



EL VEINTE
JUSTICIA · LIBERTAD DE EXPRESIÓN

Señores
CORTE CONSTITUCIONAL

E. S. D.

**Ref.: Demanda de inconstitucionalidad en contra
del artículo 55 de la Ley 29 de 1944**

ANA BEJARANO RICAURTE mayor de edad, identificada como aparece al pie de mi firma EMMANUEL VARGAS PENAGOS mayor de edad, identificado como aparece al pie de mi firma, y VANESSA LÓPEZ OCHOA mayor de edad, identificada como aparece al pie de mi firma, en calidad de ciudadanos, haciendo uso del derecho consagrado en el numeral 4º del artículo 241 de la Constitución Política de Colombia, nos dirigimos a ustedes, de manera respetuosa, con el fin de DEMANDAR LA CONSTITUCIONALIDAD del artículo 55 de la Ley 29 del 15 de diciembre de 1944 (publicada por el Diario Oficial Año LXXX. N. 25729. 29, Diciembre 1944, pág. 7.) por vulnerar el preámbulo y los artículos 20 y 29 de la Constitución Política, así como el artículo 13 de la Convención Interamericana de Derechos Humanos¹, el artículo 19 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos² y el principio 10 de la Declaración de Principios sobre la Libertad de Expresión.

El presente escrito se estructura de la siguiente manera:

- I. Norma demandada
- II. Competencia
- III. Normas vulneradas
- IV. Concepto de las violaciones denunciadas
 - 4.1. De la vulneración a la Constitución Política y a la jurisprudencia de la Corte Constitucional
 - DE LA VULNERACIÓN EN ABSTRACTO: El artículo 55 de la Ley 29 de 1944 vulnera el preámbulo de la Constitución, por cuanto atenta contra la democracia.
 - PRIMER CARGO: El artículo 55 de la Ley 29 de 1944 viola la prohibición de censura.
 - SEGUNDO CARGO: Incompatibilidad entre la inversión de la carga de la prueba establecida en el artículo 55 de la Ley 29 de 1944 y la presunción de primacía de la libertad de expresión
 - TERCER CARGO: Incompatibilidad entre la inversión de la carga de la prueba establecida en el artículo 55 de la Ley 29 de 1944 y la estructura del funcionamiento de Internet que, por consiguiente,

¹ Aprobada mediante la Ley 16 de 1972.

² Aprobado mediante la Ley 74 de 1968.



EL VEINTE

JUSTICIA · LIBERTAD DE EXPRESIÓN

atenta contra la libertad de expresión

- CUARTO CARGO: De la amplitud e indeterminación del contenido del artículo demandado
- QUINTO CARGO: El artículo 55 de la Ley 29 de 1944 crea un estándar de culpa para profesionales que se aplica a personas particulares en ejercicio de su libertad de expresión
- SEXTO CARGO: El artículo 55 de la Ley 29 de 1944 pone en riesgo el secreto profesional del periodista
- SÉPTIMO CARGO: El artículo 55 de la Ley 29 de 1944 viola el derecho al debido proceso de los periodistas y emisores de información en sede judicial

4.2. De la vulneración a otras normas internacionales, aplicables en virtud del bloque de constitucionalidad

- OCTAVO CARGO: El artículo 55 de la Ley 29 de 1944 viola el artículo 13 de la Convención Interamericana de Derechos Humanos y a la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos
- NOVENO CARGO: El artículo 55 de la Ley 29 de 1944 viola el artículo 19 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos
- DÉCIMO CARGO: El artículo 55 de la Ley 29 de 1944 atenta contra el principio 10 de la Declaración de Principios sobre la Libertad de Expresión

- V. Conclusión
- VI. Petición
- VII. Notificaciones

I. NORMA DEMANDADA

“LEY 29 DE 1944
(diciembre 15)

Por la cual se dictan disposiciones sobre prensa

El Congreso de Colombia

Decreta:

ARTÍCULO 55. Independientemente de la responsabilidad penal a que se refieren los artículos anteriores, todo el que por cualquier medio eficaz para divulgar el pensamiento, por medio de la imprenta, de la radiodifusión o del cinematógrafo, cause daño a otro estará obligado a indemnizarlo, salvo que demuestre que no incurrió en culpa”.

II. COMPETENCIA

El artículo 241 de la Constitución establece la competencia de la Corte Constitucional,



EL VEINTE
JUSTICIA · LIBERTAD DE EXPRESIÓN

así:

“ARTÍCULO 241. A la Corte Constitucional se le confía la guarda de la integridad y supremacía de la Constitución, en los estrictos y precisos términos de este artículo. Con tal fin, cumplirá las siguientes funciones:

(...)

4. Decidir sobre las demandas de inconstitucionalidad que presenten los ciudadanos contra las leyes, tanto por su contenido material como por vicios de procedimiento en su formación”.

Esta demanda versa sobre la inconstitucionalidad de una ley por vicios de contenido material. En ese sentido, en virtud del numeral 4º del artículo 241 de la Constitución, la Corte Constitucional es competente para resolver la presente demanda.

Teniendo en cuenta lo expuesto, consideramos que la norma citada en el primer capítulo de la presente demanda viola las siguientes:

III. NORMAS VULNERADAS

Como se podrá apreciar posteriormente, las disposiciones citadas previamente vulneran el preámbulo y los artículos 20 y 29 de la Constitución Política.

El preámbulo de la Constitución Política de 1991 dispone:

“El pueblo de Colombia, en ejercicio de su poder soberano, representado por sus delegatarios a la Asamblea Nacional Constituyente, invocando la protección de Dios, y con el fin de fortalecer la unidad de la Nación y asegurar a sus integrantes la vida, la convivencia, el trabajo, la justicia, la igualdad, el conocimiento, la libertad y la paz, dentro de un marco jurídico, democrático y participativo que garantice un orden político, económico y social justo, y comprometido a impulsar la integración de la comunidad latinoamericana, decreta, sanciona y promulga la siguiente”

El artículo 20 de la Constitución Política consagra:

“Artículo 20. Se garantiza a toda persona la libertad de expresar y difundir su pensamiento y opiniones, la de informar y recibir información veraz e imparcial, y la de fundar medios masivos de comunicación.

Estos son libres y tienen responsabilidad social. Se garantiza el derecho a la rectificación en condiciones de equidad. No habrá censura”.

Por su parte, el artículo 29 de la Constitución Política establece:



EL VEINTE
JUSTICIA · LIBERTAD DE EXPRESIÓN

“Artículo 29. El debido proceso se aplicará a toda clase de actuaciones judiciales y administrativas. Nadie podrá ser juzgado sino conforme a leyes preexistentes al acto que se le imputa, ante juez o tribunal competente y con observancia de la plenitud de las formas propias de cada juicio. En materia penal, la ley permisiva o favorable, aun cuando sea posterior, se aplicará de preferencia a la restrictiva o desfavorable. Toda persona se presume inocente mientras no se la haya declarado judicialmente culpable. Quien sea sindicado tiene derecho a la defensa y a la asistencia de un abogado escogido por él, o de oficio, durante la investigación y el juzgamiento; a un debido proceso público sin dilaciones injustificadas; a presentar pruebas y a controvertir las que se alleguen en su contra; a impugnar la sentencia condenatoria, y a no ser juzgado dos veces por el mismo hecho. Es nula, de pleno derecho, la prueba obtenida con violación del debido proceso”.

De igual manera, se encuentra una discordancia entre la norma demandada y el artículo 13 de la Convención Interamericana de Derechos Humanos, el artículo 19 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y el principio 10 de la Declaración de Principios sobre la Libertad de Expresión, parte del bloque de constitucionalidad en virtud del artículo 93 de la Constitución Política.

La literalidad del artículo 13, Convención Interamericana de Derechos Humanos:

“1. Toda persona tiene derecho a la libertad de pensamiento y de expresión. Este derecho comprende la libertad de buscar, recibir y difundir informaciones e ideas de toda índole, sin consideración de fronteras, ya sea oralmente, por escrito o en forma impresa o artística, o por cualquier otro procedimiento de su elección.

2. El ejercicio del derecho previsto en el inciso precedente no puede estar sujeto a previa censura sino a responsabilidades ulteriores, las que deben estar expresamente fijadas por la ley y ser necesarias para asegurar:

- a) el respeto a los derechos o a la reputación de los demás, o
- b) la protección de la seguridad nacional, el orden público o la salud o la moral públicas.

3. No se puede restringir el derecho de expresión por vías o medios indirectos, tales como el abuso de controles oficiales o particulares de papel para periódicos, de frecuencias radioeléctricas, o de enseres y aparatos usados en la difusión de información o por cualesquiera otros medios encaminados a impedir la comunicación y la circulación de ideas y opiniones.

4. Los espectáculos públicos pueden ser sometidos por la ley a censura previa con el exclusivo objeto de regular el acceso a ellos para la protección moral de la infancia y la adolescencia, sin perjuicio de lo establecido en el inciso 2.

5. Estará prohibida por la ley toda propaganda en favor de la guerra y



EL VEINTE
JUSTICIA · LIBERTAD DE EXPRESIÓN

toda apología del odio nacional, racial o religioso que constituyan incitaciones a la violencia o cualquier otra acción ilegal similar contra cualquier persona o grupo de personas, por ningún motivo, inclusive los de raza, color, religión, idioma u origen nacional”.

Por su parte, el artículo 19 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos dispone lo siguiente:

“1. Nadie podrá ser molestado a causa de sus opiniones.

2. Toda persona tiene derecho a la libertad de expresión; este derecho comprende la libertad de buscar, recibir y difundir informaciones e ideas de toda índole, sin consideración de fronteras, ya sea oralmente, por escrito o en forma impresa o artística, o por cualquier otro procedimiento de su elección.

3. El ejercicio del derecho previsto en el párrafo 2 de este artículo entraña deberes y responsabilidades especiales. Por consiguiente, puede estar sujeto a ciertas restricciones, que deberán, sin embargo, estar expresamente fijadas por la ley y ser necesarias para:

- a) Asegurar el respeto a los derechos o a la reputación de los demás;
- b) La protección de la seguridad nacional, el orden público o la salud o la moral públicas”.

Finalmente, el principio 10 de la Declaración de Principios sobre la Libertad de Expresión consagra:

“10. Las leyes de privacidad no deben inhibir ni restringir la investigación y difusión de información de interés público. La protección a la reputación debe estar garantizada sólo a través de sanciones civiles, en los casos en que la persona ofendida sea un funcionario público o persona pública o particular que se haya involucrado voluntariamente en asuntos de interés público. Además, en estos casos, debe probarse que en la difusión de las noticias el comunicador tuvo intención de infligir daño o pleno conocimiento de que se estaba difundiendo noticias falsas o se condujo con manifiesta negligencia en la búsqueda de la verdad o falsedad de las mismas”.

IV. CONCEPTO DE LAS VIOLACIONES DENUNCIADAS

La inconstitucionalidad de la norma demandada no solo deriva de su incompatibilidad con el preámbulo y los artículos 20 y 29 de la Constitución Política, sino también de su discordancia con otros instrumentos internacionales que forman parte del bloque de constitucionalidad en sentido estricto. En consecuencia, los cargos que se formularán se dividirán en dos acápites distintos:



EL VEINTE
JUSTICIA · LIBERTAD DE EXPRESIÓN

4.1. De la vulneración a la Constitución Política y a la jurisprudencia de la Corte Constitucional

DE LA VULNERACIÓN EN ABSTRACTO: El artículo 55 de la Ley 29 de 1944 vulnera el preámbulo de la Constitución, por cuanto atenta contra la democracia.

El artículo 55 de la Ley 29 de 1944 establece dos preceptos esenciales que deben ser analizados a detalle en el presente estudio de constitucionalidad. Ellos son: (i) que, en adición a la responsabilidad penal que puede derivar de los excesos en el ejercicio de la libertad de expresión, existe una obligación de indemnizar por los daños ocasionados a terceros; y (ii) que en el estudio de la responsabilidad civil, de la cual se origine la obligación de indemnizar, el titular del derecho a la libertad de expresión es quien tiene la carga de demostrar que no incurrió en culpa. Esto implica además que, a la hora de ser examinada dicha responsabilidad civil, el emisor será considerado responsable tanto por acciones dolosas como por culpa, con la posibilidad de exonerarse de responsabilidad cuando se pruebe que no se incurrió en la última de dichas circunstancias.

Estos dos presupuestos normativos que derivan del artículo demandado, analizados en conjunto, resultan incompatibles con la Constitución Política y, en especial, con el preámbulo de la misma, por cuanto atentan de manera directa contra el libre ejercicio de la libertad de expresión, que es esencial para cualquier sistema democrático. En efecto, la norma acusada pone en riesgo el libre flujo de la información al establecer una serie de disposiciones respecto a las responsabilidades ulteriores de las personas que difunden información y opiniones por cualquier medio.

Como se demostrará, estas restricciones no solo afectan el derecho a la libertad de expresión, sino que además lesionan un principio fundante del ordenamiento jurídico constitucional -que si se quiere es incluso más importante- como lo es la democracia. Al respecto, es esencial destacar que este modelo de gobierno en Colombia se ratificó con la promulgación de la Constitución Política de 1991 cuyo preámbulo consagra:

“El pueblo de Colombia, en ejercicio de su poder soberano, representado por sus delegatarios a la Asamblea Nacional Constituyente, invocando la protección de Dios, y con el fin de fortalecer la unidad de la Nación y asegurar a sus integrantes la vida, la convivencia, el trabajo, la justicia, la igualdad, el conocimiento, la libertad y la paz, dentro de un marco jurídico, **democrático** y participativo que garantice un orden político, económico y social justo, y comprometido a impulsar la integración de la comunidad latinoamericana, decreta, sanciona y promulga la siguiente” (Subrayo)

Como se evidencia, Colombia se circunscribe en un modelo de gobierno democrático y participativo, garantizado por la Constitución. En consecuencia, la democracia forma parte de la estructura más básica y esencial del Estado Colombiano, que debe ser garantizada y protegida. En efecto, a pesar de que en un principio existieron dudas sobre el carácter vinculante del preámbulo de la Constitución, estas fueron rápidamente



EL VEINTE
JUSTICIA · LIBERTAD DE EXPRESIÓN

disipadas y resueltas en favor de su obligatoriedad absoluta.

Ciertamente, la Corte Constitucional en la Sentencia C-479 de 1992 determinó que el preámbulo de la Constitución Política es de obligatorio cumplimiento. Tanto así, que según su criterio todas las leyes de la República deben ser acordes con este aparte de la Constitución. Según el tenor literal de sus palabras:

“Lejos de ser ajeno a la Constitución, el Preámbulo hace parte integrante de ella. Las normas pertenecientes a las demás jerarquías del sistema jurídico están sujetas a toda la Constitución y, si no pueden contravenir los mandatos contenidos en su articulado, menos aún les está permitida la transgresión de las bases sobre las cuales se soportan y a cuyas finalidades apuntan.

Juzga la Corte Constitucional que el Preámbulo goza de poder vinculante en cuanto sustento del orden que la Carta instaura y, por tanto, **toda norma –sea de índole legislativa o de otro nivel– que desconozca o quebrante cualquiera de los fines en él señalados, lesiona la Constitución porque traiciona sus principios**”.³

Bajo esta misma línea argumentativa, doctrinariamente se ha sostenido que no guardaría ninguna lógica con la voluntad de los constituyentes que se redujera el valor normativo del preámbulo a una simple enunciación de conceptos sin fuerza vinculante. Al respecto, se ha establecido:

“El preámbulo precede, preside y gobierna el texto constitucional. Sus prescripciones obligan como cualquiera otra parte de la Constitución, y quizá aún más porque es su quinta esencia, **su expresión más depurada y concisa, principio de todos los principios, regla de reglas. Los constituyentes, al poner tanto esmero en la redacción del preámbulo, de seguro jamás imaginaron que no formaría parte de la Constitución. Sería tan sorprendente como afirmar que la puerta no hace parte de la casa**”⁴. (Subrayo)

Sobre las razones por las cuales se le ha otorgado el valor normativo al preámbulo de la Constitución, destacan principalmente dos: (i) que el preámbulo fue tramitado y aprobado bajo los mismos parámetros que el resto de la Constitución; y (ii) que la Constitución de 1991 es finalista. Sobre esta materia, Manuel Fernando Quinche sostiene:

“Juzga la Corte Constitucional que el Preámbulo goza de poder vinculante en cuanto sustento del orden que la Carta instaura y, por lo tanto, toda

³ Corte Constitucional, Sentencia C-479 de 1992. (M.P: José Gregorio Hernández Galindo y Alejandro Martínez Caballero)

⁴ Augusto Hernández Becerra, Título y preámbulo de la Constitución Colombiana, Revista de la Facultad de Derecho de México Tomo LXVII, Número 269, Septiembre-Diciembre 2017.



EL VEINTE

JUSTICIA · LIBERTAD DE EXPRESIÓN

norma –sea de índole legislativa o de otro nivel- que desconozca o quebrante cualquiera de los fines en él señalados, lesiona la Constitución porque traiciona sus principios. Así, para la Corte el preámbulo es una verdadera norma jurídica, y como tal, es norma aplicable en el ejercicio del control constitucional. Para la Corporación es esta la lectura adecuada, por varias razones. En primer lugar, porque el preámbulo fue tramitado y aprobado de la misma manera que el resto del articulado y por ello, darle un valor distinto, sería introducir una diferencia de trato normativo sin justificación. En segundo lugar, porque el carácter de la Constitución de 1991 es finalista y por lo mismo, la totalidad de las normas y especialmente las del Título I, sobre principios constitucionales, están vinculadas con el valor normativo del preámbulo; y en tercer lugar, por cuanto que para los fines del control constitucional, la norma del preámbulo contribuye al aseguramiento de la supremacía de la Constitución”⁵.

A partir de las anteriores consideraciones, resulta evidente que el preámbulo de la Constitución tiene pleno valor normativo y, en ese sentido, el artículo 55 de la ley 29 de 1944 debe ajustarse no sólo al articulado de la Constitución, sino también a este. En consecuencia, la norma acusada no puede resultar contraria al modelo de gobierno democrático, que fue definido constitucionalmente. Por el contrario, su incompatibilidad con este deriva en la inconstitucionalidad inmediata de la norma y su subsecuente retiro del ordenamiento jurídico colombiano. A continuación se desarrolla.

La incompatibilidad entre el artículo acusado y el preámbulo de la Constitución se fundamenta en que el primero establece una serie de disposiciones que, estudiadas en conjunto, tienen la virtualidad de disminuir el flujo de informaciones y opiniones. En efecto, que exista no sólo la posibilidad de tener que indemnizar por daños ocasionados en el ejercicio del derecho a la libertad de expresión, sino que además se establezca qué es el periodista, o el emisor de la información u opinión, quién debe acreditar que no incurrió en culpa, acarrea graves riesgos para la materialización de los sistemas democráticos.

Como lo explica la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH), la última década del siglo XX en Latinoamérica trajo varios cambios que constituyeron un “*renacer democrático*”⁶. El funcionamiento y preservación de este nuevo estatus democrático requiere como condición indispensable “*la posibilidad de deliberar de manera abierta y desinhibida sobre los asuntos que nos conciernen a todos*”⁷.

Otro aspecto de este cambio democrático explica la CIDH, es el de una ciudadanía más activa, deliberante, que valora el proceso comunicativo para la toma de decisiones, a diferencia de visiones de otras épocas en las que se promueve un modelo de *ciudadanía*

⁵ Manuel Fernando Quinche Ramírez, Derecho Constitucional Colombiano de la carta de 1991 y sus reformas, Editorial Universidad de Rosario (Colombia), 2009.

⁶ Comisión Interamericana de Derechos Humanos, Una agenda hemisférica para la defensa de la libertad de expresión, OEA/Ser.L/V/II CIDH/RELE/INF. 4/09 25 febrero 2009, par 1.

⁷ Comisión Interamericana de Derechos Humanos, Una agenda hemisférica para la defensa de la libertad de expresión, OEA/Ser.L/V/II CIDH/RELE/INF. 4/09 25 febrero 2009, par 18.



EL VEINTE

JUSTICIA · LIBERTAD DE EXPRESIÓN

ejemplar que actúa bajo los parámetros que le dicta la mayoría o el Estado⁸. En palabras de la CIDH, “Tomarse en serio la idea de una ciudadanía democrática y militante implica entonces diseñar instituciones que permitan, y no que inhiban o dificulten, la deliberación sobre todos los asuntos y fenómenos de relevancia pública”⁹.

Bajo este precepto, la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH) ha señalado que el Estado “*no sólo debe minimizar las restricciones a la circulación de la información sino también equilibrar, en la mayor medida de lo posible, la participación de las distintas informaciones en el debate público, impulsando el pluralismo informativo*”¹⁰.

En este sentido, una disposición de la naturaleza de la demandada genera autocensura y además contraría la presunción de primacía del derecho de libertad de expresión sobre otros derechos, cómo se desarrolla en los dos cargos subsiguientes. Estas situaciones, a su vez, tienden a lesionar la democracia, por cuanto no priorizan el flujo informativo, sino que lo atacan. Adicionalmente, todos estos efectos, producidos por el artículo acusado, son totalmente contrarios a la jurisprudencia de la Corte Constitucional que ha determinado que el ejercicio de la libertad de opinión es un “riesgo” intrínseco a la democracia y que, por tanto, su existencia representa un valor que se subsume con la simple adopción de este sistema político; mientras que los riesgos por la emisión de información “inadecuada” han sido considerados como aceptables en la democracia. Al respecto, en la sentencia de constitucionalidad C-087 de 1998, se sostuvo:

“la libertad de opinión, en tanto que derecho fundamental, lo mismo que el sufragio universal, **son "riesgos" (así entre comillas) ínsitos al sistema**. El debate acerca de si deben o no precaverse es más bien materia de una controversia extrasistemática que puede formularse en estos términos: ¿debe la sociedad, para evitar ciertos peligros latentes en la libertad de opinión (en tanto que derecho fundamental) y en el sufragio universal (que parece su consecuencia obligada), sustituir a la democracia otra forma de organización política? La posibilidad, desde luego, está abierta. Pero no tiene sentido, desde un punto de vista intrasistemático, preguntar si un régimen democrático puede mantenerse como tal, renunciando a postulados que le son inherentes. Sería algo así como proponer que la trigonometría (por definición la ciencia del triángulo), cambiara de objeto, manteniéndose como tal, en vista de las dificultades que el triángulo plantea (...)

Entre el eventual daño social que pudiera seguirse de una información inadecuada, consecuencia de la libertad de informar, y la restricción general de ésta para precaverlo, **la sociedad democrática prefiere afrontar el**

⁸ Comisión Interamericana de Derechos Humanos, Una agenda hemisférica para la defensa de la libertad de expresión, OEA/Ser.L/V/II CIDH/RELE/INF. 4/09 25 febrero 2009, par 53, 54.

⁹ Comisión Interamericana de Derechos Humanos, Una agenda hemisférica para la defensa de la libertad de expresión, OEA/Ser.L/V/II CIDH/RELE/INF. 4/09 25 febrero 2009, par 55.

¹⁰ Corte Interamericana de Derechos Humanos, caso Kimel v Argentina, Serie C 177, Sentencia de 2 de 2 de mayo de 2008, par 57.



EL VEINTE

JUSTICIA · LIBERTAD DE EXPRESIÓN

riesgo del primero. Y es que no hay duda de que impedirle a alguien que opine o informe habitualmente ("en forma permanente", dice la ley), oponiéndole su incompetencia intelectual para hacerlo, es una modalidad de censura, así se la maquille con razones de conveniencia, incompatible con un sistema democrático y específicamente con una Constitución como la colombiana, que la rechaza incondicionalmente, en términos categóricos: "... *no habrá censura*".¹¹. (Subrayo)

Bajo estos considerandos, es evidente que no es legítimo establecer disposiciones que limiten la libertad de expresión, en una medida tal que se perjudique también la democracia. Ciertamente, la adopción de la democracia como modelo de gobierno exige la priorización del ejercicio pleno de la libertad de expresión, de tal manera que se garantice la mayor cantidad de información posible, que solo tenderá a favorecer a la sociedad misma:

“el bien común reclama la máxima posibilidad de información y es el pleno ejercicio del derecho a la expresión lo que la favorece. Resulta en principio contradictorio invocar una restricción a la libertad de expresión como un medio para garantizarla, porque es desconocer el carácter radical y primario de ese derecho como inherente a cada ser humano individualmente considerado, aunque atributo, igualmente, de la sociedad en su conjunto. Un sistema de control al derecho de expresión en nombre de una supuesta garantía de la corrección y veracidad de la información que la sociedad recibe puede ser fuente de grandes abusos y, en el fondo, viola el derecho a la información que tiene esa misma sociedad”¹².

El rol de la libertad de expresión como elemento esencial de la democracia, de acuerdo a lo que se ha expuesto, implica la libre circulación de información y opiniones que, en muchos casos, implicará errores. No obstante, un régimen como el que establece el artículo demandado establece que solo estarán exentos del deber de indemnizar aquellas personas que demuestren que su diligencia y actuación fue tal que no actuaron con culpa. Tal visión solo protege la emisión de información y opiniones que se presenta en el más alto nivel de diligencia profesional, dejando por fuera expresiones que, tanto por dificultades técnicas, como formativas o circunstanciales, no pueden llegar a un nivel de verificación protegido por la ley. Tal visión también implica la necesidad de limitar la difusión de información y opiniones hasta tanto no haya surtido un nivel de revisión legal que brinde un adecuado nivel de protección, algo que no se adolece con la realidad de la difusión de noticias que, en palabras del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, son “una mercancía perecedera” que al ser retrasada “*incluso por un periodo corto, puede despojarla de todo su valor e interés*”¹³.

Contrario a lo que establece la norma demandada, el régimen democrático colombiano se

¹¹ Corte Constitucional. Sentencia C-087 de 1998. (MP: Carlos Gaviria Díaz)

¹² Colegiatura Obligatoria de periodistas (par 74)

¹³ Tribunal Europeo de Derechos Humanos, *The Observer and the Guardian v UK*, par 60.



EL VEINTE
JUSTICIA · LIBERTAD DE EXPRESIÓN

enmarca en la tesis del libre mercado de las ideas como forma de llegar a la verdad, enunciado en los libros de John Stuart Mill, John Milton y la jurisprudencia de la Corte Suprema de Estados Unidos, recogido por la Corte Constitucional en los siguientes términos:

“Cuando las diferentes opiniones y puntos de vista se enfrentan libremente en una sociedad, es más fácil para sus miembros decidir cuál de todas es la más cierta o la más adecuada, según el tipo de discusión que se esté dando. Este argumento, esbozado originalmente por John Stuart Mill, señala, adicionalmente, que cuando una opinión se toma por cierta, los desafíos libres a ella aseguran que las “verdades” sean corroboradas, corregidas, complementadas o superadas. Privar a una sociedad del principio de la libertad de expresión implica frenar el proceso colectivo de descubrimiento de la verdad y, en gran medida, impedir el desarrollo del conocimiento. Para que esta función pueda cumplirse a cabalidad no basta con el conflicto abierto entre interpretaciones de la realidad. Permitir una especie de intercambio libre de ideas es necesario pero no es una garantía suficiente, por sí sola, de que se llegará a la verdad puesto que una versiones o posiciones pueden ser tan dominantes que las otras no sean divulgadas o lo sean esporádica, aislada y débilmente. De ahí que esta función se puede cumplir en condiciones de enfrentamiento equilibrado entre versiones antagónicas de la realidad.”¹⁴

Siendo la libertad de expresión un pilar fundante para la democracia, toda disposición que la ponga en riesgo o la amenace, debe ser considerada contraria al preámbulo de la Constitución. El anterior argumento se refuerza, si se tiene en cuenta que en el presente caso (i) aplica la sospecha de inconstitucionalidad de las normas que interfieren con la libertad de expresión; (ii) no se cumple con los criterios para imponer limitaciones al derecho a la libertad de expresión; y (iii) se incurre en la prohibición de censura consagrada en el artículo 20 de la Constitución Política, que no admite prueba en contrario.

Ahora bien, en adición a los argumentos expuestos, no se puede dejar de lado que el contexto en que fue promulgada la Ley 29 de 1944, dista mucho del escenario actual. Ciertamente, mientras que el flujo informativo en el año 1944 era limitado -y en su mayoría circunscrito a grandes medios impresos y radiales de comunicación-, hoy en día coexisten informantes y opinadores que no desempeñan sus funciones a través de grandes empresas, sino de manera independiente.

La aparición de nuevas tecnologías, y en especial del internet, revolucionó la manera de informar, de hacer periodismo y de contribuir al debate público, pues permitió transitar de una limitada participación de las personas en el debate público por falta de medios, a una alta representación de las mismas en la divulgación de información. Esta situación, a

¹⁴ Corte Constitucional, Sentencia C-650 de 2003. (M.P: Manuel José Cepeda Espinosa)



EL VEINTE
JUSTICIA · LIBERTAD DE EXPRESIÓN

su vez, ha permitido la presencia de nuevos actores con rol en la prensa que no tienen el mismo soporte que los medios institucionales y que, por tal razón, requieren de garantías legales para el ejercicio de su trabajo como perros guardianes de la democracia.

Al respecto, resulta relevante traer a colación ese concepto ampliamente desarrollado por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos denominado “public watchdogs”, según el cual los medios cumplen con la función de vigilar el adecuado flujo de la democracia. Sobre esta manera se ha conceptualizado:

“41. Furthermore, as the Court has previously pointed out in cases such as the present one concerning the press, a factor of particular importance for its **determination is the vital role of “public watchdog” which the press performs in a democratic society** (see *Fatullayev v. Azerbaijan*, no. 40984/07, § 88, 22 April 2010); and the national margin of appreciation is circumscribed by the interest of democratic society in ensuring and maintaining a free press imparting information of serious public concern (see *Goodwin v. the United Kingdom*, 27 March 1996, § 39, *Reports 1996-II*). **The Court reiterates that the press plays a pre-eminent role in a State governed by the rule of law.** Although it must not overstep certain bounds set, *inter alia*, for the protection of the reputation of others, it is nevertheless incumbent on it to impart – in a way consistent with its duties and responsibilities – information and ideas on political questions and on other matters of public interest (see *Prager and Oberschlick v. Austria*, 26 April 1995, § 34, Series A no. 313). Not only does the press have the task of imparting such information and ideas; the public also has the right to receive them (see *Lingens v. Austria*, 8 July 1986, § 41, Series A no. 103).

43. **In the exercise of its supervisory duties, the Court must verify in particular whether the authorities struck a fair balance when protecting two values guaranteed by the Convention which may come into conflict with each other in cases such as the present application, namely, on the one hand, freedom of expression protected by Article 10 and, on the other, the right of the person concerned to protect his reputation, a right which is enshrined in Article 8 of the Convention as part of the right to respect for private life** (see *Chauvy and Others*, cited above, § 70) – while being mindful of the fact that journalistic freedom also covers possible recourse to a degree of exaggeration, or even provocation (see *Prager and Oberschlick*, cited above, § 38). However, offence may fall outside the protection of freedom of expression if it amounts to wanton denigration, for example where the sole intent of the offensive statement is to insult (see, e.g. *Uj v. Hungary*, no. 23954/10, § 20, 19 July 2011; *Skalka v. Poland*, no. 43425/98, § 34, 27 May 2003)¹⁵. (Subrayo)

Tal protección ha sido ampliada gradualmente a la medida que surgen distintos

¹⁵ TEDH, Ungváry and Irodalom KFT v. Hungary, 3 de diciembre de 2013.



EL VEINTE
JUSTICIA · LIBERTAD DE EXPRESIÓN

actores que cumplen dicho rol de “guardianes de la democracia”:

“The Court reiterated that this function is not exclusive to the press or NGOs, and may also include bloggers and social media users”¹⁶.

En el caso de *Steel and Morris v U.K.*, el TEDH examinó el caso de dos activistas que fueron demandados por difamación a raíz de la distribución de panfletos en contra de McDonalds. El TEDH determinó que, al no haber garantías para la igualdad de armas entre los activistas y dicha empresa, estas personas estaban en la disyuntiva de retirar su publicación y pedir excusas o “llevar la carga de probar, sin asistencia legal, la verdad de las alegaciones” contenidas en sus panfletos. Esto último, de acuerdo al TEDH esto se convertía en una tarea enorme y compleja que desbalancea la protección de la reputación de quien demanda, en contraposición a la libertad de expresión de quienes se defienden¹⁷.

Como se evidencia de los apartes transcritos, se ha reconocido que la prensa y otros actores que cumplen un rol de guardianes de la democracia ocupan un papel fundamental en cuanto a la vigilancia y denuncia de irregularidades en las sociedades democráticas, por lo que resulta esencial garantizar su posibilidad de cumplir con esta importante función. En efecto, destaca el TEDH que es indispensable que las Cortes verifiquen que en realidad existe un balance entre la protección que se otorga a los derechos a la libertad de expresión y al buen nombre -o a cualquier otro que pueda verse amenazado-, pues no es viable poner en riesgo la posibilidad de ejercer la vigilancia de la democracia que corresponde a los medios.

No obstante, es justamente este elemento definitivo el que no se encuentra presente en artículo 55 de la Ley 29 de 1944, en el que se pone el riesgo la función de los medios de “guardianes de la democracia”, por cuanto se establece una inversión de la carga de la prueba que pone en desventaja a las personas en ejercicio de la libertad de expresión respecto a los titulares de los derechos al buen nombre y similares. Precisamente, es este balance entre derechos el que se encuentra ausente en el artículo denunciado y el que tiene que derivar en la inconstitucionalidad de la norma.

Con base en los anteriores planteamientos, se procede a desarrollar una serie de cargos precisos que muestran la incompatibilidad del artículo 55 de la Ley 29 de 1944 con la Constitución Política y con la jurisprudencia de la Corte Constitucional.

PRIMER CARGO: El artículo 55 de la Ley 29 de 1944 viola la prohibición de censura.

El artículo 55 de la Ley 29 de 1944 viola la prohibición de censura, consagrada en el artículo 20 de la Constitución Política, por cuanto establece responsabilidades ulteriores en cabeza de las personas en el ejercicio de la libertad de expresión que, por la manera en que fueron consagradas, son susceptibles de generar un efecto disuasorio sobre el

¹⁶ TEDH. *Magyar Helsinki Bizottsag v. Hungary*, 8 de noviembre de 2016.

¹⁷ TEDH. *Steel and Morris v U.K.*, 15 de mayo de 2005.



EL VEINTE
JUSTICIA · LIBERTAD DE EXPRESIÓN

ejercicio a la libertad de expresión. En efecto, la obligación de indemnizar por daños ocasionados en ejercicio de la libertad de expresión, siempre que no se pueda demostrar que no se incurrió en culpa, tiene la virtualidad de ocasionar el fenómeno de la autocensura. Ciertamente, en este caso, se trata de una disposición que genera un temor tal a las consecuencias judiciales de la divulgación de información, que desincentiva a los periodistas y, en general a las personas, de expresarse libremente.

Normas como la demandada han sido consideradas en diferentes sistemas legales como normas que facilitan el ejercicio de *litigios estratégicos contra la participación pública* (SLAPP por sus siglas en inglés). Este término suele referirse al inicio de litigios de carácter civil por parte de personas poderosas (como funcionarios o figuras públicas) con el fin de atacar los recursos económicos y la participación pública de las personas que ejercen el rol de guardián de la democracia y que ejercieron una expresión crítica sobre algún asunto de interés público¹⁸. Aunque los países que más han desarrollado normas específicas para evitar la existencia de este tipo de litigios son los Estados Unidos, Canadá y Australia, el debate sobre este tipo de normas ha cobrado más importancia en diferentes lugares del mundo.

En Europa, el asesinato de la periodista maltesa Daphne Caruana Galizia en 2017 fue precedido por la presentación de 42 demandas civiles de difamación por parte de políticos y empresarios que eran objeto de publicaciones periodísticas. Con posterioridad a la muerte de Galizia, sus familiares todavía han tenido que acudir a responder en dichos procesos, algo que ha sido señalado por la Comisionada para los Derechos Humanos del Consejo Europeo como una intimidación que acarrea una presión psicológica y económica sin ningún tipo de justificación.¹⁹ Precisamente, uno de los aspectos que destaca la Comisionada como problemático con relación a los procesos que tienen que adelantar los supervivientes de galicia es que, de acuerdo a las leyes de Malta, la carga de la prueba en casos de difamación está sobre el demandado. Para ella, esta es una carga excesiva y compleja que puede incluso constituir una indebida interferencia con la protección de fuentes periodísticas.

Esto ha desatado una conversación a nivel europeo, impulsada por organizaciones de la sociedad civil y por parlamentarios y comisionados de la unión europea, sobre la necesidad de establecer normas anti-SLAPP como las que existen en otras partes del mundo.²⁰ A nivel Interamericano, el caso de Emiro Palacio contra Ecuador, presentado

¹⁸ European Centre for Press and Media, SLAPP: the background of Strategic Lawsuits Against Public Participation. Disponible en: <https://www.ecpmf.eu/slapp-the-background-of-strategic-lawsuits-against-public-participation/>

¹⁹ Council of Europe, Commissioner calls on Maltese authorities to withdraw posthumous defamation lawsuits against the family of Daphne Caruana Galizia, 2019. Disponible en: <https://www.coe.int/en/web/commissioner/-/commissioner-calls-on-maltese-authorities-to-withdraw-posthumous-defamation-lawsuits-against-the-family-of-daphne-caruana-galiz-1>

²⁰ Article 19, Europe: End gag lawsuits and protect democracy and fundamental rights, 2020. Disponible en: <https://www.article19.org/resources/europe-ending-gag-lawsuits/> y; European Federation of Journalists, Six MEPs call for new EU directive against lawsuits targeting journalists. Disponible en: <https://europeanjournalists.org/blog/2018/02/23/six-meps-call-for-new-eu-directive-against-lawsuits-targeting-journalists/> y; Front Line Defenders, Letter to European Commission VP Věra Jourová on Anti-



EL VEINTE

JUSTICIA · LIBERTAD DE EXPRESIÓN

por la CIDH ante la Corte IDH en octubre 2019 también aterriza esta discusión, pues se origina en un proceso de difamación de 2012 en contra de un periodista, los editores y ejecutivos de un medio y el medio mismo, por parte del entonces presidente Rafael Correa, que terminó en una sanción civil de 40 millones de dólares²¹. De todos modos, la jurisprudencia interamericana ya se ha referido a este aspecto al indicar que “el temor a una sanción civil desproporcionada puede ser a todas luces tan o más intimidante e inhibitorio para el ejercicio de la libertad de expresión que una sanción penal, en tanto tiene la potencialidad de comprometer la vida personal y familiar de quien denuncia o, como en el presente caso, publica información sobre un funcionario público, con el resultado evidente y disvalioso de autocensura, tanto para el afectado como para otros potenciales críticos de la actuación de un servidor público”.²² De acuerdo al Comité de Ministros del Consejo Europeo, los posibles abusos de procedimientos legales, junto con los altos costos que esto implica, se puede convertir en una forma de acoso y presión que es mucho más acentuado para periodistas y otros actores del ecosistema mediático que no cuentan con la misma protección legal, económica o institucional que aquellos que trabajan en los grandes medios de comunicación²³.

En Colombia, la prohibición de censura se encuentra consagrada en el artículo 20 de la Constitución Política que dispone que: “*No habrá censura*”. A partir de allí, se ha desplegado un amplio desarrollo jurisprudencial por parte de la Corte Constitucional para delimitar el alcance de esta disposición. Al respecto, se ha establecido que, por regla general, se debe diferenciar entre la censura y las responsabilidades ulteriores pues, en principio, las segundas no se enmarcan dentro de la primera. Según lo ha conceptualizado la Corte:

“La Carta Política admite el establecimiento de responsabilidades posteriores por los efectos negativos que pueda surtir una determinada expresión; en este sentido, ha precisado la jurisprudencia que la censura previa, proscrita por la Convención Americana y por la Carta Política, es distinta a las limitaciones previamente definidas con precisión en la ley (prohibiciones legales previas) con establecimiento de responsabilidades posteriores, las cuales sí pueden ser acordes con la Constitución si cumplen con los requisitos constitucionales propios de las limitaciones a este derecho fundamental”²⁴.

Así las cosas, la Corte Constitucional ha considerado que *prima facie* las responsabilidades posteriores no se enmarcan dentro de la prohibición absoluta de

SLAPP legislation, 2020. Disponible en: <https://www.frontlinedefenders.org/en/statement-report/letter-european-commission-vp-v%C4%99Bra-jourov%C3%A1-anti-slapp-legislation>

²¹ Comisión Interamericana de Derechos Humanos, CIDH presenta caso sobre Ecuador a la Corte IDH, 2020. Disponible en: <https://www.oas.org/es/cidh/prensa/comunicados/2020/048.asp>

²² Corte Interamericana de Derechos Humanos, Fontevecchia y D’Amicco v Argentina (par 74)

²³ Recommendation CM/Rec(2016)4 of the Committee of Ministers to member States on the protection of journalism and safety of journalists and other media actors (Adopted by the Committee of Ministers on 13 April 2016 at the 1253rd meeting of the Ministers’ Deputies)

²⁴ Corte Constitucional, Sentencia T-391 de 2007. (M.P: Manuel José Cepeda Espinosa)



EL VEINTE

JUSTICIA · LIBERTAD DE EXPRESIÓN

censura, sino que resultan admisibles a la luz de la Constitución siempre que cumplan ciertos criterios. No obstante lo anterior, sería incorrecto afirmar que las responsabilidades ulteriores nunca pueden clasificarse dentro de los actos de censura prohibidos constitucionalmente. En efecto, en la Sentencia C-050 de 2003, la Corte Constitucional reconoció que existen por los menos tres tipos de “*controles previos*” que son contrarios a la prohibición de censura:

“En relación con el contenido de la información, existen múltiples modalidades de controles previos, todas contrarias a la prohibición de la censura. La primera, por fortuna desterrada de las democracias, son las juntas o consejos de revisión previa de la información. Las segundas son las reglas de autorización para divulgar informaciones relativas a materias que han sido estimadas sensibles por determinado régimen. La violación de tales reglas es sancionada, inclusive, e inconstitucionalmente, con pena de prisión. La tercera es la prohibición de divulgar ciertos contenidos informativos, cuya transgresión también es sancionada con medidas administrativas de suspensión o cierre del medio o, inclusive, con sanciones penales. **La cuarta es el establecimiento de controles administrativos o judiciales posteriores tan severos e invasivos de la libertad que tienen claramente el efecto de provocar la autocensura y la creación de mecanismos internos de revisión previa para evitar que tales controles externos sean dirigidos en contra del medio correspondiente. Es lo que se denomina el efecto de paralización de la información.**[39] La quinta es la exclusión de ciertos medios de comunicación del mercado como represalia por la posición que han adoptado en el pasado y probablemente continuarán tomando en el futuro. Este tipo de control al contenido de la información y la opinión, también inconstitucional, es de difícil prueba porque es necesario demostrar que una decisión legislativa o administrativa aparentemente neutral tiene en realidad un propósito o un impacto persecutorio o discriminatorio. Dentro de cada uno de estos tipos de control previo, hay modalidades sutiles e indirectas que no es necesario entrar a detallar”²⁵. (Subrayo)

Como se evidencia del aparte transcrito, a pesar de no ser en estricto sentido un control previo, la Corte Constitucional ha incluido “*el establecimiento de controles administrativos o judiciales posteriores tan severos e invasivos de la libertad que tienen claramente el efecto de provocar la autocensura*” dentro de los actos contrarios a la prohibición de censura. En efecto, en este caso se determinó que aquellos controles ulteriores que tengan la virtualidad de producir el efecto de paralización de la información -del cual se hablará más adelante-, se clasifican dentro de los actos prohibidos por el artículo 20 de la Constitución.

Esta postura de la Corte no ha sido esporádica, sino que por el contrario ha sido ampliamente ratificada. Así ocurrió por ejemplo en la Sentencia T-391 de 2007, en que se consideró:

²⁵ Corte Constitucional, Sentencia C-050 de 2003. (M.P: Manuel José Cepeda Espinosa)



EL VEINTE

JUSTICIA · LIBERTAD DE EXPRESIÓN

“La Corte Constitucional ha explicado que la prohibición de la censura cobija todas las formas y grados de control previo sobre la libertad de expresión, información, prensa y los demás tipos de comunicación, y todas las formas y grados de interferencias, obstáculos o restricciones orientadas a limitar la circulación de ideas, informaciones y opiniones. Dentro de esta amplia tipología de formas de censura proscritas, la censura en su sentido clásico es la más aberrante y grave de todas, pero hay múltiples modos de control previo directo e indirecto que también están prohibidos. La jurisprudencia constitucional ha explicado detalladamente que la tipología del control previo sobre la libertad de expresión abarca cuatro formas principales, que sin embargo no agotan el espectro posible de intervenciones proscritas: el control previo sobre los medios de comunicación y su funcionamiento, el control previo sobre el contenido de la información, el control previo sobre el acceso a la información y el control previo sobre los periodistas.

(a) El control previo sobre los medios de comunicación y su funcionamiento incluye (...)

(b) El control previo sobre el contenido de la información, que en todo caso es contrario a la prohibición constitucional de la censura por desconocer la regla sobre neutralidad frente al contenido[310], abarca (i) la conformación de juntas o consejos de revisión previa de la información[311], (ii) las reglas de autorización para la divulgación de información, sea sobre temas clasificados como sensibles por un régimen[312], o sobre temas específicos cuya aprobación se asigna a una autoridad que hace las veces de censor con facultades para modificar o recortar el contenido[313]; (iii) la prohibición, bajo sanción, de divulgación de determinados contenidos informativos[314], (iv) **la creación de controles judiciales o administrativos posteriores tan severos que inducen, mediante su efecto disuasivo, a la autocensura por parte de los mismos medios de comunicación[315]**; (v) la exclusión del mercado de determinados medios de comunicación en tanto represalia[316], o (vi) la atribución de facultades a organismos estatales para suspender la transmisión de programas a través de los medios masivos de comunicación[317]. La Corte ha precisado que cada una de estas modalidades admite distintas variantes, sutiles e indirectas: “dentro de cada uno de estos tipos de control previo, hay modalidades sutiles e indirectas que no es necesario entrar a detallar”.

(c) El control previo sobre el acceso a la información – “sin el cual es imposible que un medio de comunicación cumpla su función democrática”- abarca (...)



EL VEINTE
JUSTICIA · LIBERTAD DE EXPRESIÓN

(d) Por último, el control previo sobre los periodistas –cuya determinación es más compleja, por cuanto algunas medidas pueden estar orientadas a proteger a los periodistas, pero también pueden generar un impacto equivalente al control previo[320]-, abarca medidas tales como (...)

Además de estas cuatro categorías genéricas, resalta la Corte que la prohibición de la censura cobija **cualquier** tipo de control, obstaculización, interferencia o restricción previa, que tenga por propósito o por efecto, directo o indirecto, intencional o accidental, limitar o restringir el libre flujo social de comunicaciones”²⁶ (Subrayo)

Así las cosas, no cabe duda que las responsabilidades ulteriores, cuando son tan severas como para disuadir la publicación de información, o para generar autocensura, se encuentran incluidas dentro de la prohibición absoluta de censura consagrada en el artículo 20 de la Constitución. En consecuencia, para determinar si el artículo 55 de la Ley 29 de 1944 puede clasificarse dentro de este tipo de actos prohibidos en la Constitución será necesario delimitar el concepto de censura en la jurisprudencia y establecer su relación con el efecto de paralización de la información al que se ha referido la Corte Constitucional. Posteriormente, se deberá analizar la norma demandada a la luz de tales hallazgos.

a. Del “chilling effect” o “efecto de enfriamiento” como forma de censura

Para poder delimitar el concepto de censura es necesario iniciar por señalar que se trata de un fenómeno que adopta múltiples formas y que, por tanto, no se agota en un solo tipo de actuación. Por el contrario, se trata de una figura que abarca una gran variedad de posibilidades y formas, que van desde las limitaciones más burdas a la libertad de expresión, hasta las disposiciones más sutiles. En palabras de la Corte Constitucional:

“Los actos de censura proscrita pueden asumir diversas formas, desde los tipos más burdos de frenos estatales sobre lo que se puede publicar y los regímenes de autorización previa más expuestos, hasta métodos más sutiles e indirectos de control previo que surten, sin embargo, el mismo efecto perverso que la censura sobre la expresión y quedan, por lo tanto, cobijados por la prohibición”²⁷. (Subrayo)

Dentro de esta amplia gama de posibilidades de actos que se pueden enmarcar dentro de la censura, como se explicó anteriormente, se han incorporado las medidas ulteriores - como la adopción de decisiones de carácter civil o el decreto de medidas cautelares dentro de los mismos trámites- por constituir actos de censura previa indirecta. Este mismo criterio de protección para la libertad de expresión, se ha venido desarrollando también en las Cortes Internacionales, y en otros ordenamientos jurídicos.

²⁶ Corte Constitucional, Sentencia T-391 de 2007. (M.P: Manuel José Cepeda Espinosa)

²⁷ Corte Constitucional, Sentencia T-391 de 2007. (M.P: Manuel José Cepeda Espinosa)



Ciertamente, el concepto de paralización de la información al que se refiere la Corte Constitucional para caracterizar a las medidas posteriores que pueden ser clasificadas dentro de la censura, es adoptado de la jurisprudencia estadounidense. En esta, se desarrolló el concepto de “*chilling effect*” que pretende explicar las razones por las cuales incluso las decisiones judiciales, en determinados casos, constituyen actos de censura que merecen protección constitucional. Sobre la relación de este término con las responsabilidades ulteriores se ha sostenido en la doctrina lo siguiente:

“Como se ha desarrollado altamente en la jurisprudencia de EE.UU., las responsabilidades ulteriores, cuando son demasiado gravosas para la libertad de expresión, producen un “*chilling effect*”, es decir, un efecto de “enfriamiento” de las expresiones y del debate público. Bajo tales circunstancias podría ocurrir que los medios de comunicación o personas naturales no emitan determinadas expresiones, por temor a las sanciones que ello les acarrearía”²⁸

Como se explicará más adelante, la medida dispuesta en el artículo 55 de la Ley 29 de 1944 ocasiona lo que se ha denominado como el “*chilling effect*” o efecto paralizante. Por consiguiente, se procederá a: (i) esbozar una definición del término “*chilling effect*” partiendo de la doctrina y la jurisprudencia; (ii) presentar algunos ejemplos de la manera en que esta tesis ha sido aplicada; y (iii) aplicar esta teoría al caso concreto.

Si bien muchos doctrinantes han considerado que no es posible establecer una definición inmutable del término “*chilling effect*”, estos han realizado sendos esfuerzos por caracterizar el concepto. Por ejemplo, en un estudio publicado en la revista de la Universidad de Boston, se afirmó que la esencia del concepto “*chilling effect*”, es la existencia de un acto con efectos disuasorios:

“La esencia misma del “*chilling effect*” es un acto de disuasión. Mientras que uno normalmente diría que la gente es disuadida, parece apropiado hablar de una actividad como ser enfriado. **Los dos conceptos van de la mano, por supuesto, por cuanto una actividad se enfría si se disuade a la gente de participar en ella.** Aunque la decisión de una persona de no comportarse puede verse influida por una amplia gama de estímulos, en la ley la base reconocida de disuasión es el temor a la pena de multa, prisión, declaración de responsabilidad civil o privación del beneficio gubernamental²⁹. Así pues, es evidente que una persona puede

²⁸ Felipe González Morales, Censura judicial y libertad de expresión: sistema interamericano y derecho chileno, Revista IIDH, Vol. 43. Disponible en: <http://www.corteidh.or.cr/tablas/R08060-6.pdf>

²⁹ The ill-fated right-privilege distinction reflected a general failure to recognize the potential deterrent effect caused by the penalty of withdrawal, or denial of governmental benefits. Losing one's job on account of political beliefs is no less a punishment than being fined for holding those beliefs, and the threat of loss of employment is no less effective a deterrent than the threat of a monetary fine. It was predictable that the very same cases that marked the erosion of the right-privilege distinction would also be among the first to emphasize the notion of deterrence. See *Keyishian v. Board of Regents*, 385 U.S. 589, 597-604 (1967);



EL VEINTE

JUSTICIA · LIBERTAD DE EXPRESIÓN

ser disuadida o que una actividad puede ser paralizada por la amenaza de la aplicación de prácticamente cualquier ley penal o por la posible aplicación de cualquier sanción civil. De hecho, estas regulaciones están diseñadas para producir este efecto concretamente”³⁰. (Subrayo)

Ciertamente, en este estudio se sostuvo que la aplicación de sanciones civiles o penales en contra de periodistas y medios de comunicación producen el “*chilling effect*”, por cuanto generan una sensación de temor y amenaza que impide que estos sujetos sigan ejerciendo su derecho a la libertad de expresión, por temor a las consecuencias legales que se puedan iniciar.

Por esta misma línea, el señor Gara LaMarche, cuando ejercía como Director Ejecutivo del Fondo para la Libertad de Expresión de Human Rights Watch, definió el “*chilling effect*” como:

“El “*chilling effect*” es una metáfora llamativa, aunque exagerada, y encaja perfectamente con otra que caracteriza la autocensura: que es el discurso público, las restricciones gubernamentales -o las amenazas de prohibir y restringir- no son más que la punta del iceberg”³¹

Finalmente, en un artículo académico publicado en Noruega en que se estudiaba el concepto del “*chilling effect*” en el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, se le caracterizó de la siguiente manera:

“Aunque la jurisprudencia del Tribunal de Justicia no permite establecer una definición precisa del término «*chilling effect*», el concepto no es sólo un sustituto de una restricción o sanción desproporcionada. Tampoco es un sustituto de la disuasión (criminal). La noción tiene un contenido no

Konigsberg v. State Bar of Calif., 353 U.S. 252, 262, 273 (1957); Slochower v. Board of Educ., 350 U.S. 551 (1956); Wieman v. Updegraff, 344 U.S. 183 (1952). For a general discussion, see VanAlstyne, The Demise of the Right-Privilege Distinction in Constitutional Law, 81 Harv. L. Rev. 1439 (1968); Note, Unconstitutional Conditions, 73 Harv. L. Rev. 1595 (1960).

³⁰ Frederick Schauer, Fear, Risk and the First Amendment: Unraveling the Chilling Effect, Boston University Law Review, Vol. 58:685, 1978. Disponible en: <https://scholarship.law.wm.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=2010&context=facpubs&sei-redir=1>. Texto original: “The very essence of a chilling effect is an act of deterrence . While one would normally say that people are deterred, it seems proper to speak of an activity as being chilled. The two concepts go hand in hand, of course, in that an activity is chilled if people are deterred from participating in that activity. Although an individual's decision not to engage in certain behavior may be influenced by a wide range of stimuli, in law the acknowledged basis of deterrence is the fear of punishment-be it py fine, imprisonment, imposition of civil liability, or deprivation of governmental benefit . Thus, it is apparent that an individual may be deterred or an activity chilled by the threatened operation of virtually any penal statute or by the potential application of any civil sanction. Indeed, these regulating rules are designed to have this precise effect”

³¹ Gara LaMarche, Some Thoughts on the “Chilling Effect”, Art Journal, Vol. 50, No. 4, Censorship II (Winter, 1991), pp. 56-58. Texto original: The “chilling effect” is a striking, if overused, metaphor, and fits nicely with another that characterizes selfcensorship: that the public, governmental curbs -or threats to curb-speech are but the tip of the iceberg



EL VEINTE

JUSTICIA · LIBERTAD DE EXPRESIÓN

asistido. En primer lugar, esto es cierto porque el término sólo se utiliza en relativamente pocos de los fallos en los que el Tribunal considera que se ha violado el artículo 10 de la Convención. En segundo lugar, **es cierto, ya que el *chilling effect* no sólo apunta a las expresiones ilegales, sino también - y sobre todo - a las expresiones no ilegales en sí mismas.** En tercer lugar, es cierto porque la noción apunta más allá del caso en cuestión y al trabajo del solicitante. **El *chilling effect* tiene, pues, un impacto negativo en la futura tarea de informar al público sobre asuntos de interés público o de organizar el debate público. El *chilling effect* también puede disuadir al periodista de publicar (más) materiales críticos sobre asuntos de interés público”³²** (Subrayo)

Así las cosas, es evidente que el término “*chilling effect*” ha sido acuñado para describir el fenómeno que se produce cuando las expresiones futuras de los periodistas y los medios de comunicación se ven afectadas y alteradas por el temor que les produce la adopción de medidas judiciales. Es decir, este fenómeno tiene lugar cuando se adoptan decisiones judiciales de distinta índole que tienen un efecto negativo en el futuro ejercicio periodístico de determinados sujetos o entidades, quienes por deliberación propia deciden dejar de informar sobre ciertos asuntos.

Este tipo de efecto, se ha reconocido afecta no solo a los titulares del derecho a la libertad de expresión, sino también a los sujetos que reciben la información, por cuanto el debate público se ve empobrecido y el sistema democrático se debilita.

El Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha sido uno de los entes jurisdiccionales que ha adoptado este concepto y lo ha considerado como un factor para el análisis de la proporcionalidad de las restricciones a la libertad de expresión.³³ Además, el Tribunal ha sido enfático en que no solo resulta aplicable en casos en que se adoptan decisiones judiciales extremas, sino que también se puede producir con medidas que aparentemente no se encuentran revestidas de tanta gravedad. En este sentido, el TEDH ha indicado que las indemnizaciones de tamaño impredecible pueden, por principio, causar un “*chilling effect*”³⁴ y que tal efecto también puede existir y no ser negado en casos donde la sanción es “moderada” o “simbólica”.

³² Trine Baumbach, Chilling Effect as a European Court of Human Rights’ Concept in Media Law Cases, Bergen Journal of Criminal Law and Criminal Justice, Volume 6, Issue 1, 2018, pp. 92-114. Texto original: “Even though it is not possible by means of the Court’s case law to establish a precise definition of the term ‘chilling effect’, the concept is not just a substitute for a non-proportional restriction or sanction. It is not a substitute for (criminal) deterrence, either. The notion has an unassisted content. Firstly, this is true because the term is only used in relatively few of all the judgments where the Court finds a violation of Article 10 of the Convention. Secondly, it is true since chilling effect does not only point at unlawful expressions, but also – and foremost – at expressions not illegal in themselves. Thirdly, it is true because the notion points beyond the case in question and to the applicant’s work to-be. The chilling effect has thus a negative impact on the applicant’s future task in informing the public on matters of public concern or in orchestrating the public debate. The chilling effect may also discourage the journalist from publishing (further) critical materials on matters of public interest”.

³³ TEDH, *Cumpana and Mazare v Romania*, 17 de diciembre de 2004.

³⁴ TEDH, *Independent Newspapers (Ireland) Limited v Ireland*, 15 de Junio de 2017



EL VEINTE
JUSTICIA · LIBERTAD DE EXPRESIÓN

Similarmente, al estudiar un caso en que la sanción impuesta en detrimento de la libertad de expresión fue estrictamente civil, y consistente en la prohibición de volver a publicar una nota periodística, el Tribunal consideró que ello ya era un acto suficiente como para producir el “*chilling effect*” sobre el medio de comunicación, quien en todo caso se desincentivaría para volver a publicar notas de similares características:

“76. Lastly, as regards the severity of the sanction imposed, the Court notes that the only measure taken against the applicant company was a civil law injunction prohibiting further publication of a passage from the article published on 12 December 2005. It nevertheless considers that the injunction could have had a chilling effect on the exercise of the applicant company’s freedom of expression (see *Brasilier*, cited above, § 43; *Tănăsoaica*, cited above, § 56; and *a/s Diena and Ozoliņš*, cited above, § 87)”³⁵

Este criterio, fue posteriormente usado de una manera incluso más estricta, pues en el caso *Instytut Ekonomichnykh Reform, Tov v. Ucrania*, se determinó que incluso la orden de publicar una retractación y de pagar una suma de dinero al supuesto afectado, ya producía el “*chilling effect*” y por tanto, vulneraba la prohibición de censura:

“Si bien la sanción impuesta a la empresa demandante era relativamente sutil, tenía sin embargo un valor simbólico y no podría descartarse que, en todo caso, pudiera tener un *chilling effect* sobre la empresa demandante y otros participantes en el debate público”³⁶

El Tribunal Europeo también ha indicado que el *chilling effect* puede presentarse por el simple miedo a ser sujeto a sanciones desproporcionadas a raíz de normas de redacción ambigua:

“The Court further notes the chilling effect that the fear of sanction has on the exercise of freedom of expression, even in the event of an eventual acquittal, considering the likelihood of such fear discouraging one from making similar statements in the future

Therefore the very possibility of interference by the authorities or by private parties acting without proper control or even with the support of the authorities may impose a serious burden on the free formation of ideas and democratic debate and have a chilling effect.”³⁷

³⁵ TEDH, *Axel Springer AG v. Alemania*, 10 de octubre de 2014.

³⁶ TEDH, *Instytut Ekonomichnykh Reform, Tov v. Ukraine*, 2 de junio de 2016. Texto original: “While the sanction imposed on the applicant company was relatively modest, it nevertheless had symbolic value and it cannot be ruled out that it could still have a chilling effect on the applicant company and other participants in the public debate”.

³⁷ TEDH, *Altuğ Taner Akçam v. Turkey*, 25 de octubre de 2011.



EL VEINTE
JUSTICIA · LIBERTAD DE EXPRESIÓN

Como se ha venido analizando, la Corte Constitucional no ha sido ajena a este parámetro. Por el contrario, lo ha venido utilizando como el fundamento que permite aseverar que una medida de responsabilidad ulterior constituye un acto de censura contrario a la Constitución Política. En consecuencia, podría afirmarse que toda medida de responsabilidad posterior que tenga la virtualidad de afectar el flujo informativo, por el temor de los emisores de la información a las consecuencias legales de su ejercicio expresivo, es contrario al artículo 20 de la Constitución Política.

En este sentido, no cabe duda, que el artículo 55 de la Ley 29 de 1944 debe ser eliminado del ordenamiento jurídico colombiano por ir en contravía de esta disposición constitucional. En efecto, es importante poner de presente que el artículo acusado no solo impone la obligación de indemnizar por daños ocasionados por el ejercicio de la libertad de expresión, sino que además invierte la carga de la prueba respecto a la culpa. Esta disposición, que pareciera tener efectos netamente procesales, está dotada de una enorme relevancia sustancial. Ciertamente, tener que probar que no se actuó con culpa al ejercer el derecho a la libertad de expresión es una carga que resulta excesiva para los emisores de la información u opinión. Cuando el periodista enfrenta una noticia, que ha sido publicada con cuidado, respetando los estándares de veracidad que resulten aplicables, en ese ejercicio profesional del periodista se concreta el ejercicio probatorio de su dicho al que está obligado. Cuando ese dicho se lleva ante la jurisdicción, quien debe demostrar que lo que se acusa no corresponde a la verdad es quien lo considera falso, porque está en mejor capacidad de probar.

Esta excepción a la regla general, tiene un efecto disuasorio o un “*chilling effect*” sobre los periodistas y demás personas que se dedican a divulgar información u opiniones, por cuanto supone una situación judicial de desventaja. La balanza se inclina en contra de tales personas y en lugar de protegerlas y garantizarles su derecho a la libertad de expresión, les amenaza. Los procesos judiciales son inciertos y la posibilidad de probar no siempre tiene relación directa con la realidad de los hechos. En efecto, pudiera pasar que un periodista a pesar de haber generado un daño, en ejercicio de su derecho a la libertad de expresión, sin culpa alguna, no logre satisfacer la carga de la prueba para demostrarlo o se sienta desincentivado a publicar por el temor a enfrentar un proceso judicial que desemboque en el gasto de honorarios, tiempo, carga emocional y el eventual pago de una indemnización.

La valoración de las pruebas es incierta, aun así la presunción de inocencia no aplica para las personas en el ejercicio de la libertad de expresión. El artículo demandado desvirtúa la presunción de inocencia y condena de manera anticipada. Les condena a procesos judiciales más complejos y permite que con una simple acusación, se vean obligados a desplegar todos sus esfuerzos para demostrar que no actuaron con culpa. Estas desventajas procesales, sin lugar a dudas, tienen el efecto de disuadir a los periodistas y otras personas de realizar publicaciones en contra de sujetos poderosos con mejores posibilidades de acceso a servicios jurídicos que ellos y, consecuentemente, generan un “*chilling effect*”. En esta medida, configuran actos de censura prohibidos por la Constitución.



EL VEINTE
JUSTICIA · LIBERTAD DE EXPRESIÓN

Así las cosas, es indudable que el artículo 55 de la Ley 29 de 1944 debe ser eliminado del ordenamiento jurídico colombiano, pues contraría la tendencia mundial de invertir la carga de la prueba, pues una vez el periodista publica información de manera veraz y objetiva, respetando los estándares de verificación de la información, a quien corresponde probar que la misma es falsa es a quien es objeto de las mismas, y tiene a su alcance los elementos necesarios para probar. Por tanto, el esquema probatorio que impone el artículo demandado representa una carga innecesaria para el ejercicio de la libertad de expresión y contraviene la tendencia mundial que frente a la misma existe. Cuando se impone dicho estándar probatorio, se genera autocensura, pues los periodistas se ven sujetos a pruebas en muchos casos imposibles, que sólo están al alcance de quien es objeto de la investigación periodística.

SEGUNDO CARGO: Incompatibilidad entre la inversión de la carga de la prueba establecida en el artículo 55 de la Ley 29 de 1944 y la presunción de primacía de la libertad de expresión

El artículo 55 de la Ley 29 de 1944 establece que *“todo el que por cualquier medio eficaz para divulgar el pensamiento, por medio de la imprenta, de la radiodifusión o del cinematógrafo, cause daño a otro estará obligado a indemnizarlo, salvo que demuestre que no incurrió en culpa”*. En consecuencia, en los casos en que se estudia la responsabilidad civil de los periodistas, o de cualquier emisor de información y opiniones, opera una inversión de la carga de la prueba. En este sentido, no aplica la regla general, según la cual quien alega prueba, sino que se sustituye esta máxima del derecho por la obligación del propio demandado de acreditar que *“no incurrió en culpa”*.

Esta disposición resulta sumamente lesiva para los derechos a la libertad de expresión y de información y, además, es contraria a las presunciones establecidas jurisprudencialmente en favor de la libertad de expresión. En efecto, la Corte Constitucional ha determinado que a partir del lugar privilegiado que ocupa la libertad de expresión en el ordenamiento jurídico colombiano surgen cuatro presunciones constitucionales, tres cargas para las autoridades que pretenden limitar la libertad de expresión y un mayor margen de tolerancia a los riesgos del ejercicio de esta profesión. En lo que respecta a las presunciones constitucionales que recaen sobre la libertad de expresión, a continuación, se subrayan las que resultan relevantes para el caso concreto:

“4.1.3. Presunción a favor de la libertad de expresión. La multiplicidad de razones que justifica otorgar a la libertad de expresión en sentido genérico un lugar privilegiado dentro del ordenamiento constitucional colombiano, tiene una consecuencia práctica inmediata: existe una presunción constitucional a favor de la libertad de expresión. Los principales efectos jurídicos de esta presunción son tres:

4.1.3.1. Presunción de cobertura de una expresión por el ámbito de protección del derecho constitucional. En principio, toda expresión se presume cubierta por la libertad consagrada en el artículo 20 Superior,



EL VEINTE
JUSTICIA · LIBERTAD DE EXPRESIÓN

salvo que se demuestre en cada caso concreto y de forma convincente que, por sus características, se justifica la limitación de tal expresión, por estar dadas las condiciones constitucionales para ello -que se señalarán en capítulos subsiguientes-.

4.1.3.2. Presunción de primacía de la libertad de expresión frente a otros derechos, valores y principios constitucionales en casos de conflicto. Cuandoquiera que el ejercicio de la libertad de expresión entre en conflicto con otros derechos, valores o principios constitucionales, su posición privilegiada exige que se haya de otorgar, en principio, una primacía a la libertad de expresión; dicha primacía cesará cuando se demuestre que el otro derecho, valor o principio constitucional adquiere mayor peso en el caso concreto, a la luz de las circunstancias generales en que el conflicto se ha suscitado, y con cumplimiento de las condiciones constitucionales que admiten la limitación de esta libertad. De esta forma, en varias oportunidades la Corte ha explicado que cuando se presenta un conflicto entre la libertad de expresión y otro derecho fundamental, se ha de proceder a un ejercicio de ponderación sobre la base de la primacía de la libertad de expresión en cualquiera de sus manifestaciones.

Por supuesto, si después de la ponderación resulta claro que los derechos de menores de edad están siendo afectados, y la armonización con la libertad de expresión es imposible, se dará aplicación al artículo 44 de la Carta. Como se verá, no es lo que sucede en el presente caso.

4.1.3.3. Sospecha de inconstitucionalidad de las limitaciones sobre la libertad de expresión y aplicación de un control de constitucionalidad estricto. Cualquier limitación estatal sobre la libertad de expresión, a través de los actos de cualquier autoridad pública -en ejercicio de funciones legislativas, administrativas, judiciales, policivas, militares o de otra índole-, se ha de entender como una intervención constitucionalmente sospechosa. En la misma medida en que existe una presunción de protección constitucional de toda expresión, existe una sospecha de inconstitucionalidad de las regulaciones estatales del ejercicio de esta libertad. En consecuencia, toda limitación de la libertad de expresión **está sujeta a un control constitucional estricto**, en el curso del cual se ha de determinar si están dadas las exigentes condiciones jurídicas que permiten dicha limitación en casos concretos, las cuales imponen a la autoridad que pretende establecer tal limitación una carga de justificación especialmente elevada. El nivel de exigencia del control constitucional, que de entrada es estricto, se puede ver reforzado por el tipo de expresión del cual se trate, por el medio que se utilice para transmitir dicha expresión a otros, o por el carácter de la regulación.



EL VEINTE
JUSTICIA · LIBERTAD DE EXPRESIÓN

4.1.3.4. La prohibición de la censura en tanto presunción imbatible. Si bien las anteriores presunciones pueden ser desvirtuadas, si se cumple la elevada carga de justificación mencionada, la propia Carta enuncia en forma contundente **una presunción que no admite ser desvirtuada: la censura previa está prohibida de tal forma que cualquier regulación estatal o decisión de un funcionario del Estado que constituya censura implica, ipso jure, una violación del derecho a la libertad de expresión.**

El contenido y fundamento jurídico de cada uno de estos elementos se estudian en el Acápito IV-3 de la presente providencia (p. 149), el cual aparece adjunto para facilitar la lectura de la misma y organizar con mayor claridad las premisas de la decisión³⁸. (Subrayo)

Como se evidencia de los apartes subrayados corresponde analizar a la luz del caso concreto (i) la presunción de primacía de la libertad de expresión respecto a otros derechos; (ii) la sospecha de inconstitucionalidad que recae sobre las disposiciones que limitan la libertad de expresión; (iii) la imbatibilidad de la prohibición de censura; y un cuarto elemento desarrollado también por la jurisprudencia (iv) la protección especial y reforzada a la información y a las expresiones de interés público.

1) La presunción de primacía de la libertad de expresión respecto a otros derechos

Según lo ha establecido la Corte Constitucional en su jurisprudencia, existe una presunción de primacía de la libertad de expresión respecto a otros derechos, según la cual “Cuando quiera que el ejercicio de la libertad de expresión entre en conflicto con otros derechos, valores o principios constitucionales, su posición privilegiada exige que se haya de otorgar, en principio, una primacía a la libertad de expresión; dicha primacía cesará cuando se demuestre que el otro derecho, valor o principio constitucional adquiere mayor peso en el caso concreto, a la luz de las circunstancias generales en que el conflicto se ha suscitado, y con cumplimiento de las condiciones constitucionales que admiten la limitación de esta libertad³⁹.”

En consecuencia, -por disposición constitucional- siempre que la libertad de expresión entre en conflicto con otros derechos o valores, se le preferirá a esta sobre los demás; a excepción de los casos en que se demuestre que el otro derecho adquiere mayor peso en el caso concreto. A partir de esta presunción, resulta evidente que si alguien tiene la carga de probar la preponderancia de su derecho sobre el de la libertad de expresión, es quien se considere afectado por el ejercicio de este último. Ciertamente, a este le debería corresponder la carga de rebatir la presunción de primacía constitucional de la libertad de expresión.

³⁸ Corte Constitucional, Sentencia T-391 de 2007. (M.P: Manuel José Cepeda Espinosa)

³⁹ Corte Constitucional, Sentencia T-546 de 2016. (M.P: Jorge Iván Palacio Palacio)



EL VEINTE
JUSTICIA · LIBERTAD DE EXPRESIÓN

No obstante, el artículo 55 de la Ley 29 de 1944 dispone todo lo contrario y, por tanto, no tiene cabida en nuestro ordenamiento jurídico constitucional, pues en vez de reforzar la presunción de primacía de la libertad de expresión sobre otros derechos, la desestima.

En efecto, la norma demandada genera un resultado totalmente adverso al establecer una carga más alta sobre el titular del derecho a la libertad de expresión, que sobre el titular del derecho que colisiona con este. Al respecto, vale la pena resaltar que si bien la norma demandada prefiere otros derechos sobre el de la libertad de expresión, nunca justifica las razones por las cuales se otorga mayor importancia a los otros derechos.

Por el contrario, es evidente que la norma careció absolutamente de un análisis que permitiera determinar que se trataba de una disposición que protegía el orden público, o que siquiera contaba con una motivación legítima que justificara la imposición de una limitación de esta naturaleza al derecho a la libertad de expresión. Esta ausencia de motivación y de un estudio certero respecto a la limitación impuesta, permite la existencia de un estándar probatorio que afecta la libertad de expresión, pero que no se encuentra dotado de contenido alguno.

En efecto, se trata de una disposición ambigua -frente a la cual no ha habido un desarrollo claro- que pone en riesgo la libertad de información y que, aún así, no tiene sustento para justificar la imposición de una carga tan alta respecto a los emisores de información. Por las razones expuestas y, en especial, por la omisión de justificación de la priorización de otros derechos respecto a la libertad de expresión que realiza la norma, la misma es incompatible con la jurisprudencia constitucional y, por tanto, debe ser retirada del ordenamiento jurídico.

Ciertamente, una disposición compatible con las presunciones constitucionales de la libertad de expresión propugnaría por no poner este derecho en una situación de desventaja respecto a los demás y, sobretudo, por exigir una demostración real de que el derecho que colisiona con este tiene, para el caso concreto, mayor relevancia constitucional. No obstante, la posibilidad de realizar este tipo de análisis constitucionales a partir de una norma como la demandada es nula, pues esta parte de la base -de manera injustificada- de que el titular del derecho a la libertad de expresión es quien debe demostrar que no incurrió en culpa.

Por las razones expuestas y, en especial, por las falencias argumentativas que se evidencian de contrastar la norma demandada a la luz de los criterios constitucionales establecidos en la jurisprudencia de la Corte, no cabe duda que el artículo 55 de la Ley 29 de 1944 debe ser retirado del ordenamiento jurídico.

2) Sobre las disposiciones que limitan la libertad de expresión recae una sospecha de inconstitucionalidad

Otra de las consecuencias que ha sido establecida jurisprudencialmente, derivada de la presunción existente en favor de la libertad de expresión, es que cualquier disposición



EL VEINTE
JUSTICIA · LIBERTAD DE EXPRESIÓN

que imponga limitaciones a este derecho se encuentra *per se* cobijada por una sospecha de inconstitucionalidad, por lo que debe ser estudiada de manera más estricta. En este sentido, en el presente caso basta con acreditar que el artículo 55 de la Ley 29 de 1944 impone una restricción a la libertad de expresión, para que el estudio de esta demanda se realice a la luz de los más estrictos estándares de constitucionalidad.

Así las cosas, se debe poner de presente que la restricción que la norma demandada impone a la libertad de expresión no es menor, pues la sitúa en una situación de desventaja ante un posible escenario judicial. En efecto, dispone que siempre que este derecho colisione con otros, se exigirá al titular del derecho a la libertad de expresión probar que no incurrió en culpa. Esta carga procesal conlleva a unas consecuencias nefastas para el ejercicio de este derecho y a unas limitaciones de carácter inmensurables, pues produce la autocensura o el denominado “*chilling effect*” que se explicó en el cargo anterior.

Teniendo en consideración lo expuesto y, en especial, que es indudable que el artículo 55 de la Ley 29 de 1944 establece una serie de limitaciones para el ejercicio del derecho a la libertad de expresión se solicita, de manera respetuosa a la Corte, estudie la inconstitucionalidad de esta norma haciendo uso de sus criterios más estrictos.

3) La prohibición de censura es imbatible

Otra de las consecuencias de la presunción constitucional en favor de la libertad de expresión, que ha sido desarrollada por la Corte Constitucional y que merece ser traída a colación, es que la prohibición de censura es imbatible. En efecto, mientras que hay otros preceptos constitucionales que permiten prueba en contrario, o algunas excepciones, la prohibición de censura previa es absoluta. En consecuencia, no existe ningún argumento legal o constitucional que la justifique, por lo que cualquier disposición que “*constituya censura implica, ipso jure, una violación del derecho a la libertad de expresión*”⁴⁰.

En este sentido, y después de haber demostrado que la Corte Constitucional ha clasificado dentro de los actos de censura previa “*controles judiciales o administrativos posteriores tan severos que inducen, mediante su efecto disuasivo, a la autocensura por parte de los mismos medios de comunicación*”⁴¹, no cabe duda que el artículo 55 de la Ley 29 de 1944 debe ser retirado del ordenamiento jurídico colombiano. En efecto, se trata de una norma que no solo es contraria a la prohibición absoluta de censura, sino que además afecta la presunción de primacía del derecho a la libertad de expresión sobre otros derechos.

Siendo así, y bajo el supuesto de que la norma demandada tiene la virtualidad de detraer a las personas de publicar determinada información u opinión por el temor a las consecuencias judiciales de sus actos y, en especial, por el desbalance procesal con el

⁴⁰ Corte Constitucional, Sentencia T-391 de 2007. (M.P: Manuel José Cepeda Espinosa)

⁴¹ Corte Constitucional, Sentencia T-391 de 2007. (M.P: Manuel José Cepeda Espinosa)



EL VEINTE
JUSTICIA · LIBERTAD DE EXPRESIÓN

que se les juzga, es evidente que el artículo 55 de la Ley 29 de 1994 es inconstitucional. Ciertamente, como se mencionó párrafos atrás, no existe en el ordenamiento jurídico constitucional ninguna excepción que permita la permanencia de una norma que incurra en actos de censura.

4) La protección especial y reforzada a la información y a las expresiones de interés público.

Derivada de la presunción constitucional en favor de la libertad de expresión, se ha desarrollado una protección especial y reforzada a la información y a las expresiones que tienen el carácter de interés público. En efecto, si bien se ha reconocido que todos los discursos y expresiones merecen protección constitucional bajo el derecho a la libertad de expresión, *“hay cierto tipo de discursos que reciben una protección más reforzada que otros, como lo son el discurso político, el debate sobre asuntos de interés público y la opinión sobre funcionarios y personajes públicos. Los discursos políticos o sobre temas de interés público hacen referencia no sólo a aquellos de contenido electoral sino a todas las expresiones relevantes para el desarrollo de la opinión pública sobre los asuntos que contribuyan a la vida de la Nación, incluyendo las críticas hacia el Estado y los funcionarios públicos”*⁴².

En este sentido, se ha otorgado una protección reforzada a las expresiones que enriquecen el debate público, pues se entiende que las mismas materializan no solo el derecho a la libertad de expresión, sino también el derecho a la información. Ciertamente, este tipo de expresiones son indispensables para los sistemas democráticos que tienen que ser tolerantes con las críticas al estado y a los funcionarios públicos.

A partir de estos supuestos, la Corte Constitucional ha determinado que:

*“toda restricción a los discursos que versen sobre asuntos de interés público o involucren críticas al Estado o sus funcionarios es vista con sospecha, debido a que: “(i) a través de ellos no sólo se manifiesta el estrecho vínculo entre democracia y libertad de expresión, sino que se realizan todas las demás finalidades por las cuáles se confiere a ésta una posición preferente en los estados constitucionales; (ii) este tipo de discursos suelen ser los más amenazados, incluso en las democracias más vigorosas, por cuanto quienes detentan mayor poder social, político o económico pueden llegar a ser afectados por tales formas de expresión y, en consecuencia, verse tentados a movilizar su poder para censurar dichas manifestaciones y reprimir a sus autores”*⁴³.

Así las cosas, otra de las falencias evidentes en el artículo 55 de la Ley 29 de 1944, es que no distingue entre las expresiones de interés público y las que no lo son. Por el contrario, da a todas ellas el mismo tratamiento jurídico, obligando a sus emisores a probar que no

⁴² Corte Constitucional, Sentencia T-155 de 2019. (M.P: Diana Fajardo Rivera)

⁴³ Corte Constitucional, Sentencia T-155 de 2019. (M.P: Diana Fajardo Rivera)



EL VEINTE
JUSTICIA · LIBERTAD DE EXPRESIÓN

incurrieron en culpa al publicarlas para evitar una posible declaratoria de responsabilidad civil extracontractual.

Este trato no diferenciado entre las expresiones de interés público y las que no lo son, perjudica de manera evidente la garantía de la libertad de expresión, así como la democracia, pues no respeta la protección reforzada que se ha concedido constitucionalmente a estas informaciones. Al respecto, la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha señalado:

“el control democrático, por parte de la sociedad a través de la opinión pública, fomenta la transparencia de las actividades estatales y promueve la responsabilidad de los funcionarios sobre su gestión pública, razón por la cual debe existir un margen reducido a cualquier restricción del debate político o del debate sobre cuestiones de interés público”⁴⁴

En razón a estas consideraciones, la permanencia del artículo 55 de la Ley 29 de 1944 en el ordenamiento jurídico colombiano amenaza la efectividad material del derecho fundamental a la libertad de expresión y, en especial, el libre flujo de ideas y expresiones de interés público esenciales en un sistema democrático como el nuestro.

Habiendo estudiado la relevancia de las presunciones en favor de la libertad de expresión a la luz del caso concreto, resulta ahora relevante traer a colación las cargas que estas presunciones imponen a las autoridades del Estado. Según el criterio de la Corte Constitucional:

“Como correlato de las anteriores presunciones, las autoridades que pretendan establecer una limitación a la libertad de expresión deben cumplir con tres cargas especiales, cuya verificación compete al juez constitucional:

4.1.4.1. Carga definitoria: Es la carga de decir en qué consiste la finalidad que se persigue mediante la limitación de la libertad de expresión; cuál es su fundamento legal preciso, claro y taxativo; y cuál es de manera específica la incidencia que tiene el ejercicio de la libertad de expresión sobre el bien que se pretende proteger mediante la limitación. Esta carga definitoria debe cumplirse en el acto mismo en el cual se adopta la limitación, como parte constitutiva de su fundamentación jurídica. Así, por ejemplo, no cumple esta carga la autoridad que, para justificar el establecimiento de una limitación sobre la libertad de expresión, invoca la moralidad pública en abstracto. La importancia de esta carga de definir las bases que se invocan para justificar cierta limitación de la libertad de expresión, reside en que cumple una función antiintuitiva, es decir, busca evitar que el subjetivismo de la autoridad, en lugar de parámetros objetivos, sea la base

⁴⁴ Corte I.D.H., Caso Herrera Ulloa Vs. Costa Rica. Sentencia de 2 de julio de 2004. Serie C No. 107, párr. 127.



EL VEINTE
JUSTICIA · LIBERTAD DE EXPRESIÓN

explícita o implícita del establecimiento de limitaciones sobre esta importante libertad constitucional.

4.1.4.2. Carga argumentativa: Con base en el cumplimiento de la carga definitoria, compete a las autoridades que pretenden establecer limitaciones a la libertad de expresión plasmar, en el acto jurídico de limitación, los argumentos necesarios para demostrar fehacientemente que se han derrotado las distintas presunciones constitucionales que amparan la libertad de expresión, y que se ha cumplido con cada uno de los requisitos que deben reunir las limitaciones a dicha libertad, según se explican más adelante.

4.1.4.3. Carga probatoria: Finalmente, las autoridades que limitan la libertad de expresión deben asegurarse de que los elementos fácticos, técnicos o científicos que sustentan su decisión de limitar la libertad de expresión cuenten con una base sólida en evidencias que den suficiente certeza sobre su veracidad. Por ejemplo, cuando se invoca como justificación para limitar la expresión la posible generación de impactos psicológicos o sociales nocivos, éstos impactos han de estar sólidamente demostrados con evidencias científicas y técnicas que comprueben su objetividad y provean, así, un sustento a las decisiones que se adoptarán.

Una vez cumplidas estas cargas, el juez podrá determinar si las presunciones enunciadas han sido desvirtuadas, y por lo tanto concluir que las limitaciones razonables y proporcionadas a la libertad de expresión se ajustan a la Constitución”⁴⁵.

Como se evidencia del aparte transcrito, la permanencia en el ordenamiento jurídico de una norma como la acusada exigiría que, por lo menos, se acreditara: (i) la existencia de un fundamento legal que justifique la limitación a la libertad de expresión; (ii) el cumplimiento de una carga argumentativa suficiente que permita desestimar las presunciones existentes en favor de la libertad de expresión; y (iii) la comprobación de que existen factores fácticos, técnicos y científicos que justifican la limitación al derecho en cuestión.

Ahora bien, en el caso concreto, es evidente que no se cumple con ninguna de estas cargas constitucionales, pues al momento de expedición de la Ley 29 de 1944 ni siquiera se encontraba vigente la Constitución de 1991. En efecto, no cabe duda que se está frente a una norma totalmente anacrónica y desprovista de fundamento, en la cual se sacrifican garantías concedidas en favor de la libertad de expresión sin que medie justificación alguna.

La norma demandada surge en un contexto constitucional e histórico en el que no existía

⁴⁵ Corte Constitucional, Sentencia T-391 de 2007. (M.P: Manuel José Cepeda Espinosa)



EL VEINTE

JUSTICIA · LIBERTAD DE EXPRESIÓN

un nivel de protección de la libertad de expresión como el que brinda la Constitución de 1991. En efecto, según lo relatan algunos académicos, la Ley 29 de 1944 surge en el marco de la inestabilidad política y de las iniciativas gubernamentales encaminadas al control de la prensa:

“Durante el segundo gobierno de Alfonso López Pumarejo se expidió la Ley 29 de 1944 o *Ley de Prensa*, de la cual algunos artículos están vigentes y otros han caído en desuso, por lo obsoletos, sin haber sido derogados.

En este Gobierno se vivió una intentona de golpe de Estado, mientras el presidente López Pumarejo se encontraba de visita en la ciudad de San Juan de Pasto. Lo que motivó la declaración de turbación del orden público y a raíz de esta emergencia se conoció el decreto 1900 del 8 de agosto de 1944 “*Por el cual se dictan algunas disposiciones sobre prensa*”, redactado por el entonces Ministro de Gobierno Alberto Lleras Camargo, que lo que buscaba era mantener un control sobre la prensa. Este fue la base de la *Ley 29*.

La Ley regula los medios de comunicación social impresos tales como los periódicos, revistas o boletines que se publican por lo menos trimestralmente y que tienen una circulación pagada, es decir, que para adquirir algún ejemplar las personas deben pagar por ellos, contrario con lo que sucede con las publicaciones universitarias o de organizaciones cívicas que las distribuyen gratuitamente.

Al ser declarada inexecutable la Ley 51 de 1975, la *Ley López* como también se le conoce a la Ley 29 de 1944, es la que rige la labor periodística, a pesar de que muchos de **sus artículos son una recopilación de decretos de estados de sitios y leyes que datan de finales de 1890, que buscaban tener a la prensa bajo control del Gobierno**⁴⁶. (Subrayo)

Complementariamente, se destaca que esta norma surge previamente a la adopción de instrumentos internacionales que han orientado la protección de la libertad de expresión en la segunda mitad del siglo XX, como son la Declaración Universal de Derechos Humanos(1948), el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (1966) y la Convención Americana de Derechos Humanos (1969), entre otros. Esta norma se da bajo el marco que presentaba la Constitución de 1886 en su artículo 42, que permitía controles que serían inconcebibles bajo la jurisprudencia actual y que, además, se limitaban a la protección de la libertad de prensa, es decir, a la expresión a través de medios

⁴⁶ Lorcy Piedad de la Hoz Vélez, *El periodismo en Colombia... Todo un desafío*, Corporación Universitaria Autónoma de Occidente, División de Comunicación Social y Periodismo, Cali, 2000. Disponible en: <http://red.uao.edu.co:8080/bitstream/10614/5428/1/TCS01813.pdf>



EL VEINTE

JUSTICIA · LIBERTAD DE EXPRESIÓN

profesionales. Esto último lo ha destacado la Corte Constitucional en sus primeras decisiones sobre el tema en 1992, en las que indicó que

“La Constitución Política de 1991 amplió considerablemente la concepción jurídica de esta garantía y avanzó hacia su consagración como derecho humano que cubre ya no solamente la posibilidad de fundar medios periodísticos y, en general, medios de comunicación, y de acceder a ellos para canalizar hacia la colectividad la expresión de ideas y conceptos, sino que cobija las actividades de investigación, y obtención de informaciones, así como el derecho de recibirlas, a la vez que el de difundirlas, criticarlas, complementarlas y sistematizarlas”⁴⁷.

Tal concepción no implica una absoluta inmunidad de las personas en el ejercicio de la libertad de expresión. Tanto los tratados internacionales como la jurisprudencia constitucional establecen la posibilidad de establecer sanciones ulteriores por el abuso de la libertad de expresión bajo el precepto de que, como lo explicaba la citada jurisprudencia de 1992, puede haber responsabilidad civil “debidamente probada la infracción del ordenamiento jurídico (...) por los perjuicios debidos a los excesos que se cometan pretextando el ejercicio de la libertad de información”⁴⁸.

A partir de esto, en el marco de la evaluación del derecho a la rectificación por la emisión de informaciones falsas o erróneas, la Corte Constitucional ha dicho que existe una presunción de buena fe del emisor (periodista):

“La libertad de información, como se dijo antes, no es absoluta, porque ella apareja responsabilidades y deberes sociales; la información y la noticia deben ser veraces e imparciales, es decir, guardar conformidad con los hechos o acontecimientos relatados; en tal virtud, cuando ello no suceda el afectado podrá solicitar la rectificación de la información inexacta o falsa. No obstante, al presunto afectado con la información es a quien le corresponde aportar las pruebas de que las publicaciones realizadas no son veraces, no son exactas y por lo tanto, no corresponden a la realidad o distorsionan los hechos.

No es al medio informativo responsable de la información a quien le corresponde probar que está diciendo la verdad, pues de conformidad con el artículo 20 de la Constitución Política **se parte de la base de que ésta es imparcial y de buena fe**”.⁴⁹ (Subrayo)

En desarrollo de esta presunción, la Corte Constitucional ha establecido posteriormente que:

⁴⁷ Corte Constitucional, Sentencia T 512 de 1992. (M.P: José Gregorio Hernández Galindo)

⁴⁸ Corte Constitucional, Sentencia T 512 de 1992. (M.P: José Gregorio Hernández Galindo)

⁴⁹ Corte Constitucional, Sentencia SU 056 de 1995. (M.P: Antonio Barrera Carbonell)



EL VEINTE

JUSTICIA · LIBERTAD DE EXPRESIÓN

“Con todo, la buena fe del periodista no excluye la posibilidad de que pueda caer en error, a pesar de que haya cumplido con la obligación de verificar su información, pues la misma naturaleza dinámica de su labor le impide, en algunos casos, ser tan exhaustivo. Por lo tanto, esta presunción de buena fe no excluye la posibilidad de error y tampoco, lógicamente, ostenta el carácter de una presunción de derecho que no admita prueba en contrario”⁵⁰.

Complementariamente, la Corte Constitucional ha establecido que las tensiones entre la libertad de expresión y la honra y buen nombre debe determinarse la existencia de una intención dañina. En efecto, la Corte ha dicho que:

“en la divulgación de ciertas opiniones o pensamientos pueden identificarse expresiones desproporcionadas en relación con los hechos que se quieren comunicar o cierto grado de insulto que denotan la intención injustificada de dañar, perseguir u ofender a la persona, lo que deriva en una vulneración de los derechos al buen nombre, honra e intimidad, entre otros relacionados.

Por tanto, conforme a la jurisprudencia, la intención dañina, desproporcionada o insultante no va a depender de la valoración subjetiva que de la manifestación realice el afectado, sino de un análisis objetivo y neutral que de la misma se haga y que arroje como resultado la vulneración del núcleo esencial de los derechos al buen nombre y a la honra”⁵¹.

Ahora bien, no obra en la norma acusada de inconstitucional ningún soporte que justifique una inversión en la carga de la prueba, que ponga en situación de desventaja a los titulares del derecho a la libertad de expresión respecto a los titulares de los derechos amenazados por este. Por el contrario, como se ha estudiado en otros apartes de esta misma demanda, lo cierto es que el escenario en que se dio la promulgación de la norma, dista mucho del actual, por cuanto en aquel entonces no existían los mismos actores en el ecosistema de medios.

Esta situación, conlleva a que sea necesario una derogación de la norma, pues solo así se puede garantizar la protección de nuevos actores que ocupan un rol en la prensa y que no cuentan con una protección institucional. En efecto, no tiene las mismas consecuencias una norma que exige a los emisores de información probar que no incurrieron en culpa al ejercer su derecho a la libertad de expresión, en tiempos en que la participación en los medios era limitada y supeditada a la participación en grandes empresas de comunicación, que en épocas como la nuestra en que cualquier persona puede ejercer la profesión de manera independiente o puede difundir informaciones y opiniones con alcance global en el uso cotidiano de redes sociales y demás herramientas de Internet.

⁵⁰ Corte Constitucional, Sentencia T 1000 de 2000. (M.P: Vladimiro Naranjo Mesa)

⁵¹ Corte Constitucional Sentencia SU 420 de 2019. (M.P: José Fernando Reyes Cuartas)



EL VEINTE
JUSTICIA · LIBERTAD DE EXPRESIÓN

Estos cambios estructurales como la aparición de nuevos medios a través de los cuales se divulga la información y opinión y que han modificado el ADN de la prensa en Colombia, requieren también de regulaciones vigentes y que aseguren los principios constitucionales. Ciertamente, no se puede mantener en el ordenamiento jurídico una norma como la demandada que desconoce las prerrogativas jurisprudenciales que se han concedido en favor de la libertad de expresión y que deben ser garantizadas. Por las razones expuestas, este cargo está llamado a prosperar y el artículo 55 de la Ley 29 de 1944 debe ser derogada por inconstitucional.

TERCER CARGO: Incompatibilidad entre la inversión de la carga de la prueba establecida en el artículo 55 de la Ley 29 de 1944 y la estructura del funcionamiento de Internet que, por consiguiente, atenta contra la libertad de expresión

Al establecer su ámbito de aplicación sobre *“cualquier medio eficaz para divulgar el pensamiento”*, la norma demandada es extensible a la difusión de información y opiniones por medio de Internet. No obstante, la forma y la época en que esta norma está redactada no distingue los diferentes actores que intervienen en el flujo de información y opiniones en Internet, como son los intermediarios. Sobre estos últimos, existe una amplia jurisprudencia y pronunciamientos internacionales que brindan inmunidad a tales intermediarios por las expresiones hechas por terceros, toda vez que son necesarios para el correcto funcionamiento de Internet. Al no haber distinción de la norma sobre este tipo de actores, desencadena en la existencia de responsabilidades civiles sobre estas personas en las que hay una inversión de la carga de la prueba respecto a la culpa y, por consiguiente, en una vulneración a la libertad de expresión.

La jurisprudencia constitucional no es ajena a las discusiones alrededor de los intermediarios de Internet. Estos actores, como lo ha explicado la Corte Constitucional, *“de una u otra forma determinan y posibilitan las interacciones en línea”* y, *aunque existe una amplitud de clasificaciones, “en términos generales se dividen entre aquellos que suministran la conexión o un servicio técnico relacionado, y aquellos que alojan contenidos o prestan un servicio”*⁵².

La CIDH ha profundizado esta categorización explicando que *“son intermediarios desde los proveedores de servicios de Internet a los motores de búsqueda, y desde los servicios de blogs a las plataformas de comunidades en línea, las plataformas de comercio electrónico, servidores web, redes sociales, entre otros”*⁵³.

Estos actores no intervienen en la creación o difusión de contenidos, sino que simplemente cumplen un rol de facilitadores. De esta forma, al analizar el caso particular del servicio de búsqueda de Google, la Corte ha dicho que *“no es quien redacta o publica tal información, sino que es un simple motor de búsqueda al cual no se le puede endilgar la responsabilidad sobre la veracidad o imparcialidad de un respectivo artículo, noticia*

⁵² Corte Constitucional Sentencia SU 420 de 2019. (M.P: José Fernando Reyes Cuartas)

⁵³ CIDH, Estándares para una Internet Libre, Abierta e Incluyente, OEA/Ser.L/V/II CIDH/RELE/INF.17/17 15 de marzo 2017. par 102.



EL VEINTE
JUSTICIA · LIBERTAD DE EXPRESIÓN

o columna que aparezca en sus resultados”⁵⁴.

A pesar de no intervenir en la creación y publicación del contenido, los intermediarios juegan un rol esencial en el ejercicio de la libertad de expresión en Internet. En términos de la CIDH:

“La circulación de informaciones e ideas en Internet no sería posible sin estos actores, que de ese modo cumplen un rol esencial para el ejercicio del derecho de buscar y recibir información en línea, potenciando la dimensión social de la libertad de expresión en los términos de la Corte Interamericana. Al mismo tiempo, como se explica adelante, por la posición que ocupan y el rol que cumplen, los intermediarios se han erigido como puntos a través de los cuales es técnicamente posible ejercer el control de los contenidos en Internet”⁵⁵.

La importancia del rol que tienen los intermediarios en el funcionamiento de Internet ha implicado la adopción de normas que brindan protección jurídica a estos actores por el contenido de terceros. La norma más relevante en este aspecto ha sido el artículo 230 de la Ley de Decencia en las Comunicaciones, que establece que *“Ningún proveedor o usuario de un servicio informático interactivo será tratada como el editor o altavoz de ninguna información proporcionada por otro proveedor de contenido de información”*⁵⁶. Esta norma ha sido considerada como la más importante de la historia de Internet, pues permite que los diferentes servicios de intermediación en línea puedan funcionar sin necesidad de monitorear y controlar el contenido de sus usuarios para evitar responsabilidades ulteriores.⁵⁷

Este tratamiento de inmunidad para los intermediarios de Internet ha sido recogido por diferentes voces autorizadas en la protección de la libertad de expresión, como las relatorias de la ONU y la CIDH⁵⁸. Dentro de los pronunciamientos con mayor impacto se encuentra la Declaración Conjunta sobre Libertad de Expresión e Internet, acogida en varios momentos por la Corte Constitucional, que establece que:

“Ninguna persona que ofrezca únicamente servicios técnicos de Internet como acceso, búsquedas o conservación de información en la memoria

⁵⁴ Corte Constitucional, Sentencia T 277 de 2015. (María Victoria Calle Correa)

⁵⁵ CIDH, Libertad de expresión e Internet, OEA/Ser.L/V/II. CIDH/RELE/INF. 11/13, 31 diciembre 2013, par 92.

⁵⁶ 47 USC § 230

⁵⁷ Harvard Law Review, Section 230 as First Amendment Rule, 10 de mayo de 2018. Disponible en: <https://harvardlawreview.org/2018/05/section-230-as-first-amendment-rule/>.

⁵⁸ Ver, entre otros, CIDH, Libertad de expresión e Internet, OEA/Ser.L/V/II. CIDH/RELE/INF. 11/13, 31 diciembre 2013; CIDH, Estándares para una Internet Libre, Abierta e Incluyente, OEA/Ser.L/V/II CIDH/RELE/INF.17/17 15 de marzo 2017; Naciones Unidas, Asamblea General, Informe del Relator Especial sobre la promoción y protección del derecho a la libertad de opinión y de expresión, Frank La Rue, A/HRC/17/27, 16 de mayo de 2011; Naciones Unidas, Asamblea General, Informe del Relator Especial sobre la promoción y protección del derecho a la libertad de opinión y de expresión, A/HRC/32/38, 11 de mayo de 2016.



EL VEINTE
JUSTICIA · LIBERTAD DE EXPRESIÓN

caché deberá ser responsable por contenidos generados por terceros y que se difundan a través de estos servicios, siempre que no intervenga específicamente en dichos contenidos ni se niegue a cumplir una orden judicial que exija su eliminación cuando esté en condiciones de hacerlo ("principio de mera transmisión")⁵⁹.

La Corte Constitucional ha adoptado una visión similar. En la sentencia T 277 de 2015, estableció que:

“se propende por dotar a los intermediarios de Internet de cierta inmunidad, de tal forma que no se les haga responsables por los contenidos y actividades que los usuarios del sistema desarrollan. Lo anterior se explica porque atribuir responsabilidad a quienes prestan estos servicios, por lo general actores privados, podría afectar la neutralidad de Internet y sus principios de no discriminación y acceso en condiciones de igualdad, al convertir a los intermediarios en censores que controlarían el contenido y tipo de información que comparten los usuarios”⁶⁰.

Posteriormente, este principio sería consolidado por la Corte en la sentencia SU 420 de 2019 de la siguiente forma:

“121. De cara a este contexto, la Corte Constitucional ha referido que los intermediarios de Internet no son responsables por el contenido que publican sus usuarios, ya que establecer esta responsabilidad llevaría a limitar la difusión de ideas y les daría el poder para regular el flujo de información en la red, en consecuencia, la responsabilidad es de quien directamente usa las expresiones ofensivas o calumniadoras.

122. Igualmente se ha determinado que restringir contenidos catalogados prima facie como violatorios del buen nombre y la honra, conduciría a sacrificar injustificadamente la libertad de expresar ideas y pensamientos, pues se estaría avalando la restricción del tráfico de contenidos, sin considerar la veracidad que pudiera caracterizar los hechos objeto de divulgación y desatiende el papel que la información cumple el grupo social en algunos ámbitos.

123. A pesar de que estas plataformas no son las llamadas a responder

⁵⁹ El Relator Especial de las Naciones Unidas (ONU) para la Libertad de Opinión y de Expresión, la Representante para la Libertad de los Medios de Comunicación de la Organización para la Seguridad y la Cooperación en Europa (OSCE), la Relatora Especial de la Organización de Estados Americanos (OEA) para la Libertad de Expresión y la Relatora Especial sobre Libertad de Expresión y Acceso a la Información de la Comisión Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos (CADHP), Declaración Conjunta sobre Libertad de Expresión e Internet, 2011. Disponible en: <https://www.oas.org/es/cidh/expresion/showarticle.asp?artID=849>

⁶⁰ Corte Constitucional, Sentencia T-277 de 2015. (M.P: María Victoria Calle Correa)



EL VEINTE

JUSTICIA · LIBERTAD DE EXPRESIÓN

por el contenido que publican sus usuarios, en caso de que una autoridad judicial encuentre que un contenido atenta contra los derechos fundamentales de una persona, puede ordenar su remoción directamente a los intermediarios de Internet, en orden a generar una garantía efectiva de las prerrogativas de la persona afectada, porque el infractor no quiere o no puede cumplir con lo ordenado por un juez”⁶¹.

Aun así, la amplitud en la redacción del artículo 55 de la Ley 29 de 1944 permite que permanezca en el ordenamiento jurídico colombiano una disposición normativa -a todas luces contraria a todo el entramado jurídico vigente y que acaba de ser expuesto- a partir de la cual se predica la responsabilidad civil de los intermediarios y, peor aún, la inversión en la carga de la prueba respecto a su culpa. En efecto, el artículo citado dispone:

“Independientemente de la responsabilidad penal a que se refieren los artículos anteriores, **todo el que por cualquier medio eficaz para divulgar el pensamiento**, por medio de la imprenta, de la radiodifusión o del cinematógrafo, cause daño a otro estará obligado a indemnizarlo, salvo que demuestre que no incurrió en culpa”.

En virtud de la literalidad de este artículo y, en especial, de la expresión “*todo el que por cualquier medio eficaz para divulgar el pensamiento*”, permanece en el ordenamiento jurídico colombiano un supuesto normativo incompatible con la jurisprudencia y con la Constitución, según la cual los intermediarios de internet podrían tener responsabilidad civil sobre el contenido sus usuarios u otros terceros publican, pues sus plataformas son medios eficaces para divulgar el pensamiento.

En efecto, el contenido del artículo demandado y la expresión destacada en negrillas no distinguen entre la responsabilidad de los emisores de información u opiniones y los intermediarios, sino que, por el contrario, los incluye a todos en una misma categoría. Ciertamente, el consagrar “*todo el que por cualquier medio eficaz para divulgar el pensamiento*” impide la realización de diferenciación alguna respecto a los intermediarios de internet y los emisores de información y deriva en la responsabilidad de los primeros de ellos, por tratarse de los administradores de un medio eficaz para divulgar el pensamiento.

Tan cierto es lo anterior, y tan posible es esta interpretación por parte de los funcionarios judiciales, que la Corte Suprema de Justicia, que en reciente sentencia al estudiar un caso de intermediarios de internet determinó:

“Es incuestionable, los blogs además de facilitar el ingreso inmediato a contenidos, permiten en tiempo real interactuar opiniones con sus usuarios, propiciando que éstos emitan comentarios falsos o difamatorios sobre ciertas personas. La problemática obliga a los administradores de esos sitios *Web* a restringir o evitar publicar tales opiniones cuando sean

⁶¹ Corte Constitucional Sentencia SU 420 de 2019. (M.P: José Fernando Reyes Cuartas)



EL VEINTE

JUSTICIA · LIBERTAD DE EXPRESIÓN

manifiestamente ofensivos, o en su defecto, a eliminarlos en caso de no tener conocimiento efectivo de los mismos; y si ya fueron difundidos, actuar con suma diligencia para retirarlos prontamente o imposibilitar su acceso. No hacerlo, edificaría una responsabilidad civil por culpa probada. (...) Elementales principios mandan que toda persona que afecte la honra o buen nombre a otra sea responsable de esa conducta. A ello no escapan los *bloggers*. Su responsabilidad se halla sujeta al régimen común estatuido en el artículo 2341 del Código Civil, como antes se advirtió, requiriéndose además, para el éxito de la pretensión resarcitoria la aducción y prueba de los siguientes elementos: (i) la publicación, divulgación o circulación del material sensible, difamatorio o inexacto; (ii) que concierna o verse sobre el demandante; y (iii) que haya destino o acceso a una tercera persona. Además, se exige, con la misma finalidad, la demostración de (iv) la responsabilidad con culpa probada, esto es, la falta de diligencia o cuidado para tomar las medidas de protección previas o posteriores a la difusión de contenidos gravosos a la honra o el honor del afectado; y (v) los perjuicios efectivamente causados. Es decir, deben probarse los elementos axiológicos de la responsabilidad”⁶²

Si bien en el aparte transcrito no se hace referencia expresa al artículo 55 de la Ley 29 de 1944, es evidente que el razonamiento realizado se ajusta a lo dispuesto por el mismo. En efecto, se hace referencia a la capacidad de los blogs de “*facilitar el ingreso inmediato a contenidos, permiten en tiempo real interactuar opiniones con sus usuarios, propiciando que éstos emitan comentarios falsos o difamatorios sobre ciertas personas*”, siendo ello equiparable a ser un medio eficaz para divulgar pensamiento.

A partir de este supuesto, la Corte Suprema de justicia erige una posición, que como se ha dicho en reiteradas ocasiones es contraria a la jurisprudencia de la CIDH y de la misma Corte Constitucional, con arreglo a la cual los intermediarios sí pueden resultar siendo responsables civilmente por las publicaciones que administran. Esta interpretación, que encuentra sustento en la literalidad del artículo 55 de la Ley 29 de 1944, además de ser sin lugar a dudas inconstitucional, constituye un grave peligro para la libertad de expresión, por cuanto pone en riesgo el importante rol que desempeñan los intermediarios de internet.

En consecuencia, no existe una alternativa distinta a la declaración de inconstitucionalidad de la norma demandada y a su retiro del ordenamiento jurídico colombiano.

CUARTO CARGO: De la amplitud e indeterminación del contenido del artículo demandado

Las incompatibilidades existentes entre la literalidad del artículo 55 de la Ley 29 de 1944 y la Constitución Política de 1991 -que fueron desarrolladas en los cargos anteriores- se

⁶² Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, Sentencia del 23 de enero de 2019. (M.P: Luis Armando Tolosa Villabona)



EL VEINTE

JUSTICIA · LIBERTAD DE EXPRESIÓN

agravan, o se vuelven aún más peligrosas si se quiere, en razón a la manera en que ha sido aplicada esta norma en la jurisprudencia de las altas cortes. En efecto, en adición a su peligroso contenido expreso, el artículo acusado ha potencializado su inconstitucionalidad a partir de la indeterminación de su alcance y de la falta de estudio profundo sobre sus postulados, que no han sido analizados a detalle por parte de la Corte Suprema de Justicia, sino que siempre han merecido un trámite superficial. Ciertamente, el común denominador, al tratar de hacer un análisis práctico respecto a la aplicación que ha tenido el artículo 55 en la jurisprudencia nacional, es que si bien los demandantes aluden a la disposición demandada como un fundamento para sustentar la existencia de una presunción de culpa en detrimento de los emisores de información, la Corte Suprema de Justicia no ha desplegado un razonamiento suficiente que corrobore o destruya tales expectativas que se han tejido en torno a la norma. Por el contrario, al analizar los cargos que se someten a su escrutinio, la Corte tiende a referirse al estándar profesional del periodismo y a basar su análisis en él, sin detenerse a determinar el alcance real que le atribuye al artículo 55 de la Ley 29 de 1944.

En este sentido, en la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, prima una indeterminación sobre el verdadero alcance del artículo demandado, que tiene el efecto de hacer más peligrosa su literalidad. En efecto, a partir de ella derivan supuestos como el de la inversión de la carga de la prueba en detrimento de los titulares del derecho a la libertad de expresión, o peor aun una presunción de culpa respecto a los mismos, que sin ser rebatidos por parte de la Corte se convierten en premisas de potencial aplicación por parte de los jueces. Ciertamente, por las ventajas procesales que pueden conllevar para los demandantes -en procesos de responsabilidad civil extracontractual ocasionados por el ejercicio de la libertad de expresión- estos suelen invocar el artículo 55 de la Ley 29 de 1944 como fundamento para solicitar la aplicación de una presunción de culpa, o de una inversión de la carga siquiera, en contra de los titulares del derecho a la libertad de expresión.

No obstante, como se anticipó en líneas anteriores, el análisis que realiza la Corte Suprema respecto a estas alegaciones tiende a ser deficiente o impreciso, en la medida en que no proporciona claridad sobre el verdadero alcance del artículo 55 de la Ley 29 de 1944. De los considerandos desarrollados por la alta Corte, no es posible identificar si la misma atribuye al artículo acusado la naturaleza de presunción de culpa de los emisores de información, o si a partir del mismo realiza una inversión en la carga de la prueba de la culpa en los procesos de responsabilidad civil extracontractual que los involucran.

Con el propósito de ilustrar la anterior situación, se presenta de manera meramente enunciativa una tabla que da cuenta sobre el estado de la materia en cuanto a la aplicación del artículo 55 de la Ley 29 de 1944 en casos de responsabilidad civil extracontractual derivados del ejercicio de la libertad de expresión. En esta, se contrastan las alegaciones de los demandantes y los considerandos desarrollados sobre ese aspecto por parte de la Corte.



Sentencia	Alegaciones de los demandantes	Análisis de la Corte Suprema de Justicia
<p>Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, Sentencia del 24 de mayo de 1999. (M.P: Pedro Lafont Pianetta)</p>	<p>“2.1- Debe, ajuicio del recurrente, la actividad publicitaria y periodística calificarse como una actividad peligrosa sujeta a la presunción de culpa que emana de la interpretación del artículo 2356 del Código Civil, por las siguientes razones: a) se trata de una actividad profesional que beneficia solo a su autor, labor en la que se le exige máximo cuidado, por lo que en ejercicio de su oficio debe responder hasta la culpa levísima; b) el periodismo tiene y crea por se graves riesgos, entre otras razones por su extensa divulgación, de manera que las noticias pueden causar graves danos morales y patrimoniales, riesgo que es la característica de toda actividad peligrosa; c) la ley 29 de 1.944 establece en su artículo lo. que la prensa en tiempo de paz es responsable, norma que debe tener un efecto especial a voces de los artículo 27 y 32 del código civil; d) que es innegable que la ley exige enorme cuidado en la actividad periodística porque cuando "cause daño a otro estará obligado a indemnizarlo, salvo que demuestre que no incurrió en culpa", tal y como lo establece la mencionada ley 29 de 1.944 y, e) que de acuerdo con el inciso 3o. del artículo 1.604 del C.C., disposición aplicable al caso " la prueba de la diligencia o cuidado incumbe al que ha debido emplearla"”. (Subrayo)</p>	<p>“2.1.- En efecto, la legislación vigente consagra dicha responsabilidad al prescribir que "todo el que por cualquier medio eficaz para divulgar el pensamiento, por medio de la imprenta, de la radiodifusión o del cinematógrafo, cause daño a otra estará obligado a' indemnizarlo, salvo que se demuestre que no incurrió en culpa" (art. 55 de la Ley 29 de 1944). Sin embargo, en primer término debe señalarse que se trata de una legislación particular, porque comprende la responsabilidad civil extracontractual por divulgación antijurídica del "pensamiento" que cause daño a otro que, dentro de una concepción amplia, incluye por supuesto la originada en información nociva. En segundo lugar, también advierte la Sala que los términos y redacción empleados en el sentido de que "todo el que por cualquier medio eficaz... cause daño a otro, estará obligado a indemnizarlo..." (art.55 ley 29 de 1944), no solo revelan que se trata de una aplicación particular de los principios que regulan la responsabilidad civil por culpa extracontractual, sino que además de servirle de fundamento, resultan útiles para la regulación general de este tipo de responsabilidad civil, la cual no se ubica entonces dentro de la responsabilidad por actividades peligrosas del artículo 2356 del Código Civil”</p> <p>“2.2- De ello se desprende entonces, que la responsabilidad civil extracontractual por los daños ocasionados en ejercicio de la actividad periodística por la divulgación informativa, sobre hechos o conductas, que conlleve para una persona determinada o determinable imputaciones falsas o inexactas</p>



EL VEINTE

JUSTICIA · LIBERTAD DE EXPRESIÓN

(delictuosas), **solamente puede estructurarse cuando, de acuerdo con las circunstancias especiales de la actividad y los hechos relevantes de la misma, pueda atribuirse a culpa profesional del agente.**

Lo anterior, implica, en primer lugar, la presencia de **intención de perjudicar o deteriorar el buen nombre o la honra de una persona determinada o determinable con la información falsa o inexacta que a sabiendas se divulga; o bien de simple culpa, entendida ésta como la falta de diligencia profesional periodística necesaria en el comportamiento y ejercicio informativo para asegurar o, por lo menos, procurar que la información que se divulga, además de ser veraz e imparcial, también respete los derechos de los demás y el orden público general**, a menos que en este último caso la conducta de la entidad periodística se explique con la razonada, oportuna y eficaz corrección o clarificación del error cometido”.

“2.3. (...)se impone entonces para los medios de comunicación social el deber profesional de extremar la diligencia y cuidado especiales que, además de obedecer al ejercicio responsable de la libertad de información, también evite preventivamente el eventual daño a tales personas. Esta diligencia se alcanza, entre otras, cuando se actúa prudentemente en el manejo de la fuente directa u oficial pertinente, como cuando a la noticia o información incriminatoria determinada, le ha precedido el esfuerzo periodístico profesional necesario y la verificación razonable indispensable para la confirmación de su veracidad y exactitud; e igualmente cuando se funda en datos que en el mismo sentido suministre o haya suministrado la autoridad competente, basada en decisiones o actuaciones judiciales no



EL VEINTE

JUSTICIA · LIBERTAD DE EXPRESIÓN

		<p>sometidas a reserva legal. En tanto que se incurre en responsabilidad civil por los daños morales y materiales ocasionados a la persona, entre otros, cuando dicha divulgación no guarda correspondencia con la referida fuente, o se produce a sabiendas de su falsedad o confiando imprudentemente en su exactitud, o bien se trata de una inexcusable interpretación distorsionada de la mencionada fuente”.</p>
<p>Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, Sentencia del 13 de diciembre de 2002. (M.P: Manuel Ardila Velásquez)</p>	<p>Bajo la égida de la primera causal de casación prevista en el artículo 368 del código de procedimiento civil, un cargo ha sido formulado contra la sentencia del tribunal, denunciándose en él la violación indirecta de los artículos 669, 2341, 2344, 2347 y 2356 del código civil, y 55 y 41 de la ley 29 de 1944, los cuales fueron inaplicados a causa del error de hecho cometido en la apreciación probatoria. Más adelante elucidada así: “De las simples opiniones responde el autor de las mismas. Pero del hecho informativo de la publicación de la etiqueta y envases de productos concretos como prototipo de licores de mala calidad responden solidariamente con aquel el propietario del nombre de la revista CREDENCIAL, que de acuerdo con la certificación del Ministerio de Gobierno está reservado al Banco de Occidente, por haber permitido la UTILIZACION del nombre de la revista que le estaba reservado únicamente a él, a las firmas PUBLICACIONES PERIODICAS LTDA Y VENTAS Y SERVICIOS S. A., pues era altamente previsible que estas últimas, por falta de vigilancia, permitieran en la revista la publicación de artículos dañosos a la reputación de las personas naturales y/o jurídicas. El daño se produjo por consiguiente por la responsabilidad que le incumbe como titular del nombre de la revista CREDENCIAL, por el riesgo dañoso social previsible al permitir el uso del nombre que le estaba reservado, a las mencionadas firmas editoras”.</p>	<p>Y en lo que hace a la responsabilidad por el ejercicio abusivo de esa actividad mediática, fue materia que, en esencia, no experimentó mutación que el caso de ahora reclame como digna de subrayarse; postulado que, por lo demás, abrevia en las ideas que inspiraron la Declaración Universal de los Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789, y que había tenido puntual acogida en el plano aun puramente legal con el desarrollo trazado en el art. 55 de la ley 29 de 1944, avenido obviamente con la Carta de 1886, previéndose que, con independencia de la punibilidad que puede tener cabida por los delitos de injuria y calumnia, “todo el que por cualquier medio eficaz para divulgar el pensamiento, por medio de la imprenta, de la radiodifusión o del cinematógrafo, cause daño a otro, estará obligado a indemnizarlo, salvo que demuestre que no incurrió en culpa”, preceptiva que, sin ningún género de duda, engrana estructuralmente con el tipo de responsabilidad de que da cuenta el artículo 2341 del código civil. Total, los medios de comunicación tienen, antes y después de la Constitución de 1991, garantizada “la libertad de expresión y la de difusión de pensamientos y opiniones”, no sujetos ‘a previa censura sino a responsabilidades ulteriores’ (art. 19, num. 3, P. I. Der. Civiles y 13, num. 2, P. de San José de Costa Rica)”, pero siempre dentro de un ejercicio responsable [G. J. CCLVIII, pág. 508].</p>



EL VEINTE

JUSTICIA · LIBERTAD DE EXPRESIÓN

<p>Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, Sentencia del 13 de diciembre de 2002. (M.P: Silvio Fernando Trejos Bueno) (Exp No. 7692)</p>	<p>“Con fundamento en la causal primera de casación, se acusa la sentencia, en un primer segmento, de <u>violar indirectamente</u>, por falta de aplicación, como consecuencia de error manifiesto de hecho en la apreciación de la demanda y de las pruebas que más adelante se singularizan, los artículos 55 de la Ley 29 de 1944; 2341 y 2344 del Código Civil; 331 y 332 del Código de Procedimiento Civil;</p> <p>De otro lado, según lo dispuesto en el 2341 del Código Civil, la responsabilidad del demandado se configura cuando además de probarse el daño causado, se demuestra por el demandante la culpa en que incurrió el demandado y la relación de causalidad entre uno y otro elemento; pero sucede que en virtud de lo establecido en el artículo 55 de la ley 29 de 1944, la culpa se presume en el responsable y, por ende, debe en este caso el demandado entrar a desvirtuar tal presunción”.</p>	<p>“En caso semejante al que ahora ocupa la atención de la Corte, se dijo lo siguiente, aplicable a la situación fáctica y probatoria que arroja este proceso, lo que amerita la reiteración de sus términos:</p> <p>“Como quiera que toda noticia o información que incrimine a una persona o colectividad determinada o determinable, puede ser fuente de daños, se impone para los medios de comunicación social el deber profesional de extremar la diligencia y cuidados especiales que, además de obedecer al ejercicio responsable de la libertad de información, también evite preventivamente el eventual daño a tales personas. Esta diligencia se alcanza, entre otras, cuando se actúa prudentemente en el manejo de la fuente directa u oficial pertinente, como cuando a la noticia o información incriminatoria determinada, le ha precedido el esfuerzo periodístico profesional necesario y la verificación razonable indispensable para la conformación de su veracidad y exactitud; e igualmente cuando se funda en datos que en el mismo sentido suministre o haya suministrado la autoridad competente, basada en decisiones o actuaciones no sometidas a reserva legal. En tanto que se incurre en responsabilidad civil por los daños morales y materiales ocasionados a la persona, entre otros, cuando dicha divulgación no guarda correspondencia con la referida fuente, o se produce a sabiendas de su falsedad o confiando imprudentemente en su exactitud, o bien se trata de una inexcusable interpretación distorsionada de la mencionada fuente” (G. J. Número 2497, página 501, sentencia No. 015 de 24 de mayo de 1999).</p> <p>2. Dicho pronunciamiento resulta perfectamente armónico con las disposiciones reguladoras de las distintas especies de prensa, incluida hoy la televisiva, entre las cuales se</p>
--	--	---



EL VEINTE

JUSTICIA · LIBERTAD DE EXPRESIÓN

		<p>destaca el artículo 55 de la ley 29 de 1944, aun vigente, según el cual, <i>“independientemente de la responsabilidad penal (...), todo el que por cualquier medio eficaz para divulgar el pensamiento, por medio de la imprenta, de la radiodifusión o del cinematógrafo, cause daño a otro, estará obligado a indemnizarlo, salvo que demuestre que no incurrió en culpa”</i>; precepto que sin duda alguna, impone el cumplimiento de un deber profesional a cargo de los medios de comunicación social que se traduce en que han de obrar con diligencia, cuidado y prudencia a fin de no inferir daño a otro en ejercicio de su actividad, deber que en innumerables casos resulta quebrantado ante el notable afán de dar una primicia, sea por el prurito de superar la competencia con los demás medios o simplemente de ganar una mayor audiencia.</p> <p>“ciertamente que cuando denota el incumplimiento del deber profesional de informar, ya por la falta de tal análisis o ya porque se confía imprudentemente en su exactitud, o ya porque se transmite de modo imprudente, o sea sin precaver las consecuencias que de la misma se pueden deducir contra las personas a que se refiere la noticia, adviene la responsabilidad civil consiguiente.”</p>
--	--	---

Como se evidencia de la información que acaba de ser presentada, el alcance que se le atribuye al artículo 55 de la Ley 29 de 1944 es diverso y está sujeto a interpretaciones. En efecto, si bien el artículo acusado establece la obligación de indemnizar *“salvo que demuestre que no incurrió en culpa”*, lo cual en principio pareciera referirse a una simple inversión en la carga de la prueba, los demandantes en los procesos del año 1999 y del 2002 expediente No. 7692 coinciden en alegar que a partir de esa disposición se colige una presunción de culpa por parte de quien ejerce la libertad de expresión. Esta interpretación de la norma, al igual que la que se considera natural, se encuentra revestida de un altísimo costo a nivel constitucional, por cuanto pone el riesgo un derecho fundamental -que como ya se ha dicho antes- es transversal a la democracia. Sin embargo, la Corte Suprema de Justicia no ha estudiado con detenimiento su alcance o, por lo menos, no ha realizado los esfuerzos necesarios por aclarar en sus decisiones el valor que se le



EL VEINTE
JUSTICIA · LIBERTAD DE EXPRESIÓN

está dando al artículo acusado.

Por el contrario, como se puede observar en los considerandos transcritos, la Corte se limita a transcribir la literalidad del artículo para referirse a él como la norma especial en cuanto a la responsabilidad civil extracontractual derivada del ejercicio a la libertad de expresión, para luego centrarse en el estándar profesional del periodismo -que será objeto de debate extenso en otro de los cargos de esta misma demanda-. En ninguno de los casos presentados, la Corte se detiene a definir el alcance del artículo demandado. Lo más cercano a ello, ocurre en la sentencia de 1999 en la que se establece que el artículo 55 de la Ley 29 de 1944 “*se trata de una aplicación particular de los principios que regulan la responsabilidad civil por culpa extracontractual, sino que además de servirle de fundamento, resultan útiles para la regulación general de este tipo de responsabilidad civil, la cual no se ubica entonces dentro de la responsabilidad por actividades peligrosas del artículo 2356 del Código Civil*”⁶³.

En el aparte transcrito, a pesar de aclararse que el artículo demandado forma parte de la regulación a un tipo de responsabilidad civil extracontractual particular, que no se enmarca dentro de las actividades peligrosas, se omite establecer cuál es ese factor diferencial que, precisamente, deriva del artículo 55 de la Ley 29 de 1944 para este tipo de responsabilidad. Siendo así, no cabe duda que la aplicación del artículo demandado, tanto en lo que respecta a las alegaciones que realizan los demandantes a partir de él, como en la manera en que ha sido abordado y utilizado por la Corte Suprema, tan solo comprueba el carácter ambiguo y peligroso de esta regulación.

Ciertamente, demuestra que a partir de la disposición demandada se pueden generar efectos procesales nefastos que, en todos los casos, actúan en detrimento de la libertad de expresión de una manera injustificada. En efecto, este cargo debe ser estudiado en convergencia y armonía con los cargos previos, que demuestran que una limitación a la libertad de expresión -de esta naturaleza- y el establecimiento de este tipo de medidas que violan la prohibición de censura, son inconstitucionales.

No podría llegarse a otra conclusión a partir del estudio estricto -como se exige para este caso- de una norma como la acusada, que como se ha demostrado en este aparte de la demanda puede derivar en un asunto procesal de tanta relevancia como lo es una presunción de culpa de un emisor de la información. Al respecto valdría la pena preguntarse ¿Va en contra de la democracia el establecimiento de una presunción de culpa respecto a los emisores de información? La respuesta a este interrogante es sin duda afirmativa y corresponde a esta honorable Corte velar por la protección de nuestro modelo de gobierno y de los principios constitucionales consagrados en nuestra Carta Política. En consecuencia, no hay otro camino que la declaratoria de inconstitucionalidad de esta norma.

QUINTO CARGO: El artículo 55 de la Ley 29 de 1944 crea un estándar de culpa

⁶³ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, Sentencia del 24 de mayo de 1999. (M.P: Pedro Lafont Pianetta)



EL VEINTE
JUSTICIA · LIBERTAD DE EXPRESIÓN

para profesionales que se aplica a personas particulares en ejercicio de su libertad de expresión

Otro de los aspectos del artículo 55 de la Ley 29 de 1944 que deriva en su inconstitucionalidad, es que a través del mismo se establece un estándar de culpa profesional a toda persona que ejerza la libertad de expresión, sin importar si lo hace en calidad de periodista o de particular en ejercicio de sus derechos fundamentales. En efecto, de la amplitud de la redacción de la disposición acusada, se colige que el estándar de culpa creado -según el cual está obligado a indemnizar quien genere daños a otros en ejercicio de su libertad de expresión salvo que demuestre que no incurrió en culpa- resulta aplicable no solo a los periodistas, sino a cualquier particular en ejercicio de su libertad de expresión. El texto del artículo se transcribe nuevamente a continuación:

“Independientemente de la responsabilidad penal a que se refieren los artículos anteriores, **todo el que** por cualquier medio eficaz para divulgar el pensamiento, por medio de la imprenta, de la radiodifusión o del cinematógrafo, **cause daño a otro estará obligado a indemnizarlo, salvo que demuestre que no incurrió en culpa**”.

La expresión “*todo el que*” permite evidenciar que en el artículo demandado no se hace una determinación del sujeto sobre quien recae la norma, como un periodista profesional, sino que por el contrario la misma se refiere a cualquiera que cause un daño a otro en ejercicio de su libertad de expresión. Esta indeterminación resulta de especial gravedad en la aplicación práctica de la norma, pues se aplica un estándar de culpa profesional a no profesionales. Esta situación es contradictoria y deriva en consecuencias nefastas, pues termina siendo nuevamente un límite injustificado al derecho fundamental a la libertad de expresión.

Para profundizar un poco en este aspecto, se hará referencia concreta al estándar de culpa que crea la norma respecto al ejercicio de la libertad de expresión y se hará una breve alusión a la manera en que se ha desarrollado ese estándar en la jurisprudencia, en especial, de la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil.

Al establecer la disposición acusada que quien “*cause daño a otro estará obligado a indemnizarlo, salvo que demuestre que no incurrió en culpa*” fija en los titulares del derecho a la libertad de expresión, un estándar de culpa que les obliga a probar su diligencia. En efecto, en virtud del artículo demandado, no corresponde al accionante probar la culpa del emisor de la información, sino que compete a este último defender la rectitud de su actuar.

En este sentido, se trata del establecimiento legal de un estándar de culpa alto y, sobretodo, de una carga procesal sin igual que exige los más prominentes esfuerzos probatorios al titular del derecho a la libertad de expresión. Ciertamente, según se ha desarrollado en la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia, para evitar ser declarado como responsable civilmente por sus expresiones, el emisor de la información deberá ser capaz de demostrar que actuó con diligencia profesional periodística,



EL VEINTE
JUSTICIA · LIBERTAD DE EXPRESIÓN

consistente en:

“asegurar o, por lo menos, procurar que la información que se divulga, además de ser veraz e imparcial, también respete los derechos de los demás y el orden público general, a menos que en este último caso la conducta de la entidad periodística se explique con la razonada, oportuna y eficaz corrección o clarificación del error cometido.

(...)se impone entonces para los medios de comunicación social el deber profesional de extremar la diligencia y cuidado especiales que, además de obedecer al ejercicio responsable de la libertad de información, también evite preventivamente el eventual daño a tales personas. **Esta diligencia se alcanza, entre otras, cuando se actúa prudentemente en el manejo de la fuente directa u oficial pertinente, como cuando a la noticia o información incriminatoria determinada, le ha precedido el esfuerzo periodístico profesional necesario y la verificación razonable indispensable para la confirmación de su veracidad y exactitud; e igualmente cuando se funda en datos que en el mismo sentido suministre o haya suministrado la autoridad competente, basada en decisiones o actuaciones judiciales no sometidas a reserva legal.** En tanto que se incurre en responsabilidad civil por los daños morales y materiales ocasionados a la persona, entre otros, cuando dicha divulgación no guarda correspondencia con la referida fuente, o se produce a sabiendas de su falsedad o confiando imprudentemente en su exactitud, o bien se trata de una inexcusable interpretación distorsionada de la mencionada fuente”⁶⁴. (Subrayo)

Así las cosas, a la luz del artículo demandado y de la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia, en Colombia se exige que los emisores de información demuestren que actuaron con diligencia profesional periodística -incluso si no actúan en el ejercicio de la actividad periodística- para evitar ser condenados por responsabilidad civil extracontractual. Este estándar probatorio consagrado en el artículo 55 de la Ley 29 de 1944, y que ha sido llenado de contenido a través de la jurisprudencia, atenta contra el flujo de la información y la democracia. En efecto, la Relatoría para la libertad de expresión de la CIDH ha sido enfática en que:

“Inclusive las leyes que permiten esgrimir la verdad como defensa inhibe inevitablemente el libre flujo de ideas y opiniones **al transferir la carga de la prueba al que expresa sus opiniones**”⁶⁵.

⁶⁴ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, Sentencia del 24 de mayo de 1999. (M.P: Pedro Lafont Pianetta)

⁶⁵ Organización de los Estados Americanos, Relatoría para la Libertad de Expresión, Capítulo II - Evaluación sobre el Estado de la Libertad de Expresión en el Hemisferio, Disponible en: <http://www.oas.org/es/cidh/expresion/showarticle.asp?artID=610&IID=2>



EL VEINTE
JUSTICIA · LIBERTAD DE EXPRESIÓN

Como se evidencia del aparte transcrito, incluso la sola inversión de la carga de la prueba en detrimento del titular del derecho a la libertad de expresión, ya constituye por sí misma un elemento inhibitorio del libre flujo de ideas y opiniones, tan necesario en un sistema democrático. Ahora bien, que en Colombia no solo opere la inversión de la carga de la prueba, sino que además se aplique un estándar de diligencia profesional a cualquier persona, resulta nefasto para la libertad de expresión. En efecto, puede ocurrir que una persona que haya actuado en ejercicio legítimo de su libertad de expresión resulte ser declarada responsable por daños ocasionados a terceros no propiamente porque no haya actuado con diligencia, sino porque no puede probarlo. Estos, sin lugar a dudas, son dos escenarios distintos.

En efecto, sobre esta materia también se ha pronunciado la Relatoría para la libertad de expresión en los siguientes términos:

“Este es especialmente el caso de la arena política en donde la crítica política se realiza frecuentemente mediante juicio de valor y no mediante declaraciones exclusivamente basadas en hechos. Puede resultar imposible demostrar la veracidad de las declaraciones dado que los juicios de valor no admiten prueba. De manera que **una norma que obligue al crítico de los funcionarios públicos a garantizar las afirmaciones fácticas tiene consecuencias perturbadoras para la crítica de la conducta gubernamental. Dichas normas plantean la posibilidad de que quien critica de buena fe al gobierno sea sancionado por su crítica**”⁶⁶. (Subrayo)

De los argumentos expuestos, resulta evidente que una disposición como el artículo 55 de la Ley 29 de 1944 es inconstitucional, pues establece cargas demasiado lesivas en cabeza de los titulares del derecho a la libertad de expresión, que no son admisibles a la luz del ordenamiento jurídico constitucional.

Estas discusiones relacionadas con la carga de la prueba en procesos en que se involucra la libertad de expresión no han sido ajenas a los debates jurídicos que se han desarrollado en otros países del hemisferio. No obstante, lo que muestra la experiencia comparada es que estos han optado siempre que la carga de la prueba recaiga sobre el demandante, quien deberá probar por lo menos la culpa del emisor de la información. Lo propio ocurre en países como Chile en que:

“Para la responsabilidad meramente civil será suficiente la culpa. La negligencia profesional deberá acreditarse mediante la transgresión de deberes objetivos de cuidado que deben considerarse exigibles a la actividad periodística según la naturaleza y circunstancias del

⁶⁶ Organización de los Estados Americanos, Relatoría para la Libertad de Expresión, Capítulo II - Evaluación sobre el Estado de la Libertad de Expresión en el Hemisferio, Disponible en: <http://www.oas.org/es/cidh/expresion/showarticle.asp?artID=610&IID=2>



EL VEINTE
JUSTICIA · LIBERTAD DE EXPRESIÓN

medio”⁶⁷

Similar situación ocurre en Argentina, aunque con una mayor protección a la libertad de expresión, pues allí no basta con acreditarse la culpa, sino que se exige demostrar malicia:

“Dicha doctrina a su vez ha sido consagrada en el caso *Vago c/ Ediciones La Urraca S.A.*[16] sobre daños y perjuicios, en el cual la Suprema Corte de Justicia de la República Argentina señaló que “quienes se sienten afectados por una información falsa o inexacta deberán demostrar que el autor de la noticia procedió con malicia”⁶⁸.

Este estándar de culpa, según el cual para la declaración de responsabilidad civil de un medio o de un periodista se debe demostrar que estos actuaron con real malicia, ha venido siendo desarrollado por la jurisprudencia estadounidense desde antaño. En efecto, desde 1964 en el caso *New York Times Co. v. Sullivan* la Corte Suprema de Estados Unidos estableció:

“The constitutional guarantees require, we think, a federal rule that prohibits a public official from recovering damages for a defamatory falsehood relating to his official conduct unless he proves that the statement was made with "actual malice"—that is, with knowledge that it was false or with reckless disregard of whether it was false or not”.

A partir de esta sentencia se desarrolló el estándar probatorio conocido como real malicia, en virtud del cual quien pretende obtener una indemnización por daños ocasionados por la prensa debe probar que el emisor de la información actuó con real malicia, es decir, con pleno conocimiento de que la información que publicaba era falsa o con una temeraria despreocupación por la veracidad del contenido publicado.

Estos ejemplos normativos de otros países de la región, deben servir como referentes para este estudio de constitucionalidad, pues es claro que no solo los estándares locales, sino también los internacionales de derechos humanos, exigen un cambio. En efecto, es indudable que se debe optar por la adopción de regulaciones que garanticen el libre flujo informativo y la protección al derecho a la libertad de expresión. Por las razones expuestas, se reitera que se debe proceder con la declaración de inexecutable de la norma demandada y su subsecuente retiro del ordenamiento jurídico colombiano.

SEXTO CARGO: El artículo 55 de la Ley 29 de 1944 pone en riesgo el secreto profesional del periodista

⁶⁷ Hernán Corral Talciani, Sobre la responsabilidad civil de los periodistas y de los medios de comunicación social por atentados a la honra, intimidad e imagen, Revista en *Información Pública*, Escuela de Periodismo U. Santo Tomás, 4, 2006, 2, pp. 253-286. Disponible en: <https://corraltalciani.files.wordpress.com/2010/04/resp-civil-de-periodistas.pdf>

⁶⁸ Pellet, A. , *La Libertad de Expresión*, Editorial Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1993, pág. 189.



EL VEINTE
JUSTICIA · LIBERTAD DE EXPRESIÓN

En el ordenamiento jurídico colombiano existe una especial protección al secreto profesional de los periodistas que se ha desarrollado a partir del contenido de los artículos 73 y 74 de la Constitución, según los cuales:

“Artículo 73. La actividad periodística gozará de protección para garantizar su libertad e independencia profesional.

Artículo 74. Todas las personas tienen derecho a acceder a los documentos públicos salvo los casos que establezca la ley. El secreto profesional es inviolable”.

Con base en estos artículos se ha desplegado un amplio desarrollo jurisprudencial sobre la materia en el que se ha reiterado que el secreto profesional es inviolable y se garantiza a los periodistas en virtud del artículo 73 de la Constitución. Según ha precisado la Corte Constitucional este cubre la reserva de la fuente, el contenido mismo de la información, los detalles sobre cómo esta se obtuvo, entre otros:

“La Corte Constitucional ha entendido este derecho como aquel que permite que un periodista guarde la reserva, secreto o sigilo sobre: i) la existencia de una determinada información, ii) su contenido, iii) el origen o la fuente de la misma y iv) la manera como obtuvo dicha información. La ha considerado, así, como una garantía fundamental y necesaria para proteger la independencia del periodista, y para que pueda ejercer la profesión y satisfacer el derecho a la información, sin que existan limitaciones indirectas ni amenazas que inhiban la difusión de datos relevantes para el público”⁶⁹.

Como se evidencia en el aparte transcrito el secreto profesional faculta a los periodistas para reservarse información que han utilizado para construir sus noticias y reportajes, pudiendo mantener en secreto el origen o la fuente de la información, la totalidad de su contenido, la manera en que se obtuvo e incluso la existencia de determinados datos. Este derecho es inviolable según expresa disposición constitucional.

No obstante, permanecen en el ordenamiento jurídico normas que ponen en grave riesgo este derecho. Este es el caso del artículo 55 de la Ley 29 de 1944 que al invertir la carga de la prueba en los procesos de responsabilidad civil, y situarla en cabeza de los emisores de la información, pone en grave riesgo el secreto profesional.

En efecto, que sea el emisor de la información quien deba demostrar su diligencia profesional y quien deba acreditar que no incurrió en culpa al ejercer su derecho a la libertad de expresión, abre una peligrosa puerta al debate sobre aquellos elementos que el secreto profesional precisamente protege. Ciertamente, para probar la debida diligencia profesional es necesario demostrar que se realizó una revisión extensiva de la

⁶⁹ Corte Constitucional, Sentencia T-594 de 2017. (M.P: Carlos Bernal Pulido)



EL VEINTE
JUSTICIA · LIBERTAD DE EXPRESIÓN

información, que se corroboraron los datos, entre otros. Esto a su vez implica tener que indagar y revelar ante los estrados judiciales estos aspectos, así como tener que aportar pruebas que den cuenta sobre ellos.

En este sentido, se crea un escenario perverso en que los emisores de información se debatirán entre garantizar la protección al secreto profesional y defenderse en el marco de un proceso de responsabilidad civil, sin poder encontrar un equilibrio entre ambos. Por el contrario, por la manera en que ha sido redactada la norma, esta tiende a desfavorecer la protección del secreto profesional, pues exige que los emisores de información demuestren que no incurrieron en culpa al momento de divulgar determinado contenido.

Siendo el secreto profesional inviolable no deberían propiciarse espacios en que los periodistas se vean obligados a violarlo. Por el contrario, un ordenamiento jurídico consecuente debe velar por garantizarlo. Evidentemente, esto no es posible en vigencia de disposiciones como el artículo 55 de la Ley 29 de 1944 que deberá ser declarada inexecutable.

SÉPTIMO CARGO: El artículo 55 de la Ley 29 de 1944 viola el derecho al debido proceso de los periodistas y emisores de información en sede judicial

El artículo 55 de la Ley 29 de 1944 vulnera el derecho al debido proceso de los periodistas y emisores de información, por cuanto establece una inversión en la carga de la prueba respecto a la culpa -en los procesos civiles de responsabilidad extracontractual- que no se ajusta a los parámetros constitucionales que se han erigido sobre la materia. En efecto, la norma en este caso no cuenta con ningún fundamento que permita concluir que la inversión en la carga de la prueba se realizó porque los emisores de la información se encontraran en mejores condiciones de probar, sino que por el contrario se trata de una disposición que carece de fundamento legal.

En este sentido, la violación al derecho al debido proceso es latente, pues si bien se ha establecido que el juez y el legislador pueden dar aplicación a la carga dinámica de la prueba, también se ha determinado que ello solo es compatible con el debido proceso cuando las medidas adoptadas se ajustan a determinadas exigencias constitucionales. Al respecto, ha conceptuado la Corte Constitucional:

“De allí que al afectado con el ejercicio de la acción de extinción de dominio, le sea aplicable la teoría de la carga dinámica de la prueba, de acuerdo con la cual quien está en mejores condiciones de probar un hecho, es quien debe aportar la prueba al proceso. Así, en el caso de esta acción, ya que el titular del dominio sobre los bienes es el que está en mejores condiciones de probar su origen lícito, es él quien debe aportar las pruebas que acrediten ese hecho y que desvirtúen el alcance de las pruebas practicadas por las autoridades estatales en relación con la ilícita procedencia de esos bienes.

6.8. Por todo lo anterior, **no ha sido extraño a la jurisprudencia**



EL VEINTE

JUSTICIA · LIBERTAD DE EXPRESIÓN

constitucional el establecimiento de presunciones legales y la inversión de la carga de la prueba en el derecho administrativo sancionador, las cuales en principio no comprometen el debido proceso y particularmente el principio de presunción de inocencia (artículo 29 superior), en la medida que se ajusten a las exigencias constitucionales que se han plasmado”⁷⁰. (Subrayo)

Como deriva del apartado transcrito, es posible establecer excepciones a la regla general probatoria, según la cual quien alega prueba, siempre que tales distinciones se establezcan con arreglo de los principios constitucionales. Al respecto, tanto en la doctrina, como en la jurisprudencia, se ha estudiado ampliamente cuáles son las razones que justifican realizar una inversión en la carga de la prueba y se ha llegado a conclusiones convergentes que apuntan a la existencia de una mayor facilidad de probar, a la asignación de ventajas estratégicas, a la capacidad técnica de las partes, entre otros.

Ciertamente, sobre este asunto se ha conceptualizado:

“Por estas circunstancias, la doctrina y la jurisprudencia han hecho eco sobre el debate relacionado con los principios que ilustran la práctica y decreto de pruebas; han señalado que en el proceso civil contemporáneo debe primar la tesis de la “carga dinámica de la prueba”, según la cual, la carga de la prueba puede ser alterada, **con el objetivo de que la parte que se encuentra en mejores condiciones de aportar un elemento de prueba lo haga, incluso si no es parte de su onus probandum.**

Según la jurisprudencia de esta Corte, el principio de distribución de la carga de la prueba o la carga dinámica de la prueba: “(...) supone reasignar dicha responsabilidad, ya no en función de quien invoca un hecho sino del sujeto que, **de acuerdo con las circunstancias de cada caso, se encuentra en mejores condiciones técnicas, profesionales o fácticas de acreditarlo (...)**

La configuración de la carga dinámica de la prueba debe decirse que atiende su inspiración teórica, fundada en los pilares de solidaridad, equidad (igualdad real entre las partes), lealtad y buena fe procesal, todos ellos reconocidos en la Carta Política de 1991, donde el principio “quien alega debe probar” cede su lugar al principio “quien puede debe probar”⁷¹. (Subrayo)

Por esta misma línea, y en adición a las referencias a las capacidades técnicas, profesionales o fácticas para acreditar determinada situación, también se ha reconocido que en algunos casos incluso se invierte la carga de la prueba para favorecer social, económica o estratégicamente a una parte, cuando ello se ajusta a los preceptos constitucionales. En efecto,

⁷⁰ Corte Constitucional, Sentencia C-595 de 2010. (M.P: Jorge Iván Palacio Palacio)

⁷¹ Corte Constitucional, Sentencia T-615 de 2019. (M.P: Alberto Rojas Ríos)



EL VEINTE
JUSTICIA · LIBERTAD DE EXPRESIÓN

“La carga de la prueba, dentro de la teoría general de la prueba, le corresponde a quien ha afirmado un hecho o una presunción, de ahí que la tarea del decisor sea determinar qué hechos han sido probados, sin importar quién ha probado dicho hecho (2009), sin embargo, en palabras de Taruffo (2009), **en algunos casos, se traslada la carga de la prueba para asignar ventajas sociales, económicas y estratégicas entre las partes, razón por la cual se asignan estas cargas a la parte que tiene un fácil acceso a la prueba o, en ciertos casos para liberar a la parte débil**”⁷². (Subrayo)

Así las cosas, es evidente que la inversión en la carga de la prueba no debe responder a un capricho legislativo o judicial, sino que debe contar con fundamentos sólidos que justifiquen el favorecimiento procesal de determinado sujeto. Esta carga argumentativa exigida para el establecimiento de medidas como la inversión de la carga de la prueba es necesaria, en la medida en que no existe dudas que se trata de un mecanismo que conlleva a un desequilibrio procesal entre las partes:

“Como fue mencionado, la carga consistente en desvirtuar una presunción legal, vale decir, la **inversión de la carga de la prueba, apareja un desequilibrio entre las partes procesales**. Pese a que esta Corte ha señalado que la elaboración de las reglas del proceso es una cuestión que compete al legislador y que puede desarrollar en plena libertad, también ha sostenido que al establecer las reglas del proceso la ley debe **cuidarse de respetar el núcleo esencial de los derechos que componen el derecho al debido proceso y que toda limitación de los derechos de las partes procesales debe superar con éxito lo que se ha denominado, en la doctrina y la jurisprudencia nacional y extranjera, un juicio de proporcionalidad**”⁷³. (Subrayo)

Con base en estos considerandos, la Corte Constitucional ha establecido que para que una medida legislativa que invierta la carga de la prueba respete el núcleo esencial del derecho al debido proceso, es necesario aplicar el juicio de proporcionalidad. En consecuencia, la Corte debe definir si *“el legislador persigue un fin constitucionalmente importante, si la misma es útil y necesaria para alcanzar ese fin y, por último, si el efecto negativo que produce resulta menor que el beneficio constitucional que alcanza”*⁷⁴. A continuación, se procede a la realización del análisis:

a. El artículo 55 de la Ley 29 de 1944 persigue un fin constitucionalmente importante

⁷² Agudelo Mejía Dimaro, Tendencias actuales del derecho probatorio civil de los Estados Unidos, Revista Estudios de Derecho No. 170, jul-dic 2020, ISSN 0120-1867.

⁷³ Corte Constitucional, Sentencia C-388 de 2000. (M.P: Eduardo Cifuentes Muñoz)

⁷⁴ Corte Constitucional, Sentencia C-388 de 2000. (M.P: Eduardo Cifuentes Muñoz)



EL VEINTE
JUSTICIA · LIBERTAD DE EXPRESIÓN

El artículo demandado persigue garantizar la protección al derecho al buen nombre y a la honra de los ciudadanos. En este sentido, se trata de un fin constitucionalmente importante, por cuanto se busca proteger derechos consagrados y salvaguardados por la Constitución Política.

b. La inversión en la carga de la prueba, establecida en el artículo 55 de la Ley 29 de 1944, no es necesaria para alcanzar el fin propuesto

Si bien el artículo 55 de la Ley 29 de 1944 persigue un fin legítimo, este no es necesario para la consecución del mismo. En efecto, se debe tener en cuenta que se ha conceptuado que para que una medida cumpla con el requisito de necesidad es preciso que se demuestre que es *“indispensable para la obtención del objetivo previamente descrito como legítimo y, que de todos los medios existentes para su consecución, debe ser el que, en forma menos lesiva, injiera en la efectividad del derecho intervenido”*⁷⁵.

En este caso, no se trata de una medida indispensable para la protección de los derechos al buen nombre y a la honra, pues es evidente que en un proceso civil en que la carga de la prueba permaneciera en cabeza del demandante éste conservaría su posibilidad de hacer valer sus derechos, considerando que incluso tiene mayor facilidad de probar, como se explicará más adelante.

De igual manera, es evidente que la inversión de la carga de la prueba en este caso, no es la forma menos lesiva existente en contra del derecho a la libertad de expresión. Por el contrario, se trata del uso de uno de los mecanismos que genera mayor desequilibrio procesal entre las partes.

Por consiguiente, la medida demandada no supera esta etapa del test.

c. El efecto negativo que produce el artículo demandado produce un efecto negativo mayor que el beneficio constitucional que alcanza

Aun cuando el artículo 55 de la Ley 29 de 1944 no es necesario para alcanzar el fin propuesto, se procederá a demostrar que este produce un efecto negativo mayor que el beneficio constitucional que alcanza. Al respecto, se hace necesario señalar varias cosas.

En primer lugar, que el derecho con que entra en tensión la disposición acusada es el derecho a la libertad de expresión que ocupa un lugar privilegiado en el ordenamiento jurídico colombiano. En consecuencia, se trata de un enfrentamiento en que *per se* ya existe una presunción constitucional en favor de la libertad de expresión y en el que se tendría que demostrar porqué es más importante proteger el derecho al buen nombre y a la honra. En este caso, no existe ningún tipo de justificación que permita priorizar estos últimos derechos sobre el

⁷⁵ Corte Constitucional, Sentencia C-144 de 2015. (M.P: Martha Victoria SÁCHICA Méndez)



EL VEINTE
JUSTICIA · LIBERTAD DE EXPRESIÓN

de la libertad de expresión.

Asimismo, al analizar la situación fáctica de quién tiene las mejores posibilidades de probar que el periodista o emisor de la información incurrió en culpa es quien lo alega. En efecto, no cabe dudas que todos los periodistas y emisores de información actúan de buena fe y seguros de que actúan -según su criterio- con diligencia y en cumplimiento de los estándares legales. Sin embargo, en sede judicial se enfrentan a una situación en la que le es más fácil al demandante, objeto de la información que se cuestione, demostrar que se trata un supuesto que no es veraz y que, por tanto, representa una culpa por parte de quien ejerció su derecho a la libertad de expresión.

Este postulado no admite argumentación en contrario, pues es indudable que quien es objeto o protagonista de la historia es quien se encuentra en la capacidad de demostrar con facilidad la veracidad de los hechos de la misma. Por el contrario, quien emite la información no cuenta con los medios legales para demostrar que no incurrió en culpa e incluso, podría llegar a pensarse que se trata de una negación indefinida, imposible de probar.

En todo caso, resulta incuestionable que la norma demandada -con la inversión de la carga de la prueba- genera daños mucho mayores al derecho a la libertad de expresión, que la supuesta protección que garantiza a los derechos a la honra y al buen nombre.

En consecuencia, el artículo 55 de la Ley 29 de 1944 tampoco supera el tercer paso del test de proporcionalidad.

Teniendo en cuenta que la disposición demandada establece una inversión en la carga de la prueba, pero no supera el test de proporcionalidad desarrollado por la Corte Constitucional, resulta evidente que se trata de una medida contraria al derecho al debido proceso, consagrado en el artículo 29 de la Constitución Política. En consecuencia, la norma debe ser declarada inexecutable y retirada del ordenamiento jurídico colombiano.

4.2. De la vulneración a otras normas internacionales, aplicables en virtud del bloque de constitucionalidad

En adición a las claras incompatibilidades existentes entre el artículo 55 de la Ley 29 de 1944 y la Constitución Política, surgen también una serie de incongruencias, que derivan en la inconstitucionalidad de la norma, provenientes de violaciones a tratados y convenios internacionales suscritos por Colombia. En efecto, además de las vulneraciones al texto constitucional, se evidencia una contradicción entre la norma demandada y: (i) el artículo 13 de la Convención Interamericana de Derechos Humanos y la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos; (ii) el artículo 19 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos; y (iii) el principio 10 de la Declaración de Principios sobre la Libertad de Expresión.



La relevancia de estas violaciones, que se desarrollan más adelante, radica en que -por sí mismas- acarrearán la inconstitucionalidad de la norma, en virtud del bloque de constitucionalidad. Ciertamente, la Corte Constitucional a lo largo de su existencia ha reconocido que algunos de los tratados internacionales, dentro de los que se encuentran los que se alegan vulnerados, constituyen parámetros legítimos para el estudio de constitucionalidad de las leyes de la República. Al respecto, se ha conceptualizado:

“La Corporación definió entonces el bloque de constitucionalidad como aquella unidad jurídica compuesta “por...normas y principios que, sin aparecer formalmente en el articulado del texto constitucional, **son utilizados como parámetros del control de constitucionalidad de las leyes, por cuanto han sido normativamente integrados a la Constitución, por diversas vías y por mandato de la propia Constitución.** Son pues verdaderos principios y reglas de valor constitucional, esto es, son normas situadas en el nivel constitucional, a pesar de que puedan a veces contener mecanismos de reforma diversos al de las normas del articulado constitucional strictu sensu.”

La incorporación en la doctrina jurídica nacional de una institución como el bloque de constitucionalidad surgió entonces del reconocimiento de la prevalencia de los tratados internacionales de derechos humanos sobre el orden interno pero también, y de manera específica, de la necesidad de armonizar dicho principio con la ya tradicional preceptiva constitucional que erige a la Carta Política en el estatuto de mayor jerarquía dentro del ordenamiento jurídico nacional. Ciertamente, el artículo 4º de la Constitución Política establece que la Constitución es norma de normas y que en caso de incompatibilidad con cualquiera de las normas subordinadas, aquella se aplicará de preferencia.

Del análisis de los artículos 4º y 93 de la Constitución Política era evidente para la Corte que la coexistencia de dos jerarquías normativas de carácter prevalente constituía un escenario jurídico de gran complejidad; por esta razón, la Corporación entendió que la única manera de conciliar dicha contradicción era aceptando que los tratados internacionales de los cuales Colombia es estado parte, en los que se reconocieran derechos humanos de conculcación prohibitiva en estados de excepción, también tenían jerarquía constitucional y conformaban, con el texto del Estatuto Superior, un solo bloque normativo al que la legalidad restante debía sumisión”⁷⁶. (Subrayo)

Así las cosas, resulta evidente que, de acuerdo con la evolución jurisprudencial de la Corte Constitucional, se ha otorgado un valor especial a los tratados internacionales sobre derechos humanos, que los sitúa dentro del bloque de constitucionalidad a partir del cual

⁷⁶ Corte Constitucional, Sentencia C-067 de 2003. (M.P: Marco Gerardo Monroy Cabra)



EL VEINTE

JUSTICIA · LIBERTAD DE EXPRESIÓN

se debe estudiar la exequibilidad de las normas. En este sentido, resulta pertinente analizar la compatibilidad del artículo 55 de la Ley 29 de 1944 con los instrumentos internacionales que disponen pautas sobre la materia. En efecto, es innegable que el bloque de constitucionalidad ha:

“(…) permitido que los tratados de derechos humanos y de derecho humanitario, así como la doctrina elaborada por las instancias internacionales, hayan entrado con fuerza en la práctica jurídica colombiana. Por ejemplo, es claro que hoy en Colombia, conforme a la doctrina desarrollada por la Corte Constitucional, los convenios de derecho humanitario y gran parte de los otros tratados de derechos humanos, tienen rango constitucional, y hacen parte del bloque en sentido estricto”⁷⁷

En consideración de lo anterior, se procede al estudio de cada cargo en concreto:

OCTAVO CARGO: El artículo 55 de la Ley 29 de 1944 viola el artículo 13 de la Convención Interamericana de Derechos Humanos y a la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos

La Convención Interamericana de Derechos Humanos fue aprobada mediante la Ley 16 de 1972, y ratificada el 31 de julio de 1973. Desde entonces, se encuentra vigente y resulta aplicable para Colombia. Sobre su relevancia para el ordenamiento jurídico interno, se ha conceptualizado en múltiples ocasiones y se ha reconocido que como instrumento relativo a los derechos humanos, forma parte del bloque de constitucionalidad en sentido estricto.

En efecto, se ha llegado incluso a afirmar que la jurisprudencia que produce la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en virtud de su labor interpretativa de la Convención, también constituye un criterio interpretativo que debe ser tenido en cuenta al momento de estudiar la constitucionalidad de las leyes de la República. Al respecto, en la sentencia C-469 de 2016, la Corte Constitucional conceptuó:

“En resumen, (i) en virtud del carácter judicial de la Corte IDH, su creación por la CADH y su competencia para interpretar con autoridad la Convención Americana sobre Derechos Humanos, la jurisprudencia que emite posee especial relevancia bajo las funciones integradora e interpretativa del bloque de constitucionalidad. (ii) Los criterios interpretativos de la CIDH, si bien no tienen el mismo carácter que aquellos de la Corte IDH, permiten ilustrar y sirven de fuente complementaria en la determinación del alcance de la Convención y como elemento orientador en la adscripción del sentido de los derechos

⁷⁷ Rodrigo Uprimny, El bloque de constitucionalidad en Colombia. Un análisis jurisprudencial y un ensayo de sistematización doctrinal. Disponible en: https://www.dejusticia.org/wp-content/uploads/2017/04/fi_name_recurso_46.pdf



EL VEINTE
JUSTICIA · LIBERTAD DE EXPRESIÓN

constitucionales fundamentales”⁷⁸

A partir de lo anterior, resulta evidente que la Corte Constitucional ha sido enfática en otorgar a la Convención Interamericana de Derechos Humanos un lugar privilegiado en el ordenamiento jurídico interno, hasta tal punto de incluso reconocer que los criterios de su intérprete autorizado también son vinculantes constitucionalmente. Ahora bien, es importante resaltar que en adición a estos criterios desarrollados por el derecho interno, de la convención misma también han derivado otro tipo de mecanismos que hacen obligatoria su aplicación en los estados partes.

En efecto, es importante tener en cuenta que a partir del artículo segundo de la Convención se ha desarrollado el concepto de control de convencionalidad, en virtud del cual es una obligación de los estados parte modificar las normas de derecho interno para que sean acordes a la Convención y a la jurisprudencia de la Corte. Habiendo sentado lo anterior, resulta ahora relevante traer a colación el artículo 13 de la Convención que dispone:

“Artículo 13. Libertad de Pensamiento y de Expresión

1. Toda persona tiene derecho a la libertad de pensamiento y de expresión. Este derecho comprende la libertad de buscar, recibir y difundir informaciones e ideas de toda índole, sin consideración de fronteras, ya sea oralmente, por escrito o en forma impresa o artística, o por cualquier otro procedimiento de su elección.

2. El ejercicio del derecho previsto en el inciso precedente no puede estar sujeto a previa censura sino a responsabilidades ulteriores, las que deben estar expresamente fijadas por la ley y ser necesarias para asegurar:

- a) el respeto a los derechos o a la reputación de los demás, o
- b) la protección de la seguridad nacional, el orden público o la salud o la moral públicas.

3. No se puede restringir el derecho de expresión por vías o medios indirectos, tales como el abuso de controles oficiales o particulares de papel para periódicos, de frecuencias radioeléctricas, o de enseres y aparatos usados en la difusión de información o por cualesquiera otros medios encaminados a impedir la comunicación y la circulación de ideas y opiniones.

4. Los espectáculos públicos pueden ser sometidos por la ley a censura previa con el exclusivo objeto de regular el acceso a ellos para la protección moral de la infancia y la adolescencia, sin perjuicio de lo establecido en el inciso 2.

⁷⁸ Corte Constitucional, Sentencia C-469 de 2016. (M.P: Luis Ernesto Vargas Silva)



EL VEINTE

JUSTICIA · LIBERTAD DE EXPRESIÓN

5. Estará prohibida por la ley toda propaganda en favor de la guerra y toda apología del odio nacional, racial o religioso que constituyan incitaciones a la violencia o cualquier otra acción ilegal similar contra cualquier persona o grupo de personas, por ningún motivo, inclusive los de raza, color, religión, idioma u origen nacional” (Subrayo)

En interpretación de este artículo, la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha establecido que incluso las responsabilidades posteriores tienen límites que deben ser plenamente respetados. En efecto, ha conceptualizado que este tipo de medidas no deben limitar, más allá de lo estrictamente necesario el pleno ejercicio de la libertad de expresión, pues no es admisible que se conviertan en un mecanismo de censura indirecta:

“Las causales de responsabilidad posterior deben estar expresa, taxativa y previamente fijadas por la ley, ser necesarias para asegurar “el respeto a los derechos o a la reputación de los demás” o “la protección de la seguridad nacional, el orden público o la salud o la moral públicas”, **y no deben de modo alguno limitar, más allá de lo estrictamente necesario, el alcance pleno de la libertad de expresión y convertirse en un mecanismo directo o indirecto de censura previa**”⁷⁹ (resaltado por fuera del texto)

Ciertamente, ha dicho la Corte que no se puede desconocer que el temor a las sanciones -incluso civiles- cuando estas son desproporcionadas, puede generar un nivel de intimidación tal respecto a los emisores de información, que produce censura:

“**la Corte estima oportuno reiterar que el temor a una sanción civil desproporcionada puede ser a todas luces tan o más intimidante e inhibitor para el ejercicio de la libertad de expresión que una sanción penal, en tanto tiene la potencialidad de comprometer la vida personal y familiar de quien denuncia** o, como en el presente caso, publica información sobre un funcionario público, con el resultado evidente y disvalioso de autocensura, tanto para el afectado como para otros potenciales críticos de la actuación de un servidor público”⁸⁰ (Subrayo)

A partir de los anteriores considerandos, resulta evidente que si bien algunos tipos de responsabilidades posteriores son admisibles a la luz de los parámetros de la Convención Interamericana de Derechos Humanos, estos no se pueden convertir en tipos de censura indirecta. Por el contrario, estos deben guardar proporcionalidad. No obstante, el artículo 55 de la Ley 29 de 1944 no cumple con estos lineamientos.

Ciertamente, esta no solo establece la existencia de responsabilidades posteriores en cabeza de los periodistas, adicionales a las penales, sino que además de todo fija unas cargas excesivas en cabeza de los emisores de la información. En efecto, la norma

⁷⁹ Corte Interamericana de Derechos Humanos, Palamara Iribarne v Chile (par 72).

⁸⁰ Corte Interamericana de Derechos Humanos, Fontevecchia y D’Amicco v Argentina (par 74)



EL VEINTE
JUSTICIA · LIBERTAD DE EXPRESIÓN

demandada establece que son los titulares del derecho a la libertad de expresión quienes deben probar que no han incurrido en culpa, para evitar una condena civil en su contra.

Este tipo de disposiciones, lejos de preservar el balance entre la protección del derecho a la libertad de expresión y a la honra o similares, genera un desequilibrio injustificado entre ambos. En efecto, además de infundir temor en las personas por las posibles consecuencias económicas del ejercicio de la libertad de expresión, les sitúa procesalmente en una situación de desventaja, según la cual en caso de una eventual demanda por responsabilidad civil tendrán la carga de demostrar que no incurrieron en culpa al divulgar la información que se cuestione.

El establecimiento de cargas de esta naturaleza en cabeza de los emisores de la información u opinión, como se ha explicado en cargos anteriores, es susceptible de generar autocensura en los mismos. Ciertamente, se encuentra demostrado que este tipo de medidas desincentiva el flujo informativo y favorece la censura. En consecuencia, no cabe duda que ante la falta de fundamento que justifique la permanencia del artículo demandado en el ordenamiento jurídico y ante el establecimiento de barreras desproporcionadas al ejercicio a la libertad de expresión que resultan incompatibles con la Convención Interamericana de Derechos Humanos y con su jurisprudencia, el artículo 55 de la Ley 29 de 1944 debe ser retirado declarado inexecutable.

NOVENO CARGO: El artículo 55 de la Ley 29 de 1944 viola el artículo 19 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos

El Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos fue ratificado por Colombia el 29 de octubre de 1968 y fue aprobado por el Congreso de la República a través de la Ley 74 de 1968. No obstante, entró en vigencia hasta 8 años después, el 23 de marzo de 1976.

Desde entonces, ha sido admitido como uno de los instrumentos internacionales que conforman el bloque de constitucionalidad en sentido estricto y que, por tanto, debe ser tenido en cuenta al estudiar la exequibilidad de las normas. En efecto, en la sentencia C-046 de 2006 la Corte se refirió al mismo en los siguientes términos:

“La Carta de manera expresa sólo establece en efecto el derecho a impugnar la sentencia adversa en materia penal y en las acciones de tutela (CP arts. 28 y 86). Igualmente, los pactos de derechos humanos ratificados por Colombia, como la Convención Interamericana o el **Pacto de Derechos Civiles y Políticos, y que hacen parte del bloque de constitucionalidad** (CP art. 93), prevén el derecho a impugnar la sentencia en materia penal, pero no establecen esa posibilidad en los otros campos del derecho, para los cuáles exigen únicamente que la persona sea oída, con las debidas garantías y dentro de un plazo razonable, por un juez o tribunal competente, independiente e imparcial, establecido con anterioridad por la ley”⁸¹

⁸¹ Corte Constitucional, Sentencia C-046 de 2006. (M.P: Álvaro Tafur Galvis)



EL VEINTE
JUSTICIA · LIBERTAD DE EXPRESIÓN

En el mismo sentido, en la sentencia C-504 de 2007 se reiteró:

“Principio que además se encuentra reconocido en la Declaración Universal de Derechos Humanos (art. 8), **el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos** (arts. 2 y 14) y la Convención Americana de Derechos Humanos (art. 8), por lo que constituyen parámetros de jerarquía constitucional para ejercer el control de constitucionalidad al hacer parte del bloque de constitucionalidad *stricto sensu*”⁸²

A partir de los anteriores pronunciamientos de la Corte Constitucional, no cabe dudas que el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos es parte del bloque de constitucionalidad en sentido estricto y, en esa medida, su estudio resulta esencial para determinar la constitucionalidad de las normas. En consecuencia, para el estudio de la norma demandada, resulta indispensable traer a colación el artículo 19 del Pacto que dispone:

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

Como se evidencia del artículo transcrito, según el Pacto de Derechos Civiles y Políticos, las limitaciones o restricciones que se establezcan en detrimento del derecho a la libertad de expresión deben estar expresamente fijadas en la Ley y ser necesarias para asegurar los derechos o la reputación de los demás, así como garantizar la seguridad nacional o el orden y la moral público.

No obstante lo anterior, en el presente caso no se cumple con los presupuestos necesarios para fijar una restricción a la libertad de expresión como la contenida en el artículo 55 de la Ley 29 de 1944. En efecto, no es claro de ninguna manera que una disposición como la contenida en el artículo demandado sea necesaria para la protección de la seguridad nacional, el orden público, la moral pública o los derechos o reputación de los demás. Frente a esto último, se destaca que el Comité de Derechos Humanos de las Naciones Unidas se ha referido a las restricciones permisibles en el marco del artículo 19 del Pacto

⁸² Corte Constitucional, Sentencia c-504 de 2007. (M.P: Clara Inés Vargas Hernández)



EL VEINTE
JUSTICIA · LIBERTAD DE EXPRESIÓN

en el sentido de que “las medidas restrictivas deben ajustarse al principio de proporcionalidad; deben ser adecuadas para desempeñar su función protectora; deben ser el instrumento menos perturbador de los que permitan conseguir el resultado deseado, y deben guardar proporción con el interés que debe protegerse”⁸³. La norma demandada no cumple ese requisito. Por el contrario, hay evidencia irrefutable que permite afirmar que la norma demandada forma parte de un cuerpo normativo que no fue pensado bajo los criterios constitucionales actuales y que, por tanto, está lejos de cumplirlos.

Ciertamente, de una simple lectura del artículo primero de la Ley en que se enmarca la norma acusado se colige que no se trata de un cuerpo normativo que propugne por la garantía de la libertad de expresión o que respete la prohibición de censura, pues señala “*La prensa es libre en tiempo de paz, pero responsable con arreglo a las disposiciones de la presente Ley*”⁸⁴. La simple forma en que se encuentra redactado el artículo transcrito -que no es más que un mero ejemplo- demuestra que se trata de una Ley que en abstracto fue concebida para restringir y no para garantizar el derecho a la libertad de expresión. No podría llegarse a otra conclusión del señalamiento de que la prensa es libre solo en tiempos de paz.

Ahora bien, regresando al artículo que nos atañe, vale la pena resaltar que se trata de una disposición que lejos de realizar un balance entre los derechos que entran en tensión en casos en que se generan daños con el ejercicio a la libertad de expresión, se trata de una norma que pone en situación de desventaja a la prensa y a los informantes. En efecto, sin contar con ningún tipo de justificación o soporte establece que estos serán responsables por la información que provean, siempre que no puedan demostrar que no incurrieron en culpa.

Disposiciones de esta naturaleza solo tienen la virtualidad de afectar el debate público y de reducir el flujo informativo, en razón al establecimiento de limitaciones judiciales al ejercicio al derecho a la libertad de expresión. Siendo así, no logran proteger la moral pública, el orden público o la seguridad nacional, sino que tienen el efecto de sacrificar la democracia y otros valores constitucionales superiores. Esto es contrario a la interpretación que se ha dado al artículo 19 del Pacto por parte del Comité de Derechos Humanos, según el cual “Las leyes sobre difamación deben redactarse con cuidado para asegurarse de que cumplan lo dispuesto en el párrafo 3 y no sirvan en la práctica para atentar contra la libertad de expresión”⁸⁵.

En consideración de lo anterior, y tratándose de una norma que no cumple con los criterios mínimos para establecer restricciones al derecho a la libertad de expresión, se debe declarar su inconstitucionalidad y retirarla del ordenamiento jurídico.

⁸³ Naciones Unidas, Comité de Derechos Humanos, Observación general N° 34, Artículo 19 Libertad de opinión y libertad de expresión, CCPR/C/GC/34, 12 de septiembre de 2011.

⁸⁴ Este también era el texto del artículo 42 de la Constitución Política de 1886.

⁸⁵ Naciones Unidas, Comité de Derechos Humanos, Observación general N° 34, Artículo 19 Libertad de opinión y libertad de expresión, CCPR/C/GC/34, 12 de septiembre de 2011.



EL VEINTE
JUSTICIA · LIBERTAD DE EXPRESIÓN

DÉCIMO CARGO: El artículo 55 de la Ley 29 de 1944 atenta contra el principio 10 de la Declaración de Principios sobre la Libertad de Expresión

A diferencia de los otros cuerpos normativos internacionales que han sido traídos a colación en la presente demanda, la Declaración de Principios sobre la Libertad de Expresión no forma parte del bloque de constitucionalidad en sentido estricto. Sin embargo, se ha reconocido que en casos que atañen al ejercicio a la libertad de expresión, resulta pertinente tener tales principios como un criterio auxiliar, susceptible de guiar el estudio constitucional. En efecto, en la sentencia 540 de 2012 la Corte conceptuó:

“Lo anterior no es óbice para que este Tribunal en el proceso de interpretación de las disposiciones del proyecto de ley estatutaria sobre actividades de inteligencia y contrainteligencia, pueda también hacerse valer de otras herramientas y decisiones internacionales que, aunque no hagan parte del bloque de constitucionalidad estricto sensu, se relacionan específicamente con esta temática y constituyen criterios orientadores para interpretar los derechos fundamentales y comprender ciertas instituciones jurídicas.[104]

En esa medida, la Corte también tendrá en cuenta: i) la Convención Interamericana contra el Terrorismo[105]; ii) las decisiones de la Corte Interamericana de Derechos Humanos y el Tribunal Europeo de Derechos Humanos; iii) la Recopilación de buenas prácticas de las Naciones Unidas relacionadas con los marcos y las medidas de carácter jurídico e institucional que permitan garantizar el respeto de los derechos humanos por los servicios de inteligencia en la lucha contra el terrorismo, particularmente en lo que respecta a su supervisión[106]; iv) **la Declaración de Principios sobre la Libertad de Expresión, año 2000**[107]; v) el derecho de acceso a la información en el marco jurídico interamericano, año 2010[108]; vi) la Declaración Conjunta de los Relatores para la libertad de expresión de la ONU, la OEA y la OSCE[109], año 2004[110]; vii) la Recomendación del Comité de Ministros del Consejo de Europa sobre el derecho de acceso a documentos oficiales en poder de las autoridades públicas, año 2002; viii) los Principios de Johannesburgo sobre la Seguridad Nacional, la Libertad de Expresión y el Acceso a la Información, año 1996; ix) los Principios de Lima, año 2000; y x) la Declaración de Chapultepec, año 1994”⁸⁶.
(Subrayo)

Siendo así, para efectos de que sea considerado en el estudio constitucional que se realice al artículo 55 de la Ley 29 de 1944 se hace referencia al principio 10 de la Declaración de Principios sobre la Libertad de Expresión, según el cual:

“10. Las leyes de privacidad no deben inhibir ni restringir la investigación y difusión de información de interés público. La protección a la

⁸⁶ Corte Constitucional, Sentencia C-540 de 2012. (M.P: Jorge Iván Palacio Palacio)



EL VEINTE
JUSTICIA · LIBERTAD DE EXPRESIÓN

reputación debe estar garantizada sólo a través de sanciones civiles, en los casos en que la persona ofendida sea un funcionario público o persona pública o particular que se haya involucrado voluntariamente en asuntos de interés público. Además, en estos casos, debe probarse que en la difusión de las noticias el comunicador tuvo intención de infligir daño o pleno conocimiento de que se estaba difundiendo noticias falsas o se condujo con manifiesta negligencia en la búsqueda de la verdad o falsedad de las mismas”.

Como se evidencia del principio transcrito, según la Declaración de Principios sobre la Libertad de Expresión, para que las leyes en que se establezcan sanciones civiles para los periodistas sean legítimas, es necesario fijar un marco en que se exija probar que el comunicador tuvo la intención de infligir un daño o que tuvo pleno conocimiento de que estaba difundiendo información falsa.

Este criterio, es a todas luces desconocido por el artículo 55 de la Ley 29 de 1944, por cuanto en este no se exige prueba de la negligencia del emisor de la información sino que por el contrario, la culpa se presume. En efecto, según establece la Ley, los emisores de información se encuentran obligados a indemnizar siempre que no puedan probar que no incurrieron en culpa, es decir, opera una inversión en la carga de la prueba respecto a la culpa.

Esta modificación en la carga procesal de probar, es a todas luces incompatible con los instrumentos internacionales y, en especial, con el principio 10 de la Declaración de Principios sobre la Libertad de Expresión. En consecuencia, y en virtud de un análisis integral de la norma respecto a las normas previamente citadas, se debe declarar la inexecutable de la misma y se le debe retirar del ordenamiento jurídico colombiano.

V. CONCLUSIÓN

El artículo 55 de la Ley 29 de 1944 debe ser declarado inexecutable y retirado del ordenamiento jurídico constitucional, por cuanto se trata de una disposición que al invertir la carga de la prueba y exigir que los emisores de información demuestren que no incurrieron en culpa -en un eventual proceso de responsabilidad civil- genera autocensura. En efecto, el temor a las posibles consecuencias judiciales del ejercicio a la libertad de expresión desincentiva a los periodistas y particulares de continuar con sus publicaciones -a este fenómeno se le ha denominado “*chilling effect*” o “*efecto de enfriamiento*”-. Esta situación, además de incurrir en la prohibición constitucional de censura, atenta también contra la democracia, en la medida en que limita el flujo informativo.

De igual manera, el artículo demandado es incompatible con los preceptos constitucionales, por cuanto va en contravía de la presunción de primacía de la libertad de expresión sobre otros derechos. Ciertamente, en este caso no existe fundamento para desvirtuar esta presunción y, aun así, continúa vigente en el ordenamiento jurídico una norma que es totalmente contraria a este precepto.



EL VEINTE
JUSTICIA · LIBERTAD DE EXPRESIÓN

Ahora bien, se debe tener en cuenta que la inconstitucionalidad de la norma también deriva de la amplitud de su redacción. En efecto, al consagrar “*todo el que por cualquier medio*” la norma extiende su ámbito de aplicación a intermediarios de internet y a personas particulares, a quienes se les terminaría aplicando un estándar profesional -de periodismo- a pesar de no ser profesionales. Esta indeterminación normativa, agravada por la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia sobre la materia, resulta en extremo peligrosa para los principios constitucionales, pues equivale a la aplicación de estándares probatorios y de responsabilidad civil incompatibles con los mismos.

Por otra parte, la disposición acusada también vulnera el derecho al debido proceso, pues establece una inversión de la carga de la prueba -en detrimento de los periodistas o emisores de información- que no supera el test de proporcionalidad establecido por la Corte Constitucional. En efecto, se demostró que se trata de una medida que no es necesaria para proteger la finalidad constitucional que persigue y que, además, genera mayores daños al derecho a la libertad de expresión que el beneficio que supuestamente reporta al derecho al buen nombre y a la honra.

Finalmente, se destaca que la norma demandada es contraria a instrumentos internacionales vinculantes según el bloque de constitucionalidad, lo que ratifica la necesidad de retirar de que la misma sea retirada del ordenamiento jurídico.

VI. PETICIÓN

Solicitamos a la Honorable Corte declare la inconstitucionalidad del artículo 55 la Ley 29 de 1944, por vulnerar el preámbulo y los artículos 20 y 29 de la Constitución Política, así como el artículo 13 de la Convención Interamericana de Derechos Humanos⁸⁷, el artículo 19 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos⁸⁸ y el principio 10 de la Declaración de Principios sobre la Libertad de Expresión

VII. NOTIFICACIONES

Las recibiremos en la Secretaría de la H. Corte Constitucional o en la siguiente dirección Carrera 7A # 69 - 67 (Piso 2). De igual manera en el correo direccionalveinte@gmail.com

De la Honorable Corte,

⁸⁷ Aprobada mediante la Ley 16 de 1972.

⁸⁸ Aprobado mediante la Ley 74 de 1968.