

Bogotá D.C., abril de 2.014

Honorable Magistrado

Luis Guillermo Guerrero Pérez

Corte Constitucional de Colombia

E.S.D.

Referencia: Intervención ciudadana en proceso de tutela T
4.111.080

Demandante: Leonor Serrano de Camargo

Demandado: Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de
Justicia

Rodrigo Uprimny Yepes, director del Centro de Estudios de Derecho, Justicia y Sociedad –Dejusticia-, ciudadano colombiano, identificado como aparece al pie de mi firma, respetuosamente le solicito a la Corte tener en cuenta este escrito como intervención ciudadana en el caso de la referencia.

A continuación me permito retomar los argumentos de parte de la demanda de casación cuya decisión es objeto de controversia en este proceso, pues aunque no firmé dicha solicitud de casación, apoyé la redacción de los argumentos constitucionales que allí se presentan. Solicito a la Corte Constitucional que tenga en cuenta estos argumentos pues son los fundamentos constitucionales relativos a la protección especial del discurso político. Dado que la Corte Suprema de Justicia decidió casar las sentencias previas que condenaban al señor Luis Agustín González con base en los argumentos constitucionales que presento, considero que estos mismos deben ser tenidos en cuenta para desestimar la pretensión de la tutela presentada por la señora Leonor Serrano. E igualmente, considero que esos argumentos son importantes para que la Corte Constitucional reitere el marco constitucional de los delitos de calumnia e injuria, que ya esta Corte avanzó en la sentencia C-442 de 2011.

Retomo entonces libremente esos apartes del escrito de casación del colega Guillermo Puyana para precisar los argumentos constitucionales que fundamentan la inconstitucionalidad de las sentencias condenatorias de primera y segunda instancia. Para ello me centro en el contenido sustantivo de ese cargo de casación, pero despojándolo de los elementos propios de la especial técnica del recurso de casación.

El punto fundamental es que esas sentencias de primera y segunda instancia violan la Constitución, y por ello la Corte Suprema tuvo razón en conceder la casación, pues las sentencias de instancia interpretaron erróneamente el contenido concreto del delito de injuria en caso de que éste pretenda aplicarse a un discurso especialmente protegido, como

es el discurso político. Esa interpretación errónea del delito de injuria deriva a su vez del hecho de que los jueces de instancia no tuvieron en cuenta el artículo 20 de la Constitución, que reconoce la libertad de expresión y cuyo alcance debe ser interpretado de conformidad con los artículos 13 del Pacto Internacional de Derechos Humanos y 19 de la Convención Americana de Derechos Humanos, por tratarse de tratados de derechos humanos ratificados por Colombia, y según lo ordena el artículo 93 de la Carta, ya que conforme a la disposición constitucional, a esos tratados y a la jurisprudencia de la Corte Constitucional y la Corte Interamericana de Derechos Humanos, el uso de los delitos de injuria y calumnia frente a las críticas a funcionarios públicos o candidatos es totalmente excepcional y está sometido a un escrutinio estricto de proporcionalidad, que no fue respetado en este caso.

En efecto, esas sentencias condenan a un periodista, que en ejercicio de su función profesional, publicó en un diario de Cundinamarca un editorial en donde critica severamente a una candidata al Senado, quien había sido además gobernadora del departamento de Cundinamarca. Ese aspecto fáctico del caso, que como veremos es fundamental, no es analizado suficientemente por esas sentencias de instancia, pues éstas estudian la posible injuria, como si fuera un enfrentamiento entre dos vecinos, en donde el uno hace imputaciones posiblemente injuriosas al otro, o como si fuera la publicación de un diario, que imputa hechos probablemente deshonorosos a un particular, sobre un asunto frente al cual no hay ningún interés público.

Este procedimiento argumentativo de las sentencias desconoce un hecho normativo fundamental, que es que si bien la libertad de expresión es un derecho de todas las personas y que en principio cubre todos los discursos y expresiones, sin embargo existen en la democracia discursos especialmente protegidos, por su importancia para los valores democráticos y para la protección de otros derechos fundamentales.

Entre estos discursos especialmente protegidos se encuentra la crítica que los ciudadanos, y en especial los periodistas, pueden hacer a quienes son políticos en ejercicio, que aspiran a ser elegidos para ocupar cargos públicos, tal y como lo han destacado tanto la Corte Constitucional, como la Corte Interamericana de Derechos Humanos (de ahora en adelante Corte IDH). Así, la Corte Constitucional ha dicho, en numerosas sentencias, *“que gozan de mayor grado de protección el discurso político, el debate sobre asuntos de interés público, y los discursos que constituyen un ejercicio directo e inmediato de derechos fundamentales.”*¹ Por su parte, la Corte IDH ha señalado en varias ocasiones que *“respecto al derecho a la honra, las expresiones concernientes a la idoneidad de una persona para el desempeño de un cargo público o*

¹ Sentencia C-442 de 2011. En el mismo sentido, ver, entre otras, la sentencia T-391 de 2007 y C-010 de 2000.

a los actos realizados por funcionarios públicos en el desempeño de sus labores gozan de mayor protección, de manera tal que se propicie el debate democrático”².

Esta especial protección al discurso político de crítica frente a un candidato a un cargo público o frente a un funcionario público no es un capricho de la jurisprudencia o la doctrina, sino que tiene varias justificaciones, que han sido ampliamente destacadas por la jurisprudencia tanto de la Corte Constitucional como de la Corte IDH. Al menos podemos citar tres: Primero, los funcionarios y los políticos, al asumir esos roles, se han expuesto voluntariamente a una mayor visibilidad y crítica, con lo cual asumen voluntariamente los riesgos de ser objeto de ataques ácidos y de críticas severas. Segundo, la posibilidad de que exista una crítica severa y abierta a los candidatos y funcionarios es un elemento esencial, tanto del Estado de derecho como de la democracia, pues no sólo dicha crítica es no sólo una forma que tiene la ciudadanía y la prensa de controlar los abusos oficiales sino que, además, es una condición necesaria para que exista un debate público vigoroso, que es fundamental para la formación de una voluntad democrática libre e informada. Y tercero porque ese discurso político y crítico de los servidores públicos y los candidatos políticos es uno de los discursos que tiene mayores riesgos de ser arbitrariamente restringido y limitado por las propias autoridades y por los políticos, quienes buscarían de esa forma silenciar las voces que les son adversas y así autoperpetuarse en el poder, anulando la democracia misma.

A los anteriores argumentos, que ya justifican la especial protección del discurso político crítico de cualquier ciudadano, hay que agregar una aún mayor protección cuando éste es ejercido por la prensa, por el papel que ésta juega en la democracia. Por ejemplo, en la sentencia T-066/98, la Corte Constitucional, recordó que una prensa libre es esencial a la democracia pues *“contribuye a informar y formar a los ciudadanos; sirve de vehículo para la realización de los debates sobre los temas que inquietan a la sociedad; ayuda de manera decisiva a la formación de la opinión pública; actúa como instancia de control sobre los poderes públicos y privados”*

La Corte IDH, en los párrafos 87 y 88, del Caso Kimel contra Argentina de 2008, explicó esa superprotección del discurso político, especialmente el desarrollado por los periodistas y la prensa, en los siguientes términos:

“87. El control democrático a través de la opinión pública fomenta la transparencia de las actividades estatales y promueve la responsabilidad de los funcionarios sobre su gestión pública. De ahí la mayor tolerancia frente a afirmaciones y apreciaciones vertidas por los ciudadanos en ejercicio de dicho control democrático(Cfr. Caso Ivcher Bronstein, supra nota 12, párr. 155; Caso Herrera Ulloa, supra nota 12, párr. 127; Caso Palamara Iribarne, supra nota 12, párr. 83, y Caso Claude Reyes y otros, supra nota 44, párr. 87). Tales son las

² Ver Caso Kimel contra Argentina, parr 86. En el mismo sentido, ver *Caso Herrera Ulloa*, párr. 128, y *Caso Ricardo Canese*, párr. 98.

demandas del pluralismo propio de una sociedad democrática (Cfr. Caso Herrera Ulloa, supra nota 12, párr. 113, y Caso Ricardo Canese, supra nota 44, párr. 83), que requiere la mayor circulación de informes y opiniones sobre asuntos de interés público (Cfr. Caso Herrera Ulloa, supra nota 12, párr. 127).

88. *En la arena del debate sobre temas de alto interés público, no sólo se protege la emisión de expresiones inofensivas o bien recibidas por la opinión pública, sino también la de aquellas que chocan, irritan o inquietan a los funcionarios públicos o a un sector cualquiera de la población (Cfr. Caso La Última Tentación de Cristo (Olmedo Bustos y otros), supra nota 48, párr. 69; Caso Ivcher Bronstein, supra nota 12, párr. 152, y Caso Ricardo Canese, supra nota 44, párr. 83). En una sociedad democrática, la prensa debe informar ampliamente sobre cuestiones de interés público, que afectan bienes sociales, y los funcionarios rendir cuentas de su actuación en el ejercicio de sus tareas públicas”.*

Por su parte, la Corte Constitucional explicó también esta especial protección del discurso político crítico, en la sentencia T-391 de 2007, Fundamento 4.2.2.3.1, en los siguientes términos

“Dentro del rango de tipos de discursos protegidos por la libertad de expresión en sentido estricto, el mayor grado de protección se provee al discurso político, al debate sobre asuntos de interés público, y a los discursos que constituyen un ejercicio directo e inmediato de derechos fundamentales adicionales que se vinculan necesariamente a la libertad de expresión para poder materializarse. Las expresiones de contenido político, o que contribuyen al debate abierto sobre asuntos de interés público o general, reciben –y han recibido tradicionalmente– un nivel especialmente alto de protección constitucional frente a todo tipo de regulación. Es claro que el discurso de contenido político, o que forma parte del debate público, no se agota en las publicaciones y discursos políticos relacionados con temas electorales; esta categoría cubre toda expresión relevante para el desarrollo de la opinión pública sobre los asuntos que contribuyan a la vida pública de la nación.”

La especial protección del discurso político, especialmente el desarrollado por la prensa, tiene consecuencias jurídicas concretas. En particular ésta implica que i) es un discurso mucho menos susceptible de ser limitado o restringido y ii) que cualquier restricción al mismo debe ser cuidadosamente evaluada por los jueces a fin de evitar limitaciones desproporcionadas a la libertad de expresión. Por consiguiente, ciertas limitaciones que pueden ser válidas en otros ámbitos, como cuando se trata de un discurso privado que no involucre un interés general, se tornan inconstitucionales si se trata de una restricción a un discurso político. Y por ello cualquier restricción a un discurso político está sometida a un control judicial mucho más estricto, y en especial a un estudio de proporcionalidad mucho más riguroso, que si se tratara de una restricción a otro tipo de expresiones.

Ahora bien, es claro que los delitos de injuria y calumnia son restricciones a la libertad de expresión, que persiguen una finalidad legítima, como es amparar la honra y buen nombre de las personas, pero que no por ello dejan de ser limitaciones a la libertad de expresión. Por consiguiente, la aplicación de los delitos de injuria y calumnia frente a discursos políticos, que sean críticos de servidores públicos o de candidatos a ocupar cargos políticos no puede hacerse de la misma forma que frente a otros discursos que no se encuentren protegidos. En efecto, como lo han señalado tanto esta Corte Suprema como la Corte Constitucional, estos tipos penales no tienen sujeto activo ni sujeto pasivo cualificados, pues estos delitos pueden ser cometidos por cualquier persona y contra cualquier persona. Pero obviamente la aplicación del derecho penal por injuria o calumnia no puede ser igual cuando se trata de una posible injuria entre dos particulares, en donde no se encuentre involucrado un interés general, que cuando se trata de la crítica de un ciudadano y especialmente de un periodista a un candidato o a un servidor público, por la especial superprotección constitucional que tiene el discurso político crítico, en especial el desarrollado por un periodista. Una imputación que pueda parecer insultante o lesiva de la honra, cuando se trata de debates entre particulares, y que pueda eventualmente configurar un delito de injuria, puede ser admisible cuando se trate de una crítica a un candidato político, especialmente si ésta es desarrollada por un periodista.

Este punto esencial ha sido expresamente reconocido tanto por la Corte Constitucional como por la Corte IDH. Así, ambos tribunales han admitido la legitimidad de los delitos de injuria y calumnia, pero han llamado la atención para que ese uso sea especialmente cuidadoso cuando se trata de discursos políticos críticos. En particular, la Corte IDH, en la sentencia Kimel contra Argentina de 2008, y que la Corte Constitucional consideró en la sentencia C-442 de 2011 como “*un precedente significativo*” en torno al alcance de la libertad de expresión y su relación con los delitos de injuria y calumnia, desarrolla un test de proporcionalidad al que debe recurrirse para analizar la aplicación concreta del delito de injuria en un caso específico. Así, en el párrafo 84 de esa sentencia, dice la Corte IDH que el juez, al mirar si se justifica la aplicación del delito de injuria debe analizar si la restricción a la libertad de expresión que implica dicho delito en el caso concreto “*logra una importante satisfacción del derecho a la reputación sin hacer nugatorio el derecho a la libre crítica contra la actuación de los funcionarios públicos*” y que para efectuar esta ponderación “*se debe analizar i) el grado de afectación de uno de los bienes en juego, determinando si la intensidad de dicha afectación fue grave, intermedia o moderada; ii) la importancia de la satisfacción del bien contrario, y iii) si la satisfacción de éste justifica la restricción del otro*”. Y concluye que ese ejercicio de ponderación hará que en ciertos casos la “*balanza se inclinará hacia la libertad de expresión y en otros a la salvaguarda del derecho a la honra.*”

El examen precedente muestra que las sentencias condenatorias en primera y segunda instancia no tuvieron en cuenta, en ningún momento, la diferencia que existe entre

aplicar el delito de injuria a un conflicto entre particulares y aplicar ese mismo delito en el evento de un discurso especialmente protegido, como es el presente caso, pues se trata de la crítica que realiza un periodista a una persona que es candidata a ocupar un cargo público, y que además ya había sido servidora pública. Y por no hacer esa distinción, la sentencia no evaluó si el uso de ciertas expresiones que podían ser inadmisibles en una disputa entre particulares representan por el contrario una crítica severa pero admisible en el ámbito de la disputa política y la crítica de un periodista a una candidata y ex-servidora pública, cuando precisamente la crítica del periodista estaba encaminada a cuestionar su candidatura debido a que consideraba que como servidora pública había tenido un pésimo desempeño.

Este error fundamental implica una interpretación errónea del alcance concreto del delito de injuria en casos que involucren discursos protegidos y es un yerro que tiene trascendencia directa en la decisión del caso puesto, que realmente los jueces de instancia no analizaron en forma concreta y frente a cada expresión supuestamente injuriosa si éstas implicaban o no, en los términos de la Corte IDH, *“una importante satisfacción del derecho a la reputación sin hacer nugatorio el derecho a la libre crítica contra la actuación de los funcionarios públicos”*, valorando en concreto en cada expresión el grado de afectación del derecho a la honra frente al grado de afectación de la libertad de expresión y crítica frente a un candidato y servidor público. La subsunción en el tipo penal fue entonces errónea y por ese solo hecho la Corte Suprema de Justicia tuvo razón en casar una sentencia condenatoria, que es violatoria de la libertad de expresión.

Pero en todo caso, si para enmendar la plana la sentencia condenatoria del tribunal, procediéramos a hacer esa valoración, llegaríamos a la conclusión de que ninguna de las expresiones supuestamente injuriosas pasa ese estricto test de proporcionalidad, pues no sólo ellas no son imputaciones de hechos deshonorosos sino opiniones, muy severas, pero opiniones, sino que incluso si admitiéramos, en gracia de discusión, que insultos extremos podrían configurar una injuria (lo que no aceptamos, pero lo hacemos puramente en gracia de discusión) en todo caso habría que concluir que, a pesar de su severidad y posible exageración, todas ellas son propias de una crítica política, que suele recurrir a las hipérboles, las caricaturas y los ataques mordaces. Por ello todas esas expresiones afectan en grado mínimo la honra, pues quien se candidato sabe que se expone a ese tipo de ataques, pero en cambio su penalización implica una restricción severísima de la libertad de crítica y expresión. Por ello la aplicación de la injuria es en este caso desproporcionada y la Corte Suprema tuvo razón en casar la sentencia condenatoria y sustituirla por una absolutoria. Y, entre otras razones, por ese motivo la tutela contra la decisión de casación de la Corte Suprema es totalmente improcedente.

Del Honorable Magistrado,

Rodrigo Uprimny Yepes

C.C. 79.146.539 de Usaquén

Director

Centro de Estudios de Derecho, Justicia y Sociedad –Dejusticia-