

20 de abril de 2023

Honorable Magistrada
NATALIA ÁNGEL CABO
Corte Constitucional
Bogotá, Colombia
E.S.C.

Referencia: AMICUS CURIAE – D15176 – Demanda de inconstitucionalidad contra los artículos 220 (parcial) y 221 (parcial) de la Ley 599 de 2000

En nombre de Robert F. Kennedy Human Rights, nosotras, Angelita Baeyens, vicepresidenta del Programa de Litigio e Incidencia Internacional y ciudadana colombiana, identificada con Cédula de Ciudadanía No. 28.553.866 y Sofia Jaramillo, abogada senior para el espacio cívico y ciudadana colombiana identificada con la cédula de ciudadanía No. 1'130.678.764 acudimos ante su despacho con el fin de presentar un escrito en calidad de amicus curiae en el asunto de referencia. El escrito es presentado conjuntamente por las siguientes organizaciones: Free Press Unlimited,¹ Unión Nacional de Instituciones para el Trabajo de Acción Social (UNITAS),² Red Latinoamericana y del Caribe por la Democracia (REDLAD),³ Kazakhstan International Bureau for Human Rights and Rule of Law (KIBHR),⁴ Odhikar,⁵ y Robert F. Kennedy Human Rights.⁶

El escrito de amicus curiae brinda argumentos a la luz de los estándares internacionales y regionales de derechos humanos, con especial énfasis en el sistema interamericano, en relación con la desproporcionalidad de la sanción penal, en específico la pena de prisión, en casos de crímenes contra la honra, así como las obligaciones que se derivan para los Estados del derecho de la libertad de expresión y los lineamientos para la adopción de medidas efectivas de garantizar este derecho. Solicitamos respetuosamente que los argumentos aquí presentados sean considerados por la Honorable Corte al momento de decidir el caso.

Para efectos de notificaciones ponemos a disposición de su despacho el siguiente correo electrónico: legal@rfkhumanrights.org.

Cordialmente,

Angelita Baeyens
VP Incidencia y Litigio Internacional
Robert F. Kennedy Human Rights

Sofia Jaramillo
Abogada Senior, Espacio Cívico
Robert F. Kennedy Human Rights

Tomás A. Chang Pico
Senior Programme Officer, Safety for Journalists
Free Press Unlimited

En el escrito:

Marina Garcez
Robert F. Kennedy Human Rights

¹ <https://www.freepressunlimited.org>

² <https://redunitas.org/>

³ <https://redlad.org>

⁴ <https://bureau.kz/en/>

⁵ <https://www.facebook.com/Odhikar.HumanRights/>

⁶ <https://rfkhumanrights.org/>

1. Presentación y objeto del *Amicus Curiae*

Esta Honorable Corte Constitucional ha sostenido que la figura del *amicus curiae* o “amigos de la Corte” “es una persona diferente a los sujetos procesales o los terceros con interés que intervienen ante la magistratura, no con el objetivo de defender pretensiones propias o impugnar las contrarias, sino para ofrecer opiniones calificadas para la solución de un caso”⁷. Los escritos presentados en calidad de *amicus curiae* tienen como propósito “ilustrar el juicio de los operadores de justicia, para que sus decisiones sean el resultado de procesos ilustrados y reflexivos y ponderados”⁸.

Ninguna de las organizaciones que suscriben este escrito pretenden, de forma alguna, ser expertos en derecho constitucional colombiano. Por lo tanto, este escrito se limitará a exponer los estándares de protección relevantes basados en el derecho internacional de los derechos humanos en relación a la libertad de expresión. Asimismo, ninguna de las organizaciones que suscriben este escrito tienen ningún interés directo en el resultado de este caso. El único objetivo de este escrito es asistir a la Corte Constitucional de Colombia en su tarea de interpretar el derecho internacional, incluido aquel relativo a los derechos humanos, al decidir sobre el fondo de este asunto

Es en este sentido que nos presentamos en calidad de *amicus curiae* para ofrecer argumentos a la luz de los estándares internacionales y regionales de derechos humanos, con especial énfasis en el sistema interamericano, en relación a los elementos que esta Honorable Corte Constitucional debe valorar a la hora de analizar la presente acción de demanda de inconstitucionalidad. La primera sección se refiere a la incompatibilidad del uso de la pena de prisión en casos de injuria y calumnia. La segunda sección se refiere al escenario internacional y sus estándares en esta materia. Finalmente, la última parte explora el *chilling effect* (efecto amedrentador) de la sanción penal en casos de difamación. El reconocimiento de la incompatibilidad de la pena de prisión para crímenes contra la honra surge de las obligaciones internacionales y constitucionales del Estado y es un paso importante para asegurar el respeto, la protección y la promoción de la libertad de expresión en Colombia.

El interés al suscribir este escrito en calidad de *amicus* reside en la relevancia de interés público que tiene la decisión sobre la demanda de inconstitucionalidad en el marco del proceso **No. D.15176**.

2. Demanda de inconstitucionalidad

Ana Bejarano Ricaurte, Lúcia Yepes Bonilla, Susana Echavarría Medina y Emmanuel Vargas Penagos. demandaron la inconstitucionalidad de unos apartes de los artículos 220 (injuria) y 221 (calumnia) de la Ley 599 de 2000 (Código Penal) por considerar que dichas normas vulneran el preámbulo y los artículos 20 (libertad de expresión), 73 (libertad e independencia de la actividad periodística) y 93 (sobre los tratados y convenios de derechos humanos ratificados por el Congreso) de la Constitución Política de Colombia.

⁷ Corte Constitucional de Colombia. Sala Plena. Auto 107/19. Expediente T-6.334.219: Acción de tutela formulada por la UGPP contra la providencia de extensión de jurisprudencia de 24 de noviembre de 2016, proferida por la Subsección A, de la Sección Segunda del Consejo de Estado. 6 de marzo de 2019.

⁸ Corte Constitucional de Colombia. Sala Plena. Sentencia C-674/17. Asunto: Revisión de constitucionalidad del Acto Legislativo 01 de 2017 “por medio del cual se crea un título de disposiciones transitorias de la Constitución para la terminación del conflicto armado y la construcción de una paz estable y duradera y se dictan otras disposiciones”. 14 de noviembre de 2017.

3. El uso del derecho penal en casos de injuria y calumnia es desproporcionado, salvo en circunstancias excepcionales

3.1. Derecho a la libertad de expresión

El derecho a la libertad de pensamiento y expresión previsto en el artículo 13 de la Convención Americana de Derechos Humanos (CADH) protege el derecho de las personas a buscar, recibir y difundir informaciones e ideas de toda índole, así como recibir y conocer las informaciones e ideas difundidas por otros.⁹ Este derecho es fundamental para el desarrollo personal de cada individuo, para el ejercicio de su autonomía y demás derechos fundamentales y, en definitiva, para la consolidación de una sociedad democrática.¹⁰ Así, el artículo 4 de la Carta Democrática Interamericana caracteriza la libertad de expresión y de prensa como “componentes fundamentales para el ejercicio de la democracia”¹¹.

En este sentido, tal y como han declarado la Corte Interamericana de Derechos Humanos,¹² el Tribunal Europeo de Derechos Humanos,¹³ la Comisión y la Corte Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos,¹⁴ así como el Comité de Derechos Humanos de la ONU,¹⁵ la libertad de expresión es esencial para las sociedades democráticas. De hecho, sin una garantía efectiva de la libertad de expresión, “la democracia se desvanece, el pluralismo y la tolerancia comienzan a deshacerse, los mecanismos de control y denuncia ciudadana comienzan a ser inoperantes y, en última instancia, se crea un campo fértil para el arraigo de sistemas autoritarios. En consecuencia, una sociedad que no está bien informada no es totalmente libre”.¹⁶

Asimismo, como lo ha señalado la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH), la libertad de expresión es un requisito para el desarrollo del ciudadano como sujeto pleno y deliberativo, que tiene el valor de usar su propia inteligencia, contrariamente al modelo del ciudadano modelo de los Estados autoritarios.¹⁷

⁹ Corte IDH. Opinión Consultiva OC-5/85. La Colegiación Obligatoria de Periodistas (arts. 13 y 29 Convención Americana sobre Derechos Humanos), 13 de noviembre de 1985, párr. 40; Corte IDH, Caso Kimel v. Argentina, 2 de mayo de 2008, párr. 53.

¹⁰ Corte IDH. Opinión Consultiva OC-5/85. La Colegiación Obligatoria de Periodistas (arts. 13 y 29 Convención Americana sobre Derechos Humanos), 13 de noviembre de 1985, párrs. 31 y 32. CIDH, Informe No. 82/10, Caso 12.524, Fondo, Jorge Fontevecchia y Héctor d'Amico, Argentina, 13 de julio de 2010, párr. 85.

¹¹ Artículo 4 de la Carta Democrática Interamericana, aprobada el 11 de septiembre de 2001.

¹² Corte IDH, Caso Herrera Ulloa v. Costa Rica, 2 de julio de 2004, párr. 116.

¹³ TEDH. *Schorsch and News Verlagsgesellschaft vs. Austria*, no. 39394/98, § 29, ECHR 2003-XI; *Perna vs. Italia [GC]*, no.48898/98, § 39, ECHR 2003-V; *Dichand and others vs. Austria*, no. 29271/95, § 37, 26 de febrero de 2002; TEDH. *Caso Lehideux and Isorni vs. Francia*, 23 de septiembre de 1998, párr. 55; TEDH. *Caso Otto-Preminger-Institut vs. Austria*, 20 de septiembre de 1994, párr. 49; TEDH. *Caso Castells vs. España*, 23 de abril de 1992, párr. 42; TEDH. *Caso Oberschlick vs. Austria*, 25 de abril de 1991, párr. 57; TEDH. *Caso Müller and Others vs. Suiza*, 24 de mayo de 1988, párr. 33; TEDH. *Caso Lingens vs. Austria*, 8 de julio de 1986, párr. 41; TEDH. *Caso Barthold vs. Alemania*, 25 de marzo de 1985, párr. 58; TEDH. *Caso The Sunday Times vs. Reino Unido*, 29 de marzo de 1979, párr. 65; e TEDH. *Caso Handyside vs. Reino Unido*, 7 de diciembre de 1976, párr. 49.

¹⁴ Comisión Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos, Media Rights Agenda y Constitutional Rights Project vs. Nigéria, Comunicaciones Nos. 105/93, 128/94, 130/94 e 152/96, Decisión de 31 de octubre de 1998, párr. 54; Comisión Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos. African Commission on Human and Peoples' Rights. Declaración de principios sobre la libertad de expresión y el acceso a la información en África. 17 - 23 de octubre de 2002; Corte Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos. Caso *Lohé Issa Konaté vs. Burkina Faso*. Submisión No. 004/2013. Decisión de 5 de diciembre de 2014.

¹⁵ ONU, Comité de Derechos Humanos, *Aduayom e outros vs. Togo* (422/1990, 423/1990 e 424/1990), Opinión de 12 de julio de 1996, párr. 7.4, e ONU. Comité de Derechos Humanos. Comentario General N° 34: Artículo 19 Libertad de opinión y libertad de expresión. 12 de septiembre de 2011.

¹⁶ Corte IDH, Moya Chacón y otro c. Costa Rica, 23 de mayo de 2022, párr. 65; Corte IDH, Opinión Consultiva OC-5/85. La Colegiación Obligatoria de Periodistas (arts. 13 y 29 Convención Americana sobre Derechos Humanos), párr. 70.

¹⁷ CIDH. Agenda Hemisférica para la defensa de la libertad de expresión. OEA/Ser.L/V/II CIDH/RELE/INF. 4/09. 25 de febrero de 2009. párr. 53-55.

La libertad de expresión tiene una dimensión individual y una dimensión social.¹⁸ La dimensión individual se refiere al derecho de cada individuo a utilizar cualquier medio para difundir libremente ideas, informaciones y opiniones y llegar al público más amplio posible. La dimensión social se refiere al derecho colectivo de la sociedad a recibir libremente informaciones y opiniones y a conocer el pensamiento de los demás. En lo que interesa al presente caso, la dimensión individual de la libertad de expresión “no se agota en el reconocimiento teórico del derecho a hablar o escribir, sino que comprende además, inseparablemente, el derecho a utilizar cualquier medio apropiado para difundir el pensamiento y hacerlo llegar al mayor número de destinatarios”.¹⁹ En este sentido, la expresión y la difusión de pensamientos e ideas son indivisibles, por lo que cualquier restricción a los medios o posibilidades de difusión de la información supondrá un límite a la libertad de expresión.²⁰

3.2. Restricciones legítimas a la libertad de expresión

A pesar de su importancia fundamental en la democracia, la libertad de expresión no es un derecho absoluto. El artículo 13.2 de la CADH, que prohíbe la censura previa, también prevé la posibilidad de establecer restricciones a la libertad de expresión mediante la aplicación de responsabilidades ulteriores, por el ejercicio abusivo de este derecho. Según la jurisprudencia de la Corte Interamericana, y de la propia Corte Constitucional Colombiana, la aplicación de sanciones ulteriores al ejercicio de la libertad de expresión en el marco de la CADH debe basarse en la interpretación que mejor garantice la libertad de expresión. Estas restricciones son de carácter excepcional y no deben limitar, más allá de lo estrictamente necesario, el pleno ejercicio de la libertad de expresión y convertirse en un mecanismo directo o indirecto de censura previa.²¹

El derecho a la libertad de expresión protege no sólo “la expresión de declaraciones acogidas favorablemente por la opinión pública y consideradas inofensivas”, sino también “la expresión de declaraciones que chocan, irritan o molestan a los funcionarios públicos o a cualquier sector de la sociedad”²². Por lo tanto, cualquier restricción del derecho debe estar prevista por la ley y ser necesaria para proteger un interés gubernamental imperioso, como exige el artículo 13.2 de la CADH. Cuando existan varias formas de lograr este interés legítimo, deberá elegirse el medio menos restrictivo, que deberá ser proporcionado y ajustarse estrechamente al objetivo imperioso. En resumen, cualquier restricción del derecho a la libertad de expresión sólo será válida si respeta el conocido test tripartito aplicado por los tribunales internacionales y diversas altas cortes alrededor del mundo, incluida esta Honorable Corte. El incumplimiento de cualquiera de estos requisitos implica que la medida impuesta es contraria a la Convención Americana y otros instrumentos internacionales, tales como el Pacto Internacional sobre Derechos Civiles y Políticos. Este apartado se centrará en explicar estos requisitos, con especial énfasis en el requisito de proporcionalidad.

i) Legalidad

La jurisprudencia interamericana ha establecido que las restricciones a la libertad de expresión deben cumplir con el requisito de legalidad en sentido formal y material. Esto se debe a que su interpretación no puede dejarse a la discreción de la autoridad pública²³ y debe ofrecer tal claridad que los esfuerzos de

¹⁸ Corte IDH, Opinión Consultiva OC-5/85. La Colegiación Obligatoria de Periodistas (arts. 13 y 29 Convención Americana sobre Derechos Humanos), 13 de noviembre de 1985, párr. 30; y Corte IDH, Caso Carvajal Carvajal y otros vs. Colombia, 13 de marzo de 2018, párr. 172.

¹⁹ Corte IDH, Caso “La Última Tentación de Cristo” (Olmedo Bustos y otros) vs. Chile, 5 de febrero de 2001, párr. 65; Corte IDH, Caso Carvajal Carvajal y otros c. Colombia, párr. 65.

²⁰ Corte IDH, Caso Álvarez Ramos vs. Venezuela, 30 de agosto de 2019, párr. 96; Corte IDH, Caso “La última tentación de Cristo” (Olmedo Bustos y otros) vs. Chile, párr. 65; Corte IDH, Caso Carvajal Carvajal y otros vs. Colombia, párr. 172.

²¹ Corte IDH, Caso Herrera Ulloa vs. Costa Rica, párr. 120; y Corte IDH, Caso Tristán Donoso vs. Panamá, 27 de enero de 2009, párr. 110; Corte IDH, Caso Álvarez Ramos vs. Venezuela, 30 de agosto de 2019, párr. 101.

²² Caso Palacio Urrutia y otros vs. Ecuador, 24 de noviembre de 2021, párr. 115; Caso Herrera Ulloa vs. Costa Rica, párr. 126, y Caso Álvarez Ramos vs. Venezuela, párr. 114

²³ Corte IDH, Caso Claude Reyes y otros vs. Chile, 19 de septiembre de 2006, párr. 89.

interpretación sean innecesarios.²⁴ Para que cualquier restricción cumpla el requisito de legalidad, “la ley debe ser accesible al público” y “estar formulada con suficiente precisión para permitir a un individuo regular su conducta de acuerdo con ella”²⁵. Si la restricción o limitación proviene del derecho penal, es necesario observar los estrictos requisitos propios de la tipificación penal para satisfacer el principio de legalidad en esta materia, utilizando términos estrictos e inequívocos que delimiten claramente las conductas punibles. Por ello, según la jurisprudencia y doctrina interamericanas, la tipificación de delitos referidos a expresiones debe formularse “en forma expresa, precisa, taxativa y previa, más aún cuando el derecho penal es el medio más restrictivo y severo para establecer responsabilidades respecto de una conducta ilícita, teniendo en cuenta que el marco legal debe brindar seguridad jurídica al ciudadano”.²⁶

Además, como lo ha establecido el Comité de Derechos Humanos de la ONU “[l]as leyes no pueden conferir a los encargados de su aplicación una discrecionalidad sin trabas para restringir la libertad de expresión” y debe proporcionar “suficientes orientaciones a los encargados de su ejecución para que puedan distinguir cuáles expresiones pueden restringirse correctamente y cuáles no”²⁷. En resumen, la ley debe ser lo suficientemente específica como para informar al público sobre qué conducta está prohibida, y debe ser lo suficientemente restrictiva como para evitar una aplicación arbitraria.

ii) Persecución de un fin legítimo

Los fines legítimos en los que puede basarse una sanción adicional a la libertad de expresión se determinan exhaustivamente en el artículo 13.2: el respeto de los derechos o la reputación de los demás o la protección de la seguridad nacional, el orden público o la salud o la moral públicas.

Específicamente respecto de las restricciones que buscan proteger el derecho al honor, como en el caso de la difamación, la Corte Interamericana ha señalado que “la libertad de expresión como el derecho a la honra, acogidos por la Convención, revisten suma importancia. Es necesario garantizar el ejercicio de ambos. En este sentido, la prevalencia de alguno en determinado caso dependerá de la ponderación que se haga a través de un juicio de proporcionalidad”.²⁸ En este sentido, en su más reciente jurisprudencia sobre la materia, el Tribunal ha señalado claramente que “el derecho de rectificación o de respuesta, previsto en el artículo 14 de la Convención, puede ser un medio idóneo para proteger el derecho a la honra de una persona que se crea afectada por informaciones inexactas o agraviantes”²⁹.

iii) Necesidad y proporcionalidad

Finalmente, en relación con la proporcionalidad y necesidad de la medida, el sistema interamericano ha entendido que las restricciones a la libertad de expresión deben ser proporcionales al interés que las justifica. Asimismo, deben ajustarse estrechamente al logro del fin legítimo, interfiriendo lo menos posible en el goce efectivo del derecho³⁰. En este sentido, no basta con que tenga una finalidad legítima, sino que la medida en cuestión debe respetar la proporcionalidad y la necesidad cuando afecte a la libertad de expresión. En otras palabras, “en este último paso del análisis se considera si la restricción resulta

²⁴ CIDH, Marco Jurídico Interamericano sobre el derecho a la libertad de expresión, párr. 107. Disponible en: <http://www.oas.org/es/cidh/expresion/docs/publicaciones/MARCO%20JURIDICO%20INTERAMERICANO%20DEL%20DERECHO%20A%20LA%20LIBERTAD%20DE%20EXPRESION%20ESP%20FINAL%20portada.doc.pdf>

²⁵ Comité de Derechos Humanos de la ONU, Observación General n. 34, párr. 25. Véase también Corte IDH, Caso Kimel vs. Argentina, 2 de mayo de 2008, párr. 63.

²⁶ Corte IDH. Caso Usón Ramírez vs. Venezuela, 20 de noviembre de 2009, párr. 55; Corte IDH, Caso Kimel vs. Argentina, 2 de mayo de 2008, párr. 63; Caso Moya Chacón y otro vs. Costa Rica, párr. 72.

²⁷ Comité de Derechos Humanos de la ONU, Observación General n. 34, párr. 25.

²⁸ Corte IDH. Caso Kimel vs. Argentina, párr. 51, y Caso Álvarez Ramos vs. Venezuela, párr. 103.

²⁹ Corte IDH. Caso Palacio Urrutia y otros c. Ecuador, 24 de noviembre de 2021, párr. 103.

³⁰ Corte IDH. Caso Herrera Ulloa vs. Costa Rica, párr. 123; y Caso Claude Reyes y otros vs. Chile, 19 de septiembre de 2006, párr. 91.

estrictamente proporcional, de tal forma que el sacrificio inherente a aquella no resulte exagerado o desmedido frente a las ventajas que se obtienen mediante tal limitación”³¹.

De acuerdo con la jurisprudencia reiterada de la CIDH y la Corte Interamericana, el derecho penal es el medio más restrictivo y severo para establecer la responsabilidad por conductas ilícitas, particularmente cuando se imponen penas privativas de libertad³². Por lo tanto, según la CIDH, “el uso del derecho penal debe responder al principio de intervención mínima, debido a la naturaleza del derecho penal como *ultima ratio*. En una sociedad democrática, el poder punitivo sólo puede ejercerse en la medida estrictamente necesaria para proteger los bienes jurídicos fundamentales de los ataques más graves que los lesionan o ponen en peligro. Lo contrario conduciría a un ejercicio abusivo e innecesario del poder punitivo del Estado”.³³

En el caso *Palacio Urrutia y otros vs. Ecuador*, la Corte Interamericana señaló que el uso del derecho penal en asuntos de interés público “produciría directa o indirectamente, un amedrentamiento que, en definitiva, limitaría la libertad de expresión e impediría someter al escrutinio público conductas que infrinjan el ordenamiento jurídico, como, por ejemplo, hechos de corrupción, abusos de autoridad, etc. En definitiva, lo anterior debilitaría el control público sobre los poderes del Estado, con notorios perjuicios al pluralismo democrático. En otros términos, la protección de la honra por medio de la ley penal que puede resultar legítima en otros casos, no resulta conforme a la Convención en la hipótesis previamente descrita”³⁴. La Corte también fue clara al establecer que la protección del honor de los funcionarios o personas públicas puede ampararse en otros medios jurídicos, como el derecho civil, la rectificación o las disculpas públicas, en los casos en que haya habido abuso o mala fe. Por último, en dicha sentencia subrayó que “tratándose del ejercicio de una actividad protegida por la Convención, se excluye la tipicidad penal y, por ende, la posibilidad de que sea considerada como delito y objeto de penas”³⁵.

En el caso *Tulio Álvarez vs. Venezuela*, la Corte Interamericana sostuvo que la expresión está protegida a pesar de su tono crítico y lenguaje cáustico. Además, reforzó su posición en contra del uso de sanciones penales como medio para castigar la expresión. El Tribunal argumentó que los Estados sólo pueden utilizar sanciones penales en los casos más excepcionales, y no para proteger el honor en casos relacionados con la expresión sobre asuntos de interés público, ya que esto inhibiría la denuncia de violaciones de la ley, como la corrupción o el abuso de poder, entre otros asuntos.³⁶

En ese caso, la Corte otorgó un peso especial a las declaraciones que forman parte del debate público por su importancia en las sociedades democráticas. Así, enfatizó que la libertad de expresión protege las opiniones e ideas “sobre temas en los que la sociedad tiene un interés legítimo en estar informada; y en conocer lo que incide en el funcionamiento del Estado, o afecta derechos o intereses generales o tiene consecuencias importantes para ellos”³⁷.

³¹ Corte IDH. Caso Kimel c. Argentina, párr. 83.

³² Corte IDH, Informe No. 82/10, Caso 12.524, Fondo, Jorge Fontevecchia y Héctor d'Amico, Argentina, 13 de julio de 2010, párr. 99; Corte IDH. Caso Ivcher Bronstein vs. Perú, 6 de febrero de 2001, párr. 155; Caso Herrera Ulloa vs. Costa Rica, 2 de julio de 2004, párr. 127; Caso Usón Ramírez vs. Venezuela, 20 de noviembre de 2009, párr. 73; Caso Kimel vs. Argentina, 2 de mayo de 2008, párr. 76; Caso Ricardo Canese vs. Paraguay, 31 de agosto de 2004, párr. 104, y Caso Palamara Iribarne vs. Chile, 22 de noviembre de 2005, párr. 79.

³³ Informe No. 4/17 Caso 12.663 Fondo, Tulio Álvarez - Venezuela, 26 de enero de 2017, párr. 83; Corte IDH. Caso Usón Ramírez vs. Venezuela, 20 de noviembre de 2009, párr. 73.

³⁴ Corte IDH. Caso Palacio Urrutia y otros c. Ecuador, 24 de noviembre de 2021, párr. 118.

³⁵ Corte IDH. Caso Palacio Urrutia y otros c. Ecuador, 24 de noviembre de 2021, párr. 119.

³⁶ Corte IDH. Caso Álvarez Ramos vs. Venezuela, 30 de agosto de 2019.

³⁷ Corte IDH. Caso Álvarez Ramos c. Venezuela, 30 de agosto de 2019, párr. 116.

Por último, en *Moya Chacón vs. Costa Rica*, la Corte Interamericana sostuvo “que nadie puede ser objeto de responsabilidad ulterior por difundir información relativa a un asunto público y basada en material accesible al público o procedente de fuentes oficiales”³⁸.

4. El escenario internacional: los tribunales internacionales y órganos de la ONU

A nivel internacional se puede hablar de un consenso sobre la falta de proporcionalidad de la pena en la condena de prisión por difamación. El Grupo de Alto Nivel de Expertos Jurídicos en Libertad de Prensa señaló que la jurisprudencia de los tribunales internacionales y de los órganos de la ONU en materia de difamación coinciden claramente en que “(i) el encarcelamiento nunca puede ser una sanción legal por difamación; [y] (ii) cualquier sanción penal por difamación constituye una restricción inadmisibles de la actividad periodística en virtud del artículo 13 [de la CADH]”³⁹.

Los organismos y autoridades internacionales y regionales de derechos humanos han señalado con frecuencia la gravedad de la difamación penal. Por ejemplo, en 2008, el Relator Especial de la ONU para la Libertad de Opinión y Expresión afirmó que “[l]a naturaleza subjetiva de muchas leyes de difamación, su ámbito de aplicación excesivamente amplio y su aplicación dentro del derecho penal las han convertido en un poderoso mecanismo para sofocar el periodismo de investigación y la crítica silenciosa.”⁴⁰

Los relatores especiales de la ONU han subrayado que la difamación civil proporciona un recurso adecuado cuando se produce un ataque injustificado a la reputación de alguien. Una Declaración Conjunta del Relator Especial de la OEA, la OSCE y la ONU resaltó que “[l]a difamación penal no es una restricción justificable a la libertad de expresión; todas las leyes penales sobre difamación deben ser abolidas y reemplazadas, cuando sea necesario, por leyes civiles apropiadas sobre difamación”⁴¹.

Cada vez se reconoce más que las leyes penales sobre difamación son incompatibles con las normas internacionales sobre libertad de expresión y varios organismos y procedimientos del sistema de la ONU han condenado las leyes penales sobre difamación. El Comité de Derechos Humanos de la ONU, en su Observación General n. 34, insta a los Estados a considerar la despenalización de la difamación. Si no se despenalizan, las leyes de difamación deben “redactarse con cuidado para asegurarse que cumplan con el dispuesto en el párrafo 3 [del artículo 19] y no sirvan en la práctica para atentar contra la libertad de expresión”, advirtiendo que “la normativa penal sólo debería aplicarse en los casos más graves, y la pena de prisión no es nunca adecuada”⁴².

Basándose en esta Observación General, el Comité de Derechos Humanos sostuvo en *Adonis v. Filipinas* que la sanción de prisión por difamación era incompatible con el artículo 19(3) del PIDCP.⁴³ Del mismo modo, en *Ribeiro vs. México*, el Comité sostuvo que “la difamación no debería nunca conllevar una pena de privación de libertad como castigo adecuado, *a fortiori* toda detención con base a cargos de difamación nunca puede considerarse una medida necesaria ni proporcional”⁴⁴.

Por su parte, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH) ha sostenido reiteradamente que las sanciones penales por difamación violan el artículo 10 del Convenio Europeo de Derechos Humanos. El Grupo de Alto Nivel de Expertos Jurídicos en Libertad de Prensa recuerda que dicho Tribunal “nunca ha

³⁸ Corte IDH, Caso Moya Chacón y otros vs. Costa Rica, párr. 77.

³⁹ Grupo de Alto Nivel de Expertos Jurídicos en Libertad de Prensa, [Amicus Curiae en el caso de Emilio Palacio Urrutia y otros contra la República de Ecuador](#), 15 de junio de 2021.

⁴⁰ ONU. Comité de Derechos Humanos, Ambeyi Ligabo, A/HRC/7/14, 28 de febrero de 2008, párr. 39.

⁴¹ Declaración conjunta del Relator Especial de la ONU para la Libertad de Expresión y Opinión, el Relator Especial de la OEA para la Libertad de Expresión y el Representante Especial de la OSCE para la Libertad de Prensa. 10 de diciembre de 2002.

⁴² ONU. Comité de Derechos Humanos. Observación General núm.o 34, CCPR/C/GC/34, 12 de septiembre de 2011, párr. 47.

⁴³ ONU. Comité de Derechos Humanos. Adonis c. Filipinas. 26 de abril de 2012. CCPR/C/103/D/1815/2008, párr. 7.10.

⁴⁴ ONU. Comité de Derechos Humanos. Ribeiro contra México. 17 de julio de 2018. CCPR/C/123/D/2767/2016, párrafo 10.8.

confirmado una pena de prisión por difamación”⁴⁵. De hecho, el Tribunal Europeo ha sostenido sistemáticamente que “la imposición de sanciones penales a alguien que ejerce el derecho a la libertad de expresión puede considerarse compatible con el artículo 10 [del Convenio Europeo de Derechos Humanos]... sólo en circunstancias excepcionales, especialmente cuando otros derechos fundamentales se han visto gravemente menoscabados”⁴⁶. El TEDH ha determinado que tales circunstancias excepcionales, que pueden conllevar sanciones penales, constituyen “casos de incitación al odio o a la violencia”⁴⁷. Sin embargo, dicho Tribunal ha aclarado que cuando los recursos civiles están disponibles como opciones viables, las sanciones penales son desproporcionadas,⁴⁸ por lo que afirma sistemáticamente que las partes denunciadas deben buscar “el recurso a los recursos de derecho civil que, en opinión del TEDH, son apropiados en los casos de difamación”⁴⁹. Así, el TEDH ha anulado casi todas las sentencias penales de los tribunales nacionales contra periodistas que han criticado a figuras públicas sobre asuntos de interés público por considerar que son excesivas o no respetan el derecho de las personas a ser informadas.

Como complemento a las referencias a la jurisprudencia comparada, la Corte Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos se refirió en *Lohé Issa Konaté vs. Burkina Faso* a varios principios propuestos por este Tribunal y por el TEDH en casos relativos al delito de difamación: “[1] Que, en aras del libre debate público, las figuras públicas están sujetas a un mayor grado de escrutinio que las personas privadas; [2] Que el delito de difamación sólo puede utilizarse 'como último recurso, cuando exista una grave amenaza para el disfrute de otros derechos humanos'; y [3] Que el ejercicio de la libertad de expresión no debe conllevar penas privativas de libertad, salvo en circunstancias muy excepcionales que impliquen incitación a cometer delitos o incitación al odio”⁵⁰. Y en el caso *Federación de Periodistas Africanos vs. Gambia*, el Tribunal de la CEDEAO declaró que “la existencia de leyes penales de difamación e insulto o sedición son, en efecto, casos inaceptables de grave violación de la libertad de expresión y la libertad de palabra”⁵¹.

5. El *chilling effect* que genera la pena de prisión y el creciente consenso internacional a favor de despenalizar crímenes de difamación

Con mayor frecuencia se está utilizando el sistema jurídico para silenciar a personas que manifiestan opiniones contrarias a aquellas que se encuentran en el poder, incluso en países democráticos. Periodistas y demás formadores de opinión son silenciados para que se acabe el escrutinio y debate sobre asuntos de importancia pública. Así, la difamación penal ha servido como un vehículo para acallar la disidencia, amordazar a los medios independientes y ahogar el discurso político. Muchas veces, el efecto inhibitorio/amedrentador/disuasorio (*chilling effect*) de las restricciones al derecho de libertad de expresión van más allá del objetivo legítimo del Estado de garantizar los derechos y la reputación de figuras públicas.⁵²

El efecto amedrentador (*chilling effect*) es un efecto negativo de las acciones del Estado sobre individuos o instituciones, que genera un sentimiento de disuasión y da lugar a que estos individuos o instituciones no ejerzan sus derechos o cumplan con sus obligaciones profesionales por miedo a ser víctimas de persecución,

⁴⁵ Grupo de Alto Nivel de Expertos Jurídicos en Libertad de Prensa, Amicus Curiae en el caso de Emilio Palacio Urrutia y otros contra la República de Ecuador, 15 de junio de 2021.

⁴⁶ TEDH, Gavrilovici c. Moldavia, App. 25464/05 (2009), párr. 60; véase también TEDH, Cumpăna y Mazare c. Rumanía, App. 33348/96 (2004), párr. 115; TEDH, Mahmudov y Agazade c. Azerbaiyán, Solicitud núm. 38577/04 (2008), párr. 50.

⁴⁷ TEDH, Cumpăna y Mazare c. Rumanía, Ap. 33348/96 (2004), párr. 50; véase también TEDH, Mahmudov y Agazade c. Azerbaiyán, Ap. 35877/04 (2004), párr. 50.

⁴⁸ TEDH, Raichinov contra Bulgaria, App. 47579/99 (2006), párr. 50.

⁴⁹ TEDH, Kubaszewski c. Polonia, App. 571/04 (2010), párr. 45. Véase también TEDH, Fedchanko c. Rusia, Ap. 33333/04 (2010); TEDH, Krutov c. Rusia, App. 15469/04 (2009); TEDH, Lombardo y otros c. Malta, Ap. 7333/06 (2007).

⁵⁰ Corte Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos. Caso Lohé Issa Konaté vs. Burkina Faso Ap. 004/2013. 5 de diciembre de 2014, párrs. 155-163.

⁵¹ Tribunal de Justicia de la Comunidad Económica de los Estados de África Occidental, CEDEAO. Caso Federación de Periodistas Africanos contra Gambia. Decisión ECW/CCJ/JUD/04/18 de 13 de febrero de 2018, p. 40.

⁵² KAYE, David. Amicus curiae en el caso Filipinas v. Reynaldo Santos Jr., Maria Angelita Ressa y Rappler, Junio de 2020. p. 13. Disponible en: <https://freedex.org/wp-content/blogs.dir/2015/files/2020/06/Kaye-Amicus-09June20-converted.pdf>

ya sea mediante amenazas, ataques o campañas de desprestigio. En este contexto, se entiende por acciones estatales las medidas, prácticas u omisiones de las autoridades públicas que pueden impedir a las personas o instituciones ejercer sus derechos protegidos a nivel nacional, regional o internacional, o que pueden disuadirlos de cumplir con sus obligaciones profesionales, por ejemplo en el caso de jueces, fiscales y abogados.⁵³

Un ejemplo de estas prácticas son las demandas estratégicas contra la participación pública [“strategic lawsuits against public participation” (SLAPPs) en inglés], que buscan obstaculizar el acceso a información sobre cuestiones de interés público. A través de SLAPPs se han instrumentalizado los sistemas judiciales en muchos países para intimidar personas, especialmente periodistas, y promover una cultura de silencio. Sin embargo, como una respuesta a las SLAPPs y otras prácticas que buscan o tienen como efecto impedir la libertad de expresión en cuestiones de información o interés público, existe una tendencia en el escenario internacional a favor de la despenalización de la difamación. Al respecto, los mecanismos internacionales de derechos humanos pasaron a entender que la imposición de una pena privativa de libertad como respuesta a la difamación resulta en una violación del derecho internacional de derechos humanos.⁵⁴ Incluso en casos en los que la responsabilidad ulterior es de carácter civil, el principio de proporcionalidad también tiene que ser aplicado.⁵⁵

El presente caso evaluará la constitucionalidad de los artículos del Código Penal relativos a la injuria y la calumnia, que al igual que la difamación se han concebido como crímenes contra el honor y la reputación. Así, la existencia de una pena privativa de libertad como respuesta a casos de injuria y calumnia también se presenta como una forma de silenciar individuos y también como una violación de la libertad de expresión. Aunque algunas situaciones específicas y, principalmente, excepcionales, permiten una sanción penal, como en casos discursos de odio que incitan a la violencia y otros discursos que incitan a la violencia, el abordaje para daños específicos a la reputación de una persona debe quedarse en el ámbito de sanciones civiles, que a su vez deberán ser proporcionadas.⁵⁶

Según la Declaración conjunta citada anteriormente, “la derogación de las leyes penales de difamación a favor de las leyes civiles (...), de conformidad con las normas internacionales relevantes”.⁵⁷ También fue establecido que “la difamación penal no es una restricción justificable a la libertad de expresión; todas las legislaciones penales en materia de difamación deben ser abolidas y reemplazadas, cuando sea necesario, por leyes de difamación civil apropiadas”⁵⁸.

En un nivel regional, en 2019 la Corte Interamericana concluyó en *Álvarez Ramos vs. Venezuela* que la persecución penal, la más restrictiva de las medidas contra la libertad de expresión, sólo puede ser aplicable con carácter excepcional. Su uso indiscriminado resultaría en “(...) un amedrentamiento que, en definitiva, limitaría la libertad de expresión e impediría someter al escrutinio público conductas que infrinjan el

⁵³ PECH, Laurent (Open Society European Policy Institute). The Concept of Chilling Effect: Its Untapped Potential to Better Protect Democracy, the Rule of Law, and Fundamental Rights in the EU. 2021, p. 4. Disponible en: <https://www.opensocietyfoundations.org/uploads/c8c58ad3-fd6e-4b2d-99fa-d8864355b638/the-concept-of-chilling-effect-20210322.pdf>

⁵⁴ Grupo de Alto Nivel de Expertos Jurídicos en Libertad de Prensa, Amicus Curiae en el caso de Emilio Palacio Urrutia y otros vs. Ecuador, 15 de junio de 2021. párr. 56.

⁵⁵ En *Palacio Urrutia y otros vs. Ecuador*, la Corte resalta el efecto intimidante e inhibitorio para la libertad de expresión que el temor a una sanción civil desproporcionada puede generar, a veces mayor incluso que una sanción penal. Ver párr. 125.

⁵⁶ Grupo de Alto Nivel de Expertos Jurídicos en Libertad de Prensa, Amicus Curiae en el caso de Emilio Palacio Urrutia y otros contra la República de Ecuador, 15 de junio de 2021. párr. 56-57.

⁵⁷ El Relator Especial de la ONU sobre Libertad de Opinión y Expresión, el Representante de la OSCE para la Libertad de los Medios de Comunicación y el Relator Especial de la OEA sobre Libertad de Expresión Declaración Conjunta: Desafíos Actuales para la Libertad de los Medios, 30 de noviembre de 2000 en pág. 22. Véase también, OEA, Declaración Interamericana de Principios sobre Libertad de Expresión, de octubre de 2000, Principio 10; Asamblea Parlamentaria de la OSCE, Declaración de Varsovia, 9 de julio de 1997, §140; Asamblea Parlamentaria de la OSCE, Declaración de Bucarest, 10 de julio de 2000, §80.

⁵⁸ Relator Especial de la ONU sobre Libertad de Opinión y Expresión, el Representante de la OSCE para la Libertad de los Medios de Comunicación y el Relator Especial de la OEA sobre Libertad de Expresión Declaración Conjunta: Libertad de Opinión Expresión, 10 de diciembre de 2002.

ordenamiento jurídico, como, por ejemplo, hechos de corrupción, abusos de autoridad, etc”.⁵⁹ En el caso *Palacio Urrutia y otros vs. Ecuador*, el mismo Tribunal reconoció que hay una clara tendencia en el escenario internacional: “el discurso de opinión que trata sobre asuntos de interés público goza de una protección especial, y que la penalización de la difamación no es la única medida –ni la idónea- para proteger la honra y el buen nombre”⁶⁰.

Así, es posible concluir que el efecto amedrentador de la sanción penal resulta en un desafío para la democracia, particularmente por su habilidad de silenciar críticas, opiniones y reprimir el acceso a información cuando se trata de personas poderosas que tienen influencia y medios financieros para acceder al sistema jurídico. Las SLAPPs son un resultado directo de esta violación al derecho de libertad de expresión, y tienen ramificaciones profesionales, psicológicas y emocionales en las personas víctimas.

6. Conclusión

Uno de los pilares fundamentales de un Estado democrático de derecho es la libertad de expresión. Cualquier democracia depende de la capacidad de los ciudadanos para: conocer, debatir y evaluar las posiciones de diferentes partidos y candidatos que postulan a un cargo público; hacer que las autoridades públicas elegidas rindan cuentas y respondan por sus acciones; y participar en la gestión de los asuntos públicos y en los debates de interés público. La consecución de estos valores sólo es posible si todos los ciudadanos pueden acceder a información de interés público y debatirla abiertamente. Los diversos vigilantes públicos, sean periodistas, académicos o integrantes de la sociedad civil, juegan un papel vital en la difusión de información e ideas de interés público. Tener una legislación penal que interfiera en el goce de este derecho es una herramienta que puede ser usada para reprimir la disidencia, silenciar la prensa independiente y socavar el orden democrático del país.

Así, de conformidad con los argumentos incluidos en este escrito *amicus curiae*, para garantizar el cumplimiento de las obligaciones nacionales e internacionales del Estado colombiano, esta Honorable Corte Constitucional debe declarar la inconstitucionalidad de la sanción penal en los delitos de injuria y calumnia.

La Corte Constitucional debe considerar todas las normas internacionales mencionadas en este escrito y tomar en cuenta que éstas forman parte del bloque de constitucionalidad de Colombia y que, como un Estado parte del sistema interamericano, los estándares regionales deben ser incorporados a su legislación doméstica. Así las cosas, tal y como han señalado quienes suscriben el presente escrito, la Corte debe declarar la inconstitucionalidad de los apartes “en prisión de dieciséis (16) a cincuenta y cuatro (54) meses” y “en prisión de dieciséis (16) a setenta y dos (72) meses” contenidos en los artículos 220 y 221 de la Ley 599 de 2000, respectivamente, por vulnerar los artículos 13 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y 19 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.

⁵⁹ Corte IDH. Caso Álvarez Ramos v. Venezuela. 30 de agosto de 2019, párr. 122.

⁶⁰ Corte IDH. Caso Palacio Urrutia y otros vs. Ecuador, párr. 32.