto, evidencian la presencia de la Cosa Juzgada con todas las consecuencias que ello comporta. Por ende, en lo que concierne a este cargo, esta Sala se estará a lo resuelto en el fallo C-489 de 2002.

Un segundo cuestionamiento plantea la supuesta negación del acceso a la Administración de Justicia, en relación con el cual también se pronunció la decisión antecedente. Luego de

incorporarlo como problema jurídico, el fallo dedicó un considerando específico al tema, advirtiendo, desde el mismo título del apartado, que no se desconocía el derecho aludido. Para el Tribunal Constitucional, lo que acontece es que desaparece el presupuesto de la acción penal. Tendría lugar la afectación del derecho si se "mantuviese vigente la acción" y no se permitiese al querellante obtener el pronunciamiento judicial correspondiente. Adicionalmente, la exclusión de la acción no impide acudir a otras vías como la reparación civil o la acción de tutela con miras a lograr los amparos e indemnizaciones correspondientes. Con fundamento en lo considerado y sentenciado, se verifica la existencia de la Cosa Juzgada respecto de esta tacha al artículo 225 del Código Penal, imponiéndose estarse a lo resuelto en el proveído C- 489 de 2002.

Finalmente, como tercera censura a la disposición legal, a tener en cuenta en esta estimación, se observa que los accionantes ponen en tela de juicio las consecuencias de la retractación y la rectificación, pues, en su entender, se presenta con ello una violación de los derechos del afectado, quien se quedaría sin mecanismos de restablecer sus derechos. En este sentido, el fallo aludido expuso que, no obstante haber tenido lugar la rectificación o la retractación se preserva la responsabilidad civil. Además, entendió que "(…) resulta admisible que frente a las conductas que afectan la integridad moral, se considere que no es necesario una ulterior protección penal cuando el derecho se ha restablecido a través de la retractación en las condiciones y con las características que al efecto haya previsto la ley(…)" (negrillas fuera de texto). En tal sentido se advierte que son varias las formas de restablecimiento de los derechos de la víctima de los delitos contra la integridad moral, entre ellas las mismísimas retractación y rectificación. Se concluye también que la existencia de estos mecanismos descarta el desconocimiento del restablecimiento de los derechos del ofendido. Consecuentemente y en lo atinente a esta acusación, valora la Sala Plena que opera la Cosa Juzgada, debiendo atenerse a lo dispuesto en la sentencia C- 489 de 2002.

4. Los problemas jurídicos

Depuradas las varias cuestiones preliminares, se impone, seguidamente, precisar los problemas jurídicos que ameritan un pronunciamiento de fondo por parte del Tribunal Constitucional. En este sentido, debe absolver la Corte los siguientes interrogantes:

A) ¿Vulnera el principio de la dignidad humana lo dispuesto en el inciso 2 del artículo 223 de la ley 599 de 2000, el cual impone una pena para una conducta presuntamente no dañosa, quebrantando de contera la obligación de la Fiscalía de perseguir conductas delictivas cuando, en ese caso, no se estaría frente a un delito?

B) ¿Amenaza la dignidad humana de los ofendidos por delitos contra la integridad moral, el artículo 225 de la Ley 599 de 2000, al establecer la exclusión de responsabilidad cuando tiene lugar la retractación o la rectificación; desconociéndose, de contera, la obligación de la Fiscalía de perseguir conductas delictivas, pues la referida exclusión impediría la persecución del delito?

C) ¿Desconoce el mandato de responsabilidad por infracción de las leyes, establecido en el artículo 6 de la Constitución, la disposición contenida en el artículo 225 de la Ley 599 de 2000, cuando en materia de delitos contra la integridad moral, establece la exclusión de responsabilidad si tiene lugar la retractación o la rectificación?

2.6 Con la finalidad de resolver los problemas jurídicos planteados se considerarán sucintamente los siguientes asuntos: (i) el contenido normativo de los preceptos acusados (ii) la situación de la dignidad humana de la víctima y el responsable en los delitos contra la integridad moral, (ii) la obligación de persecución del delito por parte de la Fiscalía en el artículo 250 de la Carta y, finalmente, (iii) se examinará la constitucionalidad de las disposiciones cuestionadas por el actor en relación con los respectivos cargos.

5. Algunas generalidades sobre el contenido normativo el inciso 2 del artículo 223 y el artículo 25 de la ley 599 de 2000

Los preceptos censurados se ubican bajo el rubro delitos contra la integridad moral en el capítulo único del título V del libro segundo del Código Penal. De lo antedicho, se colige que el bien jurídico cuya protección pretendió el legislador con la disposiciones contenidas en este apartado del Estatuto Penal es la Integridad Moral. Respecto de lo que significa el bien jurídico referido, ha precisado la Corte Suprema de Justicia lo siguiente:

“ El bien jurídico protegido (…) es la integridad moral, concebida esta como todo aquello relacionado con la dignidad y el honor” (auto de mayo 14 de 1998 Rad. 12445)[18]

Y al especificar dichos conceptos, el máximo órgano de la jurisdicción ordinaria en sede de casación penal explicó:

“el subjetivo u honor propiamente dicho y el objetivo o la honra. Entendido el primero como el sentimiento de la propia dignidad y decoro y el conjunto de valores morales que cada uno se atribuye; y el segundo, como la opinión o estimación que los demás tienen de nosotros, la reputación, el buen nombre o la fama derivada del modo de ser y actuar de cada cual en sociedad, predicable esencialmente de la persona humana pero en lo atinente al buen nombre también de la persona jurídica.” (Sentencia del 6 de abril de 2005 Rad. 22099)

En lo que respecta al inciso 2 del artículo 223 de la Ley 599 de 200 el legislador colombiano dispuso como circunstancias especiales de graduación de la pena, aquella en la cual la conducta tenga lugar bien porque se hizo a través de un escrito dirigido de manera exclusiva al ofendido, o bien, porque el hecho lesivo de la integridad moral se lleva a cabo ante la sola presencia del agraviado. En estas específicas condiciones el ordenamiento penal ha estimado que la pena a imponer es menos gravosa, estableciendo por ello una reducción en el quantum de la misma. Se observa que, lo que aparece en principio como la disminución de la órbita de difusión del actuar injurioso o calumnioso comporta una menor severidad en el castigo, lo cual, resulta entendible si se acepta que la ofensa o ataque, de no trascender del ámbito indicado, carecería de la potencialidad de poner en entredicho el buen nombre o la honra de la víctima frente al colectivo social. Así pues, lo que se entiende como un menor daño, aparece como razón para un trato más benevolente con quien tiene el papel de sujeto activo en las conductas referidas.

No sobra observar que respecto de punibles como el inmediatamente aludido, el ordenamiento legal ha contemplado como requisito de procedibilidad la querella, con lo cual, se deja en manos del afectado la posibilidad de incoar la acción penal respectiva. Ese mismo carácter querellable del delito en comento, evidencia el peso que se le concede por el legislador a la valoración que hace del ataque a su integridad moral el afectado.

En lo que atañe al contenido del artículo 225, el legislador estableció que no tiene lugar la responsabilidad penal si el autor o participe del actuar lesivo de la integridad moral, se retracta voluntariamente antes de proferirse la sentencia de primera o única instancia, indicando además una serie de requisitos que debe acompañar dicha retractación. El

precepto legal exige que la palinodia del caso se haga a costa del responsable, en el mismo medio en el que se produjo el acto ofensivo y con las mismas características en que se hizo la imputación, o en su defecto en el que señale el juez. Como se puede apreciar, el ordenamiento penal cualifica la retractación para que resulte admisible como un mecanismo reparador que impide proseguir con la acción penal.

La figura jurídica en referencia ha sido precisada por la Corte Suprema de Justicia en pronunciamiento de octubre 08 de 2008 M.P. Socha Salamanca, en los siguientes términos:

"(…) Retractarse, ha entendido la Sala, es revocar lo endilgado, desdecir del agravio irrogado a la víctima, es abonar el crédito moral del injuriado, aceptar la inexistencia del hecho, admitir la falsedad de la imputación punible. En consecuencia, es necesario que sea voluntaria, que el sujeto activo reconozca su autoría o participación en la ofensa, ya que nadie puede retractarse de un agravio no inferido. Es la excusa afincada en el arrepentimiento del ofensor en procura de reparar la lesión inferida al honor del sujeto pasivo de la ofensa.

En el proceso de constatación de la presencia de sus elementos, el operador judicial no puede contraerse a revisar formalmente el texto, sino que debe ejercer un control material de su contenido, de los medios utilizados, de la forma de divulgación, entre ellos, de los presupuestos de oportunidad, frecuencia y difusión, de modo que evidencie el restablecimiento del derecho supuestamente lesionado o cuando menos la reducción mayúscula del daño ocasionado(…)" (negrillas fuera de texto)

A su vez, la Corte Constitucional también ha destacado la condición especial de la retractación en el marco del derecho penal del siguiente modo:

"(…) la extinción de la acción penal que se deriva de las normas acusadas no se produce como consecuencia de la sola manifestación de voluntad del agresor, sino que se requiere que éste adopte una conducta positiva por virtud de la cual admite la infracción cometida y atiende a restablecer el perjuicio mediante una retractación cuyas condiciones deben ser valoradas en concreto por el juez. Por consiguiente, no se trata de que el agresor puede disponer a su arbitrio la continuación o no del proceso, sino que la misma se subordina por la ley a la ocurrencia de un hecho objetivo, la retractación, a partir del cual, deduce que no

hay lugar a aplicar la pena, razón por la cual dispone la extinción de la acción penal, lo cual, a su vez, implica que ya no será posible derivar responsabilidad penal al agente.(…)”

Se observa pues que el acto de retractarse con miras a generar efectos en el proceso penal, no corresponde a un actuar caprichoso y carente de requisitos. Tanto la Ley como la jurisprudencia indican las particularidades que rodean la retractación para que con ella se extinga la acción penal.

En el inciso segundo del artículo cuestionado en esta acción de inconstitucionalidad, se observa que el enunciado legal dispone la imposibilidad de iniciar la acción penal del caso, si la retractación o rectificación se hace pública antes de que el ofendido formule la denuncia que estime oportuna. Como se puede apreciar, el inciso en referencia incorpora otra figura cuyos efectos para la acción penal por ataques contra la integridad moral, son iguales a los de la retractación, se trata de la rectificación. La Corte Suprema de Justicia al deslindar los dos mecanismos ha sentado:

“(…) la acción de retractarse se refiere a un “volverse atrás de una cosa que se ha dicho o de una actitud que se ha mantenido” a “desdecirse de lo que se ha dicho” y la rectificación a un “quitar las imperfecciones, errores o defectos de una cosa”, no queda duda que las dos acciones se contraen a una manifestación de voluntad proveniente de quien algo afirmó o hizo con el fin de negarlo o corregirlo, que en términos de la injuria, es decir, desde un punto de vista jurídico-penal, implica que quien ha hecho manifestaciones deshonrosas contra otra persona, si lo que persigue es retractarse o rectificarse de lo dicho o de lo hecho, debe así manifestarlo en forma inequívoca, lo cual no puede provenir de nadie distinto de quien lo afirmó o hizo, pues nadie más puede desdecirse de lo dicho o corregirlo, toda vez que se trata de actos que no pueden depender de la voluntad de otro. (…) (Sentencia de 25 de junio de 2002 Rad. 14029 M.P. Galves Argote) (negrillas fuera de texto)

Como se advierte, entre los dos mecanismos señalados en el inciso 2º del artículo 225 se han trazado diferencias, siendo pertinente referirse a la rectificación, pues la retractación ya ha sido reseñada en los renglones precedentes.

La rectificación tiene rango constitucional, el inciso 2º del artículo 20 de la Carta la contempla como un derecho frente a las eventuales afectaciones a los derechos, causadas

por el ejercicio de las libertades de expresión e información. Ha manifestado la Corte en sede de tutela:

Al igual que la retractación, la figura de la rectificación también ha sido cualificada, en este caso por la jurisprudencia. La Corte Constitucional en la providencia aludida[19], sentó en relación con este punto lo siguiente:

"(…) en el ejercicio de este derecho se han de cumplir los siguientes requisitos que permiten su despliegue en condiciones de equidad: "(i) que la rectificación o aclaración se haga por quien la difundió; (ii) que se haga públicamente; (iii) que tenga un despliegue y una relevancia equivalentes al que tuvo la información inicialmente publicada y (iv) que la rectificación conlleve para el medio de comunicación el entendimiento de su equivocación, error, tergiversación o falsedad". (…) cuando quiera que la rectificación sea ordenada por una autoridad judicial, la orden que ésta profiera debe establecer con claridad "los lineamientos precisos bajo los cuales ésta deberá ser realizada. Lo anterior, con el objeto de proteger efectivamente los derechos fundamentales de quien fue afectado con la información falsa divulgada y asegurar su efectivo restablecimiento(…)"

En este caso también puede advertirse que la rectificación exigida para restaurar el derecho afectado requiere de condiciones específicas, por tanto, no vale en la búsqueda de la extinción de la acción penal cualquier forma de rectificación.

Se concluye entonces que a pesar de tratarse de figuras distintas y con características propias, en el entorno en consideración apuntan a la misma finalidad, esto es al inicio o prosecución de la acción penal.

6. Situación de la dignidad humana de la víctima y el responsable en los delitos contra la integridad moral

El artículo 1º de la Constitución establece como principio fundante de la República el respeto de la dignidad humana. No han sido pocas las situaciones en las que esta Corporación ha tenido que referirse a lo que significa e implica el concepto de dignidad humana. Tampoco es escasa la literatura que tiene como objeto central de su reflexión el aludido valor. En este caso, la Sala se contraerá a recordar algunas precisiones doctrinales sobre el punto y lo que ha sentado la Corporación sobre este en su jurisprudencia.

Desde el ámbito de la filosofía resulta indiscutible la importancia de lo postulado por Kant. Al respecto el célebre pensador de Koenisberg manifestaba:

"(…) el hombre no es una cosa y por tanto no es algo que pueda ser usado meramente como medio, sino que tiene que ser considerado siempre en todas nuestras acciones como fin en sí mismo (…) no puedo disponer del hombre en mi persona para mutilarlo, corromperlo o matarlo"[20].

Más adelante agregaba que "En el lugar de lo que tiene un precio puede ser puesta otra cosa como equivalente ; en cambio, lo que se halla por encima de todo precio, y por tanto no admite nada equivalente, tiene una dignidad"[21] para puntualizar ulteriormente que es la humanidad " (…) lo único que tiene dignidad"[22]. De lo citado se puede colegir que el ser humano no es susceptible de ser "cosificado". Sin duda, el ser humano per se tiene un valor intrínseco en virtud del cual, ni al ordenamiento jurídico ni a sus congéneres les está dado instrumentalizarlo desestimando esa exclusiva condición. Tal es el peso de la dignidad humana en construcción de las sociedades que el derecho no ha dudado en incorporarlo como uno de los pilares del constitucionalismo occidental.

A pesar de las diversas consideraciones de que ha sido objeto la dignidad humana, resulta pertinente admitir lo que el profesor Eusebio Fernández ha llamado "(…) un contenido mínimo, pero preciso (…) asumir el valor de la dignidad humana equivale a reconocer el derecho de todos los seres humanos a ún mínimo respeto por la vida y su integridad física y moral"[23]. Como se puede apreciar, la noción de dignidad humana se vincula a la integridad moral, asunto de particular interés en esta decisión.

Desde la perspectiva jurisprudencial, el Tribunal Constitucional ha demarcado las varias posibilidades que en términos normativos comporta la presencia de la dignidad humana en el Texto Superior. Relevante en este sentido es la sentencia T- 881 de 2002:

"(…) En este sentido (funcionalidad del enunciado normativo) se han identificado tres lineamientos: (i) la dignidad humana entendida como principio fundante del ordenamiento jurídico y por tanto del Estado, y en este sentido la dignidad como valor. (ii) La dignidad humana entendida como principio constitucional. Y (iii) la dignidad humana entendida como derecho fundamental autónomo.

En cuanto al primer papel que desempeña, esto es, como valor, cabe recordar la jurisprudencia "(…) la dignidad humana constituye a partir del Estado social de derecho, el pilar ético fundamental[24] del ordenamiento (…)". En lo concerniente al segundo, dijo la Corte:

"(…) El principio de dignidad humana, se constituye como un mandato constitucional, un deber positivo, o un principio de acción, según el cual todas las autoridades del Estado sin excepción, deben, en la medida de sus posibilidades jurídicas y materiales, realizar todas las conductas relacionadas con sus funciones constitucionales y legales con el propósito de lograr las condiciones, para el desarrollo efectivo de los ámbitos de protección de la dignidad humana identificados por la Sala: autonomía individual, condiciones materiales de existencia, e integridad física y moral(…)". (Sentencia T- 881 de 2002).

Finalmente, la dignidad como derecho ha sido definida por la Corporación en los siguientes términos:

"(…) Se constituye como un derecho fundamental autónomo, y cuenta con los elementos de todo derecho: un titular claramente identificado (las personas naturales), un objeto de protección más o menos delimitado (autonomía, condiciones de vida, integridad física y moral) y un mecanismo judicial para su protección (acción de tutela). Se consolida entonces como verdadero derecho subjetivo.(…)" (T- 881 de 2002)

En los diversos fallos de la Corte se han perfilado las dimensiones que abarca la dignidad humana. La varias veces citada sentencia T- 881 de 2002, también dio cuenta del punto. Hace relación a un primer ámbito de la dignidad humana de la persona "(…) la autonomía individual (materializada en la posibilidad de elegir un proyecto de vida y de determinarse según esa elección)(…)", una situación en la que se advierte palmariamente esta faceta, es la de aquella persona que asume decidir si continua viviendo con ciertos padecimientos o afecciones que le resultan inaceptables u opta por acabar con su vida, teniendo como móvil de lo resuelto lo que estima como una vida indigna. Como se observa, en este caso se establece un nexo difícilmente escindible con la libertad individual.

El otro ámbito que implica la dignidad humana involucra las condiciones materiales de existencia. Un ejemplo que puede graficar esta circunstancia, es la condición de indigencia que puede forzar al ser humano a buscar su alimento en las canecas de la basura y su lecho

en el andén de las calles, con lo cual, su dignidad se ve inaceptablemente comprometida. En este caso, la dignidad se vincula con el principio de igualdad, la realización efectiva de los derechos y los denominados derechos prestacionales.

Finalmente, la dignidad humana alude a "la intangibilidad de los bienes no patrimoniales, integridad física e integridad moral". Un caso en el que se evidencia el quebrantamiento de esta dimensión de la dignidad humana, se tiene cuando en el proceso educativo, el discente es objeto de humillaciones y diatribas por parte de sus compañeros o los docentes, con lo cual se le somete al escarnio público. Es justamente este tipo de situaciones en las que se hace patente el vínculo con derechos como la honra, el buen nombre o la intimidad.

La Corte Constitucional en varias ocasiones, a propósito de la injuria y de la calumnia como conductas lesivas del bien jurídico denominado "integridad moral", ha destacado la estrecha relación entre los derechos que tal bien implica y la dignidad humana. Así por ejemplo, en la sentencia C-392 de 2002, M.P. Tafur Galvis, al definirse la constitucionalidad del punible de imputaciones de litigantes, contenido en el capítulo de delitos contra la integridad moral, recordaba:

"la protección del derecho a la honra, entendida como la estimación o deferencia con la que cada persona debe ser tenida por los demás miembros de la colectividad que le conocen y le tratan, en razón a su dignidad humana, es un derecho que debe ser protegido con el fin de no menoscabar el valor intrínseco de los individuos frente a la sociedad y frente a sí mismos, y garantizar la adecuada consideración y valoración de las personas dentro de la colectividad" (negrilla fuera de texto)

En la sentencia C- 489 de 2002 reiteradamente citada en esta providencia, dado que se pronunció sobre varios cargos formulados contra el artículo 225 del Código Penal se observaba:

"(…) La honra es un derecho fundamental de todas las personas, que se deriva de su propia dignidad y que por lo tanto demanda la protección del Estado a partir de esa consideración de la dignidad de la persona humana. Al referirse al núcleo del derecho a la honra, la Corte (…) señaló que del mismo hace parte tanto, la estimación que cada individuo hace de sí mismo, como, desde una perspectiva externa, el reconocimiento que los demás hacen de la dignidad de cada persona, y expresó que para que pueda tenerse como afectado el derecho

a la honra, esos dos factores debe apreciarse de manera conjunta.(…)" (negrilla fuera de texto)

La sentencia C-417 de 2009, mediante la cual se declaró la inexequibilidad del artículo 224 numeral 1 del Código Penal, en el cual se establecía un eximente de responsabilidad en materia de delitos contra la integridad moral, se reconocía también el nexo entre la dignidad y los bienes jurídicos amparados en el respectivo capítulo del Código Penal, en lo pertinente, señaló:

"(…) Lo que este numeral establece es la protección del derecho a ser considerado como inocente, a ser respetado y valorado socialmente como tal, por virtud de la decisión judicial que lo absolvió y confirmó su buen nombre y prestigio, su honra y dignidad ante los demás (…)"

En similar sentido, la extensamente transcrita C- 442 de 2011 registraba el enlace entre dignidad y honra.

Las varias decisiones, referentes a las valoraciones sobre conductas que, hacen parte del capítulo de punibles orientados a proteger el bien jurídico de la integridad moral, convergen en la apreciación de la presencia de la dignidad humana en los derechos a la honra, el buen nombre y la intimidad, todos ellos susceptibles de ser lesionados por vía de la injuria y la calumnia en sus diferentes modalidades.

Finalmente, entiende la Sala que resulta pertinente destacar en este apartado, el deber de respeto por la dignidad humana que compromete al legislador al momento de confeccionar conductas reprochables penalmente. En este sentido, es preciso traer a colación lo considerado en la sentencia C- 205 de 2003, M.P. Vargas Hernández, proveído en el cual se evaluó la constitucionalidad de un punible que sancionaba el comercio de autopartes de automotores sin mostrar la procedencia lícita de aquellas. Afirmó el Tribunal Constitucional en su momento:

"(…)La Corte ha considerado que el principio de la dignidad humana limita el ejercicio de la libertad de configuración normativa del legislador en materia de tipificación de delitos y del establecimiento de las penas correspondientes." (negrillas fuera de texto)

(…)

“En materia de determinación de tipos penales, el principio de dignidad humana exige dotar al derecho penal de un contenido respetuoso de una imagen del ciudadano como dotado de un conjunto de derechos derivados de su naturaleza humana, de la igualdad real de los hombres y de su facultad de participación en la vida social.[25] Así mismo, prohíbe el recurso a penas crueles, inhumanas o degradantes.(…)

Con tales presupuestos concluía respecto del caso concreto:

“(…) En el presente asunto considera la Corte que el legislador no lesionó el principio de dignidad humana ya que no se tomó al individuo como un mero instrumento al servicio de los intereses generales ni tampoco se estableció una pena contraria al artículo 1 constitucional.”

Otra de las formas en las cuales el ordenamiento jurídico puede comprometer la dignidad humana, tiene que ver con el lenguaje que se emplea en las disposiciones para referirse a las personas. Así lo ha estimado la Corporación en las sentencias C-320 de 1997, M.P. Martínez Caballero y C-478 de 2003, M.P. Vargas Hernández, cuando se sostuvo que “el uso de términos jurídicos que tiendan a cosificar a la persona no es admisible”. En la última de las providencias referidas se examinó la constitucionalidad de expresiones como “imbecilidad o idiotismo, locura furiosa” contenidas en la legislación civil, que pretendía proteger a un grupo de seres humanos con algunas discapacidades de orden cognitivo. Frente a esta situación concluyó la jurisprudencia:

“(…) si bien la finalidad de la norma es constitucional, también en este caso los términos utilizados son despectivos y contrarios a la dignidad humana, y por ello discriminatorios, por lo que deben ser retirados del ordenamiento jurídico (…)”

Estos presupuestos permitirán a la Sala Plena valorar las tachas formuladas por los accionantes en razón de la presunta violación al principio de la dignidad humana.

7. El respeto de la obligación de persecución del delito por parte de la Fiscalía en el artículo 250 de la Carta

En virtud del acto del Acto Legislativo No. 3 de 2002, el constituyente colombiano modificó

de manera importante los rasgos estructurales del procedimiento penal, ello supuso una variación también significativa del papel y de las funciones en cabeza de los diversos actores del proceso, entre estos, la Fiscalía y las víctimas. En este sentido, el artículo 250 de la Carta estableció una serie de obligaciones específicas en cabeza del aludido órgano que, de manera general, asumiría la tarea de Ente Acusador. En el inciso 1º del precitado artículo 250 se señaló que correspondía a la Fiscalía adelantar el ejercicio de la acción penal y llevar a cabo la investigación de aquellas conductas que tuviesen la connotación de delitos, además, se precisó que por razón de ese deber, no podía "suspender, interrumpir, ni renunciar a la persecución penal salvo en los casos que establezca la Ley para la aplicación del principio de oportunidad (…)".

Un aspecto relevante para esta decisión y que en su momento la Corte Constitucional tuvo en cuenta al referirse a la inserción de las modificaciones del acto legislativo No. 3 de 2002 en el contexto de la Constitución de 1991, fue el de la interpretación y la aplicación de las nuevas disposiciones en el marco de una Constitución ya existente. Dijo la Sala:

"(…) Las fuentes de derecho aplicables siguen siendo, en lo esencial, las mismas, con la diferencia de que existe, con posterioridad al Acto Legislativo, una regulación constitucional más detallada de los principales aspectos del procedimiento penal que configuran un nuevo sistema que se inscribe dentro de la Constitución adoptada en 1991. Ello implica que, en virtud del principio de unidad de la Constitución Política[26], las modificaciones introducidas por el Acto Legislativo deben interpretarse y aplicarse en forma tal que guarden armonía con los principios generales y los derechos fundamentales consagrados en el texto constitucional(…)" (Sentencia C- 873 de 2003) (negrillas fuera de texto).

De lo anterior, puede colegirse que la inclusión de una serie de imposiciones determinadas, en cabeza del organismo que por mandato de la reforma constitucional, tendría las tareas de investigar los delitos, no significa la exclusión de otras cargas establecidas en la Carta de manera previa al acto legislativo. Resulta importante destacar que estas últimas exigencias preservaron su vigor, pues, no fueron objeto de reforma, ni se relevó de su cumplimiento de manera específica a la Fiscalía. Un ejemplo de este tipo de obligaciones es el de proteger las personas residentes en Colombia en su vida, honra, bienes etc. Otro conjunto de cometidos de este tipo se encuentra en las diferentes prescripciones que integran el debido proceso.

En relación con la obligación concreta atribuida a la Fiscalía, de perseguir el delito, esta Corporación ha advertido que aquellos comportamientos que se inscriben en el ámbito penal, son de conocimiento exclusivo del citado organismo. En la sentencia C- 879 de 2008, la Sala, tuvo ocasión de pronunciarse sobre la Ley 1153 de 2007 "Por medio de la cual se establece el tratamiento de las pequeñas causas en materia penal". El asunto objeto de debate constitucional consistía en precisar si se respetaba o se vulneraba la Carta y, en particular, la obligación de perseguir el delito por parte de la Fiscalía acorde con el artículo 250 de la Carta, cuando el legislador atribuía dicha competencia respecto de algunas conductas penales a otras autoridades. A propósito de tal asunto, dijo la Corporación en el fallo aludido:

"(…) Mientras una conducta sea materialmente delictual, el legislador debe respetar las competencias de la Fiscalía General de la Nación. A pesar de que las conductas definidas como pequeñas causas continúan siendo materia penal y tratadas como delitos, y que su sanción puede dar lugar a la privación de la libertad, la Ley 1153 de 2007 excluyó a la Fiscalía General de la Nación de la competencia para "la investigación de los hechos."

No obstante, la Constitución dice que cuando una conducta revista las características de un delito, la Fiscalía debe investigarlo:

la asignación de funciones de investigación e indagación a la Policía Nacional frente a las contravenciones penales, que siguen revistiendo las características de un delito, contraría el artículo 250 Superior(…)" (Sentencia C- 879 de 2008 M.P. Cepeda Espinosa) (negrillas del original)

Como se puede apreciar, en este caso lo que hizo inconstitucional el conjunto de mandatos del legislador fue el traslado de competencias de conductas que el mismo legislador caracterizó como penales a un organismo diferente del que constitucionalmente tiene la competencia. Así pues, puede decirse que la regla sentada en aquella oportunidad se contrae a advertir que no le es dable al legislador entregar a otra autoridad lo que constitucionalmente le compete a la fiscalía, en particular, las conductas calificadas como penales.

En otra oportunidad, el Tribunal Constitucional precisó que en materia de causales de extinción de la acción penal, con efecto de cosa juzgada, no resultaba de recibo la

asignación hecha por el legislador a la Fiscalía para tomar decisiones, dado que tales causales comportaba valoraciones de orden sustancial, propias de la función del juez de conocimiento. Sentó en aquella ocasión la Sala:

En efecto, en los casos previstos para la extinción de la acción, se trata de la toma de una medida preclusiva, acto de contenido jurisdiccional asignado por la Constitución, numeral 5 artículo 250, al juez de conocimiento por solicitud del fiscal; por lo tanto, tal facultad no le fue asignada por la norma Superior a la Fiscalía.(…)" (Sentencia C- 591 de 2005 M.P. Vargas Hernández)

En suma, para la Corte, resultó inconstitucional la asignación de competencias en una materia específicamente jurisdiccional cual era la valoración de la existencia de una causal de extinción de la acción penal con efectos de cosa juzgada. Para la Corte, resulta claro que se puede desconocer la obligación de investigar el delito, bien por omisión o bien por extralimitación de sus funciones. Lo primero acontece cuando lo que la Ley caracteriza como conducta de la órbita penal, se le entrega para su conocimiento, en particular la investigación, a una autoridad no facultada constitucionalmente para ello. Lo segundo, tiene lugar cuando el legislador le otorga al ente investigador, prerrogativas que constitucionalmente son del resorte de otros organismos.

Así pues, el Tribunal Constitucional ha ido delineando el significado del artículo 250 de la Carta frente a las disposiciones emanadas del legislador, sin perder de vista la consonancia necesaria con otras disposiciones constitucionales. Si bien es cierto, el legislador tiene límites, no se puede concluir que estos lo inhabilitan de manera absoluta para regular diversos aspectos del régimen sustantivo y del proceso penal.

A modo de conclusión de este apartado, estima la Corporación pertinente recordar los referidos límites del legislador en la confección de las normas del ordenamiento penal en lo concerniente a qué ha de ser considerado punible y fijar las penas correspondientes a tales comportamientos:

"5.1 Deber de observar la estricta legalidad. En punto a este deber, la Corte ha señalado (i) que la creación de tipos penales es una competencia exclusiva del legislador (reserva de ley en sentido material)[27] y que (ii) es obligatorio respetar el principio de tipicidad: "nullum crimen, nulla poena, sine lege previa, scripta et certa"[28]. De manera que el

legislador está obligado no sólo a fijar los tipos penales, sino que éstos tienen que respetar el principio de irretroactividad de las leyes penales (salvo favorabilidad), y definir la conducta punible de manera clara, precisa e inequívoca[29].

“5.2 Deber de respetar los derechos constitucionales. En relación con los derechos constitucionales, la Corte ha señalado que los tipos penales, se erigen en mecanismos extremos de protección de los mismos[30], y que, en ciertas ocasiones el tipo penal integra el núcleo esencial del derecho constitucional[31]. Por lo mismo, al definir los tipos penales, el legislador está sometido al contenido material de los derechos constitucionales[32], así como los tratados y convenios internacionales relativos a derechos humanos ratificados por Colombia[33] y, en general, el bloque de constitucionalidad.

“5.3 Deber de respeto por los principios de proporcionalidad y razonabilidad. Respecto de la proporcionalidad y la razonabilidad del tipo penal y su sanción, la Corte ha indicado que al establecer tratamientos diferenciales se somete a un juicio estricto de proporcionalidad[34] del tipo, así como de la sanción[35]. La proporcionalidad, implica, además, un juicio de idoneidad del tipo penal. Así, ante la existencia de bienes jurídicos constitucionales, el legislador tiene la obligación de definir el tipo penal de manera tal que en realidad proteja dicho bien constitucional (…).

Concluye la Sala que dichos parámetros orientan también el examen de constitucionalidad de las normas del ordenamiento penal.

8. Examen del caso concreto

Atendiendo los presupuestos esbozados en los apartados 5 y 6, procede la Sala Plena de la Corte Constitucional a valorar los cargos formulados contra el inciso 2º del artículo 223 y el artículo 225 parcial del Código Penal. Para ello, se considerarán en dos acápites separados las acusaciones expresadas contra los mencionados enunciados legales.

El inciso 2º del artículo 223 del Código Penal frente a la dignidad humana y el respeto de la obligación de persecución del delito por parte de la Fiscalía

El artículo 223 de la ley 599 de 2000 fue cuestionado en razón de la presunta infracción al principio de la dignidad humana, pues los actores entienden que no se puede perseguir y

castigar conductas inocuas que no afectan derechos fundamentales ni comprometen las condiciones mínimas de convivencia social, como tampoco amenazan la subsistencia del Estado ni del sistema constitucional. Para los libelistas, vulnera la dignidad humana condenar a una persona a pena de prisión, cuando con su accionar no se hayan ocasionado daños a terceros.

En relación con este cuestionamiento, advierte la Corte que se parte de un supuesto equivocado. No resulta cierto, como creen los actores que las ofensas a la integridad moral cometidas por medio de escrito dirigido exclusivamente al ofendido como en su sola presencia; no causan daño. Como ya se evidencio al analizar la cosa juzgada en el apartado 3.2.1, la Corporación concluyó que incluso los tipos subordinados como el que aquí se estudia están orientados a proteger la integridad moral de conductas potencialmente dañosas.

Entiende la Sala que el daño que se causa mediante la ofensa en privado, en principio, no tiene la misma entidad que, la que se realiza en público. Sin embargo, tal supuesto no permite afirmar que no se causa daño. Ciertamente, es diferente aducir que no hay daño a estimar que hay un daño menor y, eso es lo que no incluyeron los actores en su espeso alegato.

Para la Sala, como lo ha sostenido la jurisdicción ordinaria, no cualquier mortificación que cause incomodidad o moleste el amor propio, tiene la entidad suficiente para tipificar un punible contra la integridad moral. Tampoco ignora la Sala que no es de la percepción del afectado que depende la existencia del delito. Lo que no puede desconocerse es que un acto del cual solo tiene conocimiento la víctima no cause daño. No está excluido de la valoración del juez un comportamiento que suponga una ofensa privada al patrimonio moral. No cabe sostener que per se el estudio por parte del funcionario judicial, de una conducta en privado contra la integridad moral, debe arrojar como resultado necesario la ausencia de daño. El vínculo entre la conducta en privado a la que se alude y el resultado dañoso o no dañoso es contingente. Negar tal contingencia es ignorar sin más la diferencia, hace ya bastante tiempo trazada por Kelsen, entre imputación y causalidad.

Entender que todo acto contra la integridad moral no causa daño, implica trasladar las reglas de la causalidad, propias del mundo del ser, al mundo del deber ser que es el del

derecho.

Para la Sala, la afectación al bien jurídico de la integridad moral no solo tiene que ver con el deterioro de la imagen pública del ofendido, sino con la percepción que este tiene de sí mismo. Antes se ha precisado que la comisión del delito no depende de esta impresión, pero, no se ha sostenido que tal percepción es absolutamente irrelevante. No es lo mismo decir que un elemento no cumple un papel determinante, a sostener que no cumple ningún papel. Como se indicó en el apartado 5 de esta providencia, el carácter querellable de los punibles contra la integridad moral pone de presente el peso que se concede a la estimación que hace del maltrato recibido el sujeto ofendido.

Estima la Corte que la tipificación de la ofensa al patrimonio moral, mediante conductas llevadas a cabo únicamente con conocimiento del agredido y el agresor, buscan evitar prácticas de justicia por mano propia, ofreciendo al afectado una vía jurídica. Es ese uno de los sentidos que el ya citado jurista austro-húngaro H. Kelsen daba al derecho, cuando lo entendía como una forma de violencia institucionalizada encaminada a evitar la violencia.

Así pues, tal como se concluyó en la sentencia C- 442 de 2011 no se puede predicar el quebrantamiento de la prohibición de exceso en la tipificación y sanción de los comportamientos contra la integridad moral ocurridos en las condiciones del mencionado inciso 2 del artículo 223 del Código Penal. Se concluye pues que la conducta descrita por el legislador penal en el precepto cuestionado es potencialmente antijurídica, con lo cual, al ser incluida como conducta típica pretende disuadir a quienes puedan causar daño a derechos de rango constitucional como la honra, el buen nombre, la intimidad y la tranquilidad.

Por lo que concierne a la conducta descrita en el precepto legal estudiado, no se aprecia cosificación del sujeto activo del punible. En suma, resulta insostenible afirmar en este sentido un quebrantamiento de la dignidad humana. En lo atinente a la pena valora este Tribunal Constitucional que el legislador no estableció ninguna sanción proscrita por la Constitución, no se consagró como castigo por el comportamiento en referencia lo que pudiese calificarse como trato cruel, inhumano o degradante. Más bien, como los mismos actores lo reconocen se estipuló una sanción comparativamente menos lesiva que la indicada para otras conductas también estimadas como dañinas de la integridad moral.

Para los actores, la aplicación de la pena en esta conducta, es, por definición, lesiva de la dignidad, tal suposición no resulta defendible como una verdad incontestable. Cada caso en concreto, deberá ser revisado para probar o desvirtuar dicho aserto. Para la Corporación, este último asunto excede el juicio de constitucionalidad y, se inserta en el mundo de la eficacia del derecho. Por demás, hay en el ordenamiento mecanismos que dado el caso, se pueden activar con miras a proteger la dignidad humana del procesado frente a concretas y eventuales vulneraciones. Respeta la Corte la altísima estima de los actores por los derechos de los ofensores en el delito en comento, pero no comparte, el grado de ínfima valoración que le atribuyen a los derechos de las víctimas de este ilícito.

No sobra anotar que esta Corte tiene conocimiento de las tendencias que abanderan la despenalización de comportamientos como los descritos en el enunciado legal inspeccionado. Sin embargo, ha de reiterar lo sostenido en la citada sentencia C-442 de 2011, en el sentido que lo que se resuelva al respecto es una decisión de política criminal que corresponde al legislador.

Como corolario de la valoración del cargo en comento, resulta preciso anotar que el lenguaje empleado en el tipo legal, tampoco da lugar a afirmar la violación de la dignidad humana del hipotético infractor.

Se deduce pues que la acusación no prospera y, se mantiene, en lo relacionado con esta censura, la presunción de constitucionalidad del enunciado legal contenido en el inciso 2 del artículo 223 del Código Penal.

Por lo que guarda relación con el otro cargo formulado, esto es, el desconocimiento de la obligación de perseguir el delito, en cabeza de la Fiscalía, observa la Corte que este cuestionamiento está edificado sobre un presupuesto a estas alturas insostenible, cual es, que lo contemplado en el inciso 2º del artículo 223 del Código Penal no constituye delito.

Como se ha destacado profusamente en la jurisprudencia emanada de esta Corte y citada en este proveído, las conductas de injuria y calumnia, potencialmente causan daño a los bienes jurídicos que conforman la integridad moral y, han sido tipificadas por el legislador en el código penal, con lo que, ninguna duda cabe sobre su condición de delitos y, por ende, corresponde a la Fiscalía General de la Nación, acorde con lo dispuesto en el artículo 250 de la Carta, adelantar la investigación de los hechos que revistan las características de

los tipos penales de injuria y calumnia y, de sus tipos subordinados.

Para la Sala, estas razones permiten afirmar que hasta tanto el legislador o, una circunstancial decisión de inconstitucionalidad, disponga lo contrario, es obligación del ente acusador, adelantar las investigaciones del caso sobre lo que haga relación con hechos susceptibles de adecuación típica al inciso 2º del artículo 223 del Código Penal, siempre y cuando se den los presupuestos procesales establecidos por el ordenamiento jurídico, como por ejemplo pueden serlo, la querella o la ausencia de retractación o rectificación. Desatender estos mandatos legales del ordenamiento penal puede significar, de manera general, para el funcionario correspondiente, desconocer lo estipulado en el artículo 6 de la Carta y, en el caso específico de la Fiscalía desacatar lo ordenado en el citado artículo 250 del Texto Superior.

Con lo anotado, queda desvirtuada la restante acusación contra el inciso 2 del artículo 223 del Código Penal. Para la Corte, las juiciosas razones aducidas por los actores desde la dogmática penal para cuestionar el precepto legal, no constituyen, en este caso, razones de inconstitucionalidad.

Concluye la Corte que habrá de declararse la exequibilidad del inciso 2 del artículo 223 de la Ley 599 de 2000, dada la falta de prosperidad de los cuestionamientos hechos al mismo.

El artículo 225 (parcial) del Código Penal frente a la dignidad humana, el respeto de la obligación de persecución del delito por parte de la Fiscalía y el artículo 6 de la Carta

Para los libelistas, el mandato cuestionado quebranta la dignidad humana al impedir que se logre la justa reparación por el daño causado, pues, la retractación o rectificación no permite darle curso a un proceso penal, además se produce una nueva victimización contra el afectado, cuando, tras acceder a la justicia, se le cercena esta posibilidad por las consecuencias que comporta la retractación o rectificación que hace el victimario.

Para la Corte, esta censura, al igual que en el caso anterior, parte de un supuesto errado, cual es que la retractación implica la negación del acceso a la justicia e impide restablecer el derecho. Recuerda la Sala Plena que en la consideración sobre la cosa juzgada a propósito del artículo 225 del Código Penal, en la sentencia 489 de 2002, se descartó la veracidad de los asertos sobre los que se funda el razonamiento de los actores. Para la Sala,

en este caso, al quedar sin piso los argumentos que sirven de soporte al cargo, no tiene vocación de prosperidad la acusación. El análisis del dispositivo legal de la rectificación y la retractación, no permite afirmar que con él se esté cosificando, ni a la víctima, ni al victimario, con lo cual, no se puede predicar por virtud del mandato legal el quebrantamiento de la dignidad humana. Entiende la Corporación que precisamente los mecanismos de rectificación y retractación, se orientan a lograr de manera expedita la restauración de lo conculcado con la ofensa y, de contera, a reparar la respectiva dimensión de la dignidad humana afectada, cual es la integridad moral.

Por otra parte, tampoco se advierte en el lenguaje empleado por el legislador infracción al principio de la dignidad humana.

Otras razones invocadas vehementemente por los actores, como el posible factor de crimino-génesis predicable de las figuras contempladas en el artículo 225 del Código Penal, han de ser desestimadas, pues no se ofrecen como motivos que den lugar a la inconstitucionalidad del precepto.

En este punto, se atiene pues la Corte a lo predicado sobre la dignidad humana y, a lo resuelto sobre la retractación como dispositivo ajustado a la Constitución, en cuanto a que no impide el acceso a la justicia, ni el restablecimiento de los derechos del ofendido, imponiéndose declarar la exequibilidad del enunciado legal en relación con el cargo analizado.

En cuanto a la tacha recaída sobre el mencionado artículo 225 por desconocimiento del artículo 250 de la Carta, encuentra la Sala que tampoco está llamada a imponerse en este examen de constitucionalidad. Observa la Corte que el hecho del que se trata, corresponde a la órbita de los comportamientos propios del derecho penal y, estos siguen siendo de conocimiento de la Fiscalía. No acontece lo que con la Ley 1153 de 2007 “Por medio de la cual se establece el tratamiento de las pequeñas causas en materia penal” en la que el legislador excluyó de una competencia al órgano constitucionalmente facultado para ejercerla, cual es la Fiscalía General de la Nación. En el asunto en estudio, la función de investigación por los punibles que atentan contra la integridad moral, continúa siendo potestativa del Ente Acusador, lo que se da es que, por una decisión ajustada a la Constitución, el legislador mediando la retractación o la rectificación, según el asunto,

decidió no darle curso a la acción penal.

Para la Sala, el artículo 250 de la Carta debe armonizarse con otros preceptos del mismo rango y, por ende, cuando el legislador sin desconocer la Constitución, expide disposiciones que impliquen, por ejemplo, suspender o interrumpir la persecución penal, el Ente Acusador, al aplicarlas, no estará desatendiendo injustificadamente su obligación de seguimiento al delito. En su jurisprudencia, la Corte encontró constitucional la consagración de la retractación y la rectificación para los delitos contra la integridad moral, consecuentemente, cuando la Fiscalía se inhibe de continuar con la investigación por el empleo de estas figuras, lo hace por virtud de una ley que no riñe con la Constitución. Si los enunciados legales que se expiden para afectar la persecución del delito, riñen con la Carta, otras deberán ser las conclusiones.

Entender que bajo ninguna circunstancia resulta posible suspender, interrumpir o extinguir la acción penal, por cuanto ello supone infringir el mandato contenido en el artículo 250 como un imperativo absoluto, no compaginable con la restante preceptiva que conforma el ordenamiento constitucional, en términos prácticos, significaría la obligatoriedad de prosecución del proceso penal en casos como el del fallecimiento de los procesados, o la despenalización de las conductas, lo cual, en este último ejemplo, dista de lo mandado por la Carta a propósito del principio de favorabilidad en materia penal. En suma, no cabe una lectura que dé pie a privar de efectividad otros mandatos constitucionales en favor del precitado artículo 250.

Para la Sala, lo que acontece en situaciones como la de la retractación o la rectificación, a propósito de la imposibilidad de adelantar la acción penal, es que cesa en estos casos, la obligación impuesta por el constituyente a la Fiscalía General de la Nación en el artículo 250 Superior.

Con estas razones, estima la Corte, debe desecharse la censura formulada contra el artículo 225 del Código Penal, por supuesta infracción del artículo 250 de la Constitución, dentro del presente proceso de constitucionalidad.

Finalmente y, en lo que atañe al cuestionamiento del artículo 225 del Código Penal como lesivo de la cláusula general de responsabilidad establecida en el artículo 6 de la Carta, advierte la Corte que los actores plantean, como premisa indubitable, que una vez

establecidos los derechos y deberes y las causales de exclusión de la responsabilidad por infracción a tales contenidos, no puede el legislador establecer exenciones.

Para la Sala, el artículo 6 de la Carta no proscribe la estipulación de exclusiones de responsabilidad, por ende, en principio, puede el legislador establecerlas, lo que acontece en este caso, es que al igual que cualquier otra norma del derecho sustantivo sancionatorio y sus procedimientos, ésta potestad del legislador está sujeta a los límites que la Constitución establece y la jurisprudencia ha ido especificando. En el apartado 6 de esta providencia se recordaron, de manera general, tales límites. En este cargo, nuevamente advierte la Sala una interpretación por parte de los libelistas que entiende como un absoluto un precepto constitucional y, desatiende una lectura sistemática del ordenamiento constitucional que reconozca la presencia de otros mandatos, con los cuales debe armonizarse el precepto interpretado.

Así pues, despachará la Sala desfavorablemente la solicitud de valoración de inconstitucionalidad con la consecuente inexequibilidad del artículo 225 del Código Penal dado que no quebranta el artículo 6 de la Constitución.

II. SÍNTESIS DE LA DECISIÓN

Le correspondió a la Corte resolver varias acusaciones contra el inciso 2º del artículo 223 y el artículo 225 (parcial) del Código Penal. Previa consideración de algunos aspectos de la Cosa Juzgada relativa, la Corporación observó que las sentencias C- 442 de 2011 y 489 de 2002, se habían pronunciado sobre algunos de los cuestionamientos pretendidamente nuevos contra las disposiciones referidas.

Para la Sala, en la sentencia C – 489 de 2002, la Corte advirtió que la protección de la honra está encaminada a proteger a los individuos con miras a no menoscabar su valor no solo frente al colectivo social, sino, frente a sí mismo. Para la Corporación, la sanción de las conductas establecidas por el legislador, busca proteger los derechos a la honra y el buen nombre, con lo cual, quedó sentado que los comportamientos descritos por el legislador tienen la potencialidad de lesionar dichos derechos y, se desestimó la opinión, según la cual, los ataques al patrimonio moral realizados solamente en presencia del ofendido o en escrito exclusivamente dirigido al agraviado, no causan daño. Consecuentemente, su incorporación al ordenamiento penal no quebranta el principio de legalidad. Igualmente, se

desvirtuó el cuestionamiento por presunta violación del principio de prohibición de exceso, reparo sobre el cual también la referida C- 489 de 2002 dio cuenta, descartando su prosperidad.

En relación con el artículo 225, se encontró que la sentencia C- 489 de 2002, estimó ajustadas a la Constitución las figuras de la retractación y rectificación en tratándose de agresiones contra la integridad moral. Para la Sala, el precepto indicado no atenta contra el patrimonio moral, sino que al excluirse la acción, no se impide acudir a otras vías como la reparación civil o la acción de tutela con miras a lograr los amparos e indemnizaciones correspondientes. Adicionalmente, se valoró en el fallo de 2002 que son varias las formas de restablecimiento de los derechos de la víctima de los delitos contra el haber moral de las personas, entre ellas, la retractación y la rectificación. Se concluyó que la existencia de estos mecanismos, no permite considerar que se desconoce el restablecimiento de los derechos del ofendido.

Depuradas las cuestiones previas se procedió a estudiar si el inciso 2º del artículo 223 de la Ley 599 de 2000, resultaba lesivo de la dignidad humana de los posibles infractores del mandato legal. La Corte desecho la acusación, pues, esta se edificó sobre el supuesto equívoco de que las ofensas consumadas solamente en presencia del ofendido o, en escrito exclusivamente dirigido a este, no causan daño. Para la Sala, no resulta violatorio de la dignidad humana tipificar una conducta potencialmente dañosa para la integridad moral. Igualmente, advirtió el Tribunal Constitucional que el precepto en estudio, no cosifica al posible transgresor de la Ley Penal y, la pena establecida para el delito, no vulnera el citado principio de la dignidad humana. Tampoco se observó un uso del lenguaje por parte del legislador que desconociera el principio considerado.

Por lo que concierne al quebrantamiento del artículo 250 de la Carta, sobre el respeto de la obligación de persecución del delito por parte de la Fiscalía, la Sala observó que el mandato establecido en el inciso 1º del artículo 250, no se quebranta dado que la conducta descrita en el enunciado legal estudiado, es delito y, en tanto se den los presupuestos procesales corresponde al Ente Acusador activar las competencias del caso.

En lo atinente al artículo 225 (parcial) de la Ley 599 de 2000, la Sala consideró infundados los cargos por violación al principio de la dignidad humana, pues, el tipo penal en referencia

no comporta ausencia de protección para las potenciales víctimas. Adicionalmente, la Corte se atuvo al análisis que sobre el punto se hizo para el inciso 2º del artículo 223. En cuanto, a la infracción del artículo 250 de la Constitución, sobre el respeto de la obligación de persecución del delito por parte de la Fiscalía, la Sala la descartó, pues, no se verificó un traslado de la competencia a autoridad distinta de la Fiscalía. Además, se recordó que lo mandado por el Constituyente a la Fiscalía, se debe armonizar con otros preceptos contenidos en el Texto Superior. Entender que bajo ninguna circunstancia resulta posible suspender, interrumpir o extinguir la acción penal, salvo lo dispuesto en el artículo 250 de la Carta, supone estimar este mandato como un imperativo absoluto, no compaginable con la restante preceptiva que conforma el ordenamiento constitucional, la cual, puede conducir a privar de efectividad el resto de la Constitución.

Finalmente, la Corte consideró que el enunciado legal del artículo 225 (parcial) del Código Penal no atenta contra el artículo 6 de la Carta, pues, este no proscribe la estipulación de exenciones de responsabilidad, lo que acontece, es que al igual que cualquier otra norma del derecho sustantivo sancionatorio y sus procedimientos, ésta potestad del legislador está sujeta a los límites que la Constitución establece y la jurisprudencia ha ido especificando.

VIII. DECISION

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

Primero.- En lo relacionado con los cargos contra el inciso 2º del artículo 223 de la Ley 599 de 2000, por infracción al principio de legalidad en su manifestaciones del principio de lesividad y el principio de prohibición del exceso, ESTARSE A LO RESUELTO en la sentencia C- 442 de 2011.

Segundo.- En lo relacionado con los cargos contra el artículo 225 de la Ley 599 de 2000, por violación del derecho a la honra, negación del derecho de acceso a la Administración de justicia y el desconocimiento del restablecimiento de los derechos del ofendido, ESTARSE A LO RESUELTO en la sentencia C- 489 de 2002.

Tercero.- Declarar EXEQUIBLES, únicamente por los cargos analizados, los artículos 223 inciso 2º y 225 de la Ley 599 de 2000, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

Cuarto.- Notifíquese, comuníquese, publíquese, insértese en la Gaceta de la Corte Constitucional y archívese el expediente.

LUIS ERNESTO VARGAS SILVA

Con salvamento parcial de voto-

MARÍA VICTORIA CALLE CORREA

Magistrada

Con salvamento parcial de voto-

MAURICIO GONZÁLEZ CUERVO

Magistrado

LUIS GUILLERMO GUERRERO PÉREZ

Magistrado

GABRIEL EDUARDO MENDOZA MARTELO

Magistrado

JORGE IVÁN PALACIO PALACIO

Magistrado

Con salvamento parcial de voto-

GLORIA STELLA ORTÍZ DELGADO

Magistrada

JORGE IGNACIO PRETELT CHALJUB

Magistrado

MARTHA SÁCHICA MENDEZ

Magistrada (E)

ANDRÉS MUTIS VANEGAS

Secretario General (E)

SALVAMENTO PARCIAL DE VOTO DE LA MAGISTRADA

MARÍA VICTORIA CALLE CORREA Y DE LOS MAGISTRADOS JORGE IVÁN PALACIO PALACIO Y

LUIS ERNESTO VARGAS SILVA

Referencia: Sentencia C-635 de 2014

Magistrado Ponente:

Gabriel Eduardo Mendoza Martelo

Con el acostumbrado respeto por las decisiones de la Sala Plena, presentamos las razones que nos llevan a salvar parcialmente nuestro voto. Compartimos las determinaciones adoptadas en relación con el artículo 225 del Código Penal, pero disentimos de lo decidido por la Sala respecto al inciso 2º del artículo 223 del Código Penal. Esta norma debió ser declarada inexequible por cuanto vulnera la libertad de expresión y la dignidad humana.

1. En primer lugar, consideramos que las acusaciones planteadas en esta oportunidad contra el artículo 223 del Código Penal diferían de las que fueron resueltas por la Corte en la sentencia C-442 de 2011[36], por lo cual no había razón para afirmar la existencia de cosa juzgada relativa respecto de algunos de los cargos planteados y, con ello, para decidir estarse a lo resuelto en dicho pronunciamiento.

Adicionalmente, en la sentencia C-442 de 2011 la modalidad atenuada de la injuria y calumnia prevista en el inciso 2º del artículo 223 CP no fue en realidad objeto de análisis.

En aquella oportunidad el examen de los cargos se concentró en justificar por qué la manera en que el legislador definió los tipos básicos de injuria y calumnia no vulneraba las exigencias de ley estricta y cierta (por cuanto la indeterminación lingüística podía cerrarse acudiendo al "derecho viviente") ni el principio de proporcionalidad. Más allá de referirse al daño a la honra causado por las expresiones deshonrosas e infamantes, nada se dijo, de manera específica, sobre si resultaba ajustado a la Carta sancionar penalmente dichas conductas cuando se cometen en privado, esto es, a través de un escrito dirigido sólo al ofendido o en su sola presencia. La única alusión al artículo 223 en el examen de los cargos que allí se efectuó fue la siguiente: "Debido a que los cargos contra los artículos 223, 224, 225, 227 y 228 tenían como fundamento la supuesta apertura e indeterminación de los tipos penales de injuria y calumnia, tampoco están llamados a prosperar".

Así las cosas, al no existir en realidad cosa juzgada en relación con el específico debate constitucional que se plantea en esta ocasión, la Corte era competente para pronunciarse sobre todos los cargos planteados por los accionantes, y no sólo respecto de los dos que fueron objeto de consideración en la sentencia.

2. En segundo lugar, los desarrollos jurisprudenciales del principio de estricta legalidad penal obligaban a declarar inexequibles los delitos de injuria y calumnia, así como los demás que se les relacionaban, por ser demasiado imprecisos, al igual que a señalar cuáles ejercicios de la libertad de expresión que interfieran en la honra de otras personas, han de estar definitivamente sustraídos del ámbito de influencia del poder punitivo, por no superar las exigencias de idoneidad, necesidad y estricta proporcionalidad. En tal sentido, se reiteran las razones expuestas en el salvamento de voto a la sentencia C-442 de 2011.

Una de las manifestaciones de la libertad de expresión que, definitivamente, debe estar por fuera del ámbito del derecho penal es la que consiste en proferir injurias o calumnias que sólo se dirigen a la persona ofendida, sin trascender a terceros, por cuanto en estos casos la intervención penal no logra satisfacer las exigencias de necesidad y estricta proporcionalidad. La penalización de esta conducta vulnera el límite constitucional al poder punitivo que impone el respeto a la dignidad humana. En ese orden de ideas, es preciso considerar lo expresado por este Tribunal en la sentencia C-205 de 2003[37], donde se afirma que "en materia de determinación del tipos penales, el principio de dignidad humana exige dotar al derecho penal de un contenido respetuoso de una imagen del ciudadano

como dotado de un conjunto de derechos derivado de su naturaleza humana". Sin duda esa imagen del ciudadano como dotado de un conjunto de derechos incluye, de manera prevalente, la libertad de expresión. El inciso 2º del artículo 223 del Código Penal, al cercenar de manera innecesaria y desproporcionada este derecho, resulta por ello contrario a la dignidad humana.

Fecha ut supra,

MARIA VICTORIA CALLE CORREA

Magistrada

JORGE IVÁN PALACIO PALACIO

Magistrado

LUIS ERNESTO VARGAS SILVA

Magistrado

[1] M.P. Rodrigo Escobar Gil.

[2] M.P. Manuel José Cepeda Espinosa.

[3]C-309 de 2009 M.P. Mendoza Martelo. En particular el considerando 5.

[4] El tenor literal del precepto en referencia, reza: "Artículo 2º. Las demandas en las acciones públicas de inconstitucionalidad se presentarán por escrito, en duplicado, y contendrán: 1. El señalamiento de las normas acusadas como inconstitucionales, su transcripción literal por cualquier medio o un ejemplar de la publicación oficial de las mismas; 2. El señalamiento de las normas constitucionales que se consideren infringidas; 3. Las razones por las cuales dichos textos se estiman violados; 4. Cuando fuera el caso, el señalamiento del trámite impuesto por la Constitución para la expedición del acto demandado y la forma en que fue quebrantado; y 5. La razón por la cual la Corte es competente para conocer de la demanda".

[5] Sentencia C- 1052 de 2001 M.P. Cepeda Espinosa.

[6] Este criterio se encuentra presente en diversos pronunciamientos, entre otros Sentencia C. 595 de 2010 M.P. Palacio Palacio, y Sentencia C- 1052 de 2001 M.P. Cepeda Espinosa.

[7] C- 1052 de 2001 M.P. Cepeda Espinosa, también se pueden revisar el Auto 244 de 2001 M.P. Córdoba Triviño y la sentencia C- 898 de 2001 M.P. Cepeda Espinosa.

[8] Cfr. Corte Constitucional Auto 024 de 1998 M.P. Fabio Morón Díaz. En esta oportunidad la Sala Plena consideró que el error cometido por el demandante a la hora de señalar la competencia de la Corte Constitucional para conocer de su escrito aludiendo al numeral 3 del artículo 2 del Decreto 2067 de 2001, en vez del numeral 5, como corresponde en realidad, no constituye un error que atente contra la naturaleza de la acción que se ejerce. Se dijo allí: La decisión que tomó la Corte al resolver favorablemente el recurso de súplica presentado por el actor a quien el Magistrado Ponente le había rechazado la demanda en contra del literal a) del artículo 174 de la ley 136 de 1994, se basa en consideraciones ya contenidas en la jurisprudencia de la C-232 de 1997 M.P. Jorge Arango Mejía (En esta oportunidad se consideró que un error mecanográfico en la trascripción de la norma que establecía la competencia de la Corte para decidir sobre la constitucionalidad de la norma demandada, no era de entidad suficiente para inadmitir la demanda).

[9] Sentencia C-397 de 1995 M.P. Hernández Galindo; Auto 289A de 2001 M.P. Montealegre Lynett; y sentencias C-774 de 2001 M.P. Escobar Gil. AV. Cepeda Espinosa; C-394 de 2002 M.P. Álvaro Tafur Galvis; C-030 de 2003 M.P. Tafur Galvis; y C-181 de 2010 M.P. Pretelt Chaljub).

[10] C- 153 de 2002 M.P. Vargas Hernández

[11] ibid

[12] Sentencia C-774 de 2001

[13] Aún así, existen situaciones en las cuales la Corte restringe en la parte motiva el alcance de la cosa juzgada aunque en la parte resolutiva no se indique dicha limitación, "...en tal evento, no existe en realidad una contradicción entre la parte resolutiva y la argumentación sino una cosa juzgada relativa implícita, pues la Corte declara exequible la norma, pero bajo el entendido que sólo se ha analizado determinados cargos...". (ver

sentencias C-774 de 2001y C-478 de 1998)

[14] Este criterio ha sido reiterado en la sentencia C- 332 de 2013 M.P. González Cuervo.

[15] Ferrajoli, L, ob.cit, p. 467.

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

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

[18] Esta apreciación también se encuentra citada en la sentencia emanada de la Corte Suprema de Justicia el 14 de diciembre de 2011, M.P. Zapata Ortiz Rad. 34093.

[19] Ver también la sentencia T-218 de 2009.

[20] Kant I., Fundamentación de la metafísica de las costumbres, Ed Ariel Filosofía, Barcelona, 1999, p.189

[21] Op cit. 199

[22] Ibid p.201

[23] Fernández García Eusebio, Dignidad humana y Ciudadanía Cosmopolita, Instituto de Derechos Humanos "Bartolomé de las Casas" Universidad Carlos III de Madrid, ed. Dykinson, Madrid 2001 pág. 26.

[24] "En primer término, debe anotarse que el concepto de Estado Social de Derecho (artículo 1 C.P.) no es apenas una frase ingeniosa ni una declaración romántica del Constituyente sino un rasgo esencial del sistema jurídico que se proyecta más allá de los mismos textos superiores y cobija la totalidad del sistema jurídico, debiendo por tanto reflejarse en las normas legales, en la actividad del Gobierno y de las autoridades administrativas, no menos que en las decisiones judiciales. (...) En concordancia con lo anterior, el Estado y la sociedad deben asumir un papel activo en la redistribución de bienes y servicios con el fin proteger la dignidad humana, pilar ético fundamental de nuestro ordenamiento." (Sentencia T-1430 de 2000 M.P. Hernández Galindo)

[25] Mir Puig, S., ob.cit, p. 94.

[26] Ver, entre otras, la sentencia SU-062 de 2001, M.P. Eduardo Montealegre Lynett.

[27] Sentencia C-996 de 2000.

[28] Sentencia C-996 de 2000, C-177 de 2001, entre otras.

[29] Sentencia C-1164 de 2000.

[30] Sentencia C-587 de 1992.

[31] Sentencia C-456 de 1997.

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

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

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

[35] Sentencia C-070 de 1996.

[36] MP. Humberto Sierra Porto, SV. María Victoria Calle Correa, SV. Juan Carlos Henao Pérez. En esta decisión se declararon exequibles, por los cargos analizados, los artículos 220, 221, 222, 223, 224, 225, 226, 227 y 228 de la Ley 599 de 2000 “por la cual se expide el Código Penal”.

[37] MP. Clara Inés Vargas Hernández.