# Ruta de defensa CONTRA el acoso judicial

FLIP FUNDACIÓN PARA LA LIBERTAD DE PRENSA

Fundación para la Libertad de Prensa (FLIP), 2020
©Licencia Creative Commons
Atribución-NoComercial-CompartirIgual 4.0 Internacional

| | |
|---|---|
| **Investigación y actualización de contenidos** | Raissa Carrillo Villamizar<br>Ángela Caro<br>Daniela Rojas<br>Daniela Ospina |
| **Coordinación de contenidos** | Raissa Carrillo Villamizar<br>Jonathan Bock Ruiz |
| **Consultoría** | El Veinte |
| **Corrección de estilo** | Acento - corrección de textos |
| **Ilustraciones** | María José Guzmán<br>mariajoseguzman.art@gmail.com |
| **Diseño y diagramación** | Laura Camila Merchán |

FUNDACIÓN PARA LA LIBERTAD DE PRENSA - FLIP

**Presidente:** Fernando Alonso Ramírez. **Director Ejecutivo:** Jonathan Bock Ruiz.
**Asesora de Dirección:** María Paula Martínez. **Coordinadora de Proyectos:** Darly Diaz.
**Coordinación Administrativa y Financiera:** Mireya Luque, Diana Herrera, Juan Guillermo Pantoja, Marieli Leiva, Mauricio Albarracín, Nubia Cárdenas.
**Coordinación de Defensa y Atención a Periodistas:** Raissa Carrillo Villamizar, Ana María Mateus, Ángela Caro, Daniela Ospina, Daniela Rojas, Viviana Yanguma.
**Centro de Estudios de Libertad de Expresión:** Juan Pablo Madrid-Malo, Carlos Arias Medina, Carolina Arteta Caballero, Daniela Chinchilla, Federico Gutiérrez, Johan Romero, María Alejandra Arcila.
**Equipo Creativo y de Comunicaciones:** Andrea Torres Perdomo, Gabriel Linares, Juliana Duque Patiño, Laura Camila Merchán, Paola Llinás Aragón.

Esta publicación fue posible gracias al apoyo de Free Press Unlimited. Los contenidos de este material son responsabilidad exclusiva de sus autores y no necesariamente reflejan los puntos de vista de esta organización.

Esta guía se elaboró con el apoyo de la consultoría contratada por la FLIP con la organización EL VEINTE. Esta herramienta incluye algunos apartes elaborados por EL VEINTE. Cuando usted encuentre su ícono, quiere decir que ese fragmento se hizo con base en la consultoría de EL VEINTE o es un texto extraído del documento entregado por EL VEINTE.

04
Introducción

08
PARTE 1
El acoso judicial en Colombia

09
Concepto: ¿Qué es el acoso judicial?

10
Elementos: ¿Cómo reconocer el acoso judicial?

13
Vías de acoso judicial en Colombia: ¿Cómo se manifiesta?

20
PARTE 2
Defensa de la libertad de expresión

34
PARTE 3
Estrategia de defensa en procesos de tutelas

56
PARTE 4
Estrategia de defensa en un proceso de responsabilidad civil

64
PARTE 5
Estrategia de defensa en un proceso penal

76
Anexos

# introducción

"Profundamente preocupado ante todos los intentos de silenciar a los periodistas y a los trabajadores de los medios de comunicación, por ejemplo con leyes... ante **el recurso estratégico a la justicia, por parte de entidades comerciales y personas físicas, contra la participación pública, a fin de presionar a los periodistas e impedirles que hagan reportajes críticos y/o de investigación.**"

Consejo de Derechos Humanos - ONU A/HRC/45/L.42/Rev.1, 7 oct 2020

Las amenazas a la libertad de expresión en la región -y, particularmente, al ejercicio periodístico- son múltiples y variadas. Una de las más recurrentes es **la judicialización de conflictos de libertad de expresión, incluso en causas infundadas, con el fin de silenciar asuntos de interés público**. La Relatoría Especial para la Libertad de Expresión (RELE) de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) señaló que, en América Latina, se ha incrementado significativamente la censura a través de las denuncias o demandas en contra de periodistas[1]. Asimismo, en el informe anual de 2019, la RELE afirmó que "los periodistas que investigan casos de corrupción o actuaciones indebidas de autoridades públicas no deben ser blanco de acoso judicial u otro tipo de hostigamiento como represalia por su trabajo"[2].

El abuso de mecanismos judiciales contra periodistas y medios que revelan información de interés público, ya sea por su trabajo pe-

1. CIDH. (2017). *Informe Anual de la Relatoría Especial para la Libertad de Expresión.* OEA/ Ser.L/V/II CIDH/RELE/INF.16/17. Marzo 15 de 2017.

2. CIDH. (2018). *Informe Anual de la Relatoría Especial para la Libertad de Expresión* (vol. 2). OEA/Ser.L/V/II. Doc.30/19 v.2. Aprobado el 24 de febrero de 2020. Recuperado de: http://www.oas.org/es/cidh/expresion/informes/ESPIA2019.pdf.

riodístico o en defensa de los derechos humanos, busca censurar e intimidar a las personas. Este abuso tiene como posibles consecuencias la omisión de ciertos temas en el debate público; la autocensura por parte de quien se expresa, para evitar todo lo que un proceso judicial implica económica y emocionalmente; y, en algunos casos, decisiones judiciales que contravienen los estándares en materia de libertad de expresión.

Esta práctica se conoce, en otros países, como "pleito estratégico contra la participación pública" -SLAPP, por sus siglas en inglés[3]-. En Colombia, se ha nombrado, en términos coloquiales, como hostigamiento judicial, acoso judicial, PLAGA (Presión de Litigio Abusivo Generador de Autocensura), asfixia, censura judicial o "estrangular la ley contra el debate público".

En el país, el acoso judicial también es utilizado como una herramienta de intimidación contra periodistas y que también pretende silenciar asuntos de interés público. En la documentación realizada por la FLIP es notorio el aumento de casos en los últimos cinco años: en 2015 la Fundación conoció 12 casos y en el 2019 fueron 66. De 12 en 2015 a 66 en 2019.

Este cerco en contra de la prensa se manifiesta a través de denuncias penales, tutelas o demandas civiles con aparente sustento legal. Estos caminos son ampliamente usados con in-

3. *'Strategic lawsuit against public participation'.*

> "La CIDH ha indicado que las personas que realizan denuncias sobre hechos de corrupción son sujetas a una serie de represalias, dentro de las que se incluyen el aislamiento o reproche social y la "persecución o silenciamiento mediante investigaciones y sanciones administrativas, acciones civiles o penales".
>
> CIDH, Corrupción y Derechos Humanos, OEA/Ser.L/V/II. Doc. 236, 6 diciembre 2019, párr. 189.

> El temor a una sanción civil desproporcionada puede ser a todas luces tan o más intimidante e inhibidor 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

Corte IDH. Fontevecchia y D'Amicco v Argentina (2011)

tención de silenciar, presionar e intimidar injustamente a la prensa; las acciones legales se encaminan para generar miedo y presión a fin de que modifiquen o eliminen los datos u opiniones que publican. Los periodistas pueden verse enfrentados a procesos largos y dispendiosos, incluso en casos en los que sus publicaciones están plenamente justificadas.

Esta guía busca brindar herramientas para la defensa contra el acoso judicial; a fin de forjar la capacidad, entre los periodistas y sus defensores, de atender los casos de manera óptima, de cara a los patrones del acoso judicial en Colombia y desde una perspectiva práctica. ¿Cómo identificar si estoy frente a un caso de acoso judicial?; si hay un proceso en mi contra, ¿cómo puedo defenderme?; ¿qué puedo responder frente a los distintos argumentos que se presentan en las demandas?; ¿qué temas procesales debo tener en cuenta en mi defensa?; ¿cómo mi defensa puede ayudar a frenar este fenómeno de manera estratégica?

Si bien esta es una guía práctica para que los periodistas sepan cómo actuar cuando se enfrentan a denuncias por injuria y calumnia, a procesos de responsabilidad civil y a acciones de tutela, es importante tener en cuenta que el acoso judicial también se canaliza a través otros medios (por ejemplo, la investigación de delitos de pánico económico, rebelión o violación a la libertad religiosa).

PARTE 1

# Acoso judicial en Colombia

## 1. ¿Qué es el acoso judicial?

El acoso judicial ha sido abordado por distintos organismos regionales e internacionales de derechos humanos. En general, estos cuerpos han considerado que el uso abusivo de mecanismos legales como forma de censura es una violación a la libertad de expresión, frente a la que debe haber una respuesta por parte los Estados.

**El acoso judicial ocurre cuando una persona abusa de las instancias judiciales con el fin de censurar, silenciar o intimidar el libre trabajo periodístico, a través de demandas civiles, denuncias o acciones de tutela.** Por lo general, el demandante es un funcionario público o particular que voluntariamente se ha sometido al escrutinio público. Estas personas suelen alegar que, debido a la publicación periodística, se han violado su intimidad o sus derechos a la honra y el buen nombre. Incluso, suelen afirmar que han sufrido daños por los contenidos que se han publicado y que, por lo tanto, deben ser indemnizadas con cifras exorbitantes.

Ahora bien, el acoso judicial no requiere necesariamente que el periodista sea condenado; basta con obligarlo a responder frente a jueces o fiscales y someterlo a un proceso extenso y engorroso que puede significar, en varias ocasiones, un importante desgaste económico y emocional. Aunque esto ocurra, no olvide que usted puede y debe seguir publicando durante el proceso. Muchas veces, lo que el denunciante o demandante busca es silenciarlo.

# 2. Elementos distintivos del acoso judicial [4]

El acoso judicial para limitar el uso legítimo de la libertad de expresión es un fenómeno complejo, que se caracteriza por los siguientes elementos:

2.1. Judicialización de conflictos de libertad de expresión

2.2. El estudio preliminar apunta a una causa infundada

2.3. Desigualdad de cargas entre las partes en conflicto

2.4. Se busca el silenciamiento de un asunto de interés público

## 2.1. Judicialización de conflictos de libertad de expresión

El primer elemento del acoso judicial es que implica la judicialización de un debate propio de la libertad de expresión. En otras palabras, el conflicto entre la veracidad o alcance de alguna expresión (bien sea información u opinión) y los derechos de la persona u organizaciones mencionadas se lleva ante la justicia para que sea resuelto.

En lugar de que el desacuerdo se resuelva en la opinión pública, para que sea ella misma la que decida la verdad, falsedad o fundamento de las afirmaciones en cuestión, se lleva el debate ante instancias jurisdiccionales. Como lo señaló la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH) en el caso *Fontevecchia y D'amico v. Argentina*, los debates propios de la libertad de expresión deben ser judicializados solo en circunstancias excepcionales, cuando se han agotado todas las vías posibles para que el desencuentro sobre lo dicho se solucione por los mecanismos orgánicos del debate público (y no mediante el uso del sistema judicial).

Este elemento del acoso judicial tiene especiales efectos nocivos sobre la administración de justicia. Incluso, podría derivar en faltas en el ejercicio profesional de los abogados que emprendan estas causas.

## 2.2. El estudio preliminar apunta a una causa infundada

Con base en el primer criterio, no es posible afirmar que cualquier persecución litigiosa de una expresión constituya acoso judicial. Para que se configure el acoso judicial, es impor-

4. Este acápite retoma la consultoría de El Veinte con la FLIP.

tante que el uso de las vías jurisdiccionales sea temerario o injustificado. Esto quiere decir que la causa está encaminada a generar miedo y presión sobre quien ha emitido la expresión (más que a la corrección de una información u opinión falsa o dañina).

Como bien lo señaló el Parlamento Europeo en el estudio solicitado por la Comisión de Libertades Civiles, Justicia y Asuntos de Interior, los procesos orientados a silenciar e intimidar no necesariamente buscan una decisión favorable, sino atormentar a quienes son demandados o denunciados con las dificultades propias de enfrentar un proceso judicial. Tales cargas incluyen contratar abogados, recoger documentación, poner en peligro o intimidar a sus fuentes -en el caso de los periodistas- y las angustias personales y emocionales propias de enfrentar una acusación ante un juez.

Para determinar la presencia de este elemento, es necesario realizar un estudio preliminar que permita concluir tentativamente que la causa es infundada o carece de pruebas para demostrar que la información sea errada o confusa o que la opinión sea infundada y cause un daño desproporcionado al receptor. Adicionalmente, debe determinarse que las pretensiones y estrategias que sustentan la demanda estén encaminadas a generar presión y miedo. Algunos de los elementos que pueden incluirse en este estudio inicial son los siguientes:

**1.** En principio, el asunto que se judicializa se trata de información de interés del público, que toca temáticas de importancia social, económica o política. Este elemento resulta importante, pues la disputa debe ser sobre un asunto de relevancia para la sociedad. Por ejemplo, se identifica por ser un tema de mediano conocimiento, sobre el que ya existan elementos en el debate público que permitan a la ciudadanía conocer las circunstancias fácticas que se discuten. Al ser información disponible para el público, el estudio inicial debe apuntar a que, en apariencia, la expresión tiene suficientes elementos para constatar su veracidad o verosimilitud[5].

**2.** En apariencia, las pretensiones apuntan a silenciar a quien ha emitido la expresión y no a corregir la misma. En estos casos, resaltan pretensiones que, por ejemplo, buscan que el periodista no pueda volver a mencionar al receptor o al asunto que origina la controversia (o, incluso, que se elimine la publicación)[6]. En el mismo sentido, suelen solicitarse medidas cautelares que buscan afectar el patrimonio del periodista, para generar presión y efectos inmediatos.

5. La FLIP editó levemente este aparte agregando la importancia de la información pública por su valor para la sociedad.

6. En varias de las causas estudiadas (en todas las jurisdicciones, pero con especial incidencia en la civil), muchos de los actores que emplean el acoso judicial solicitan -bien sea directa o indirectamente- que se ordene judicialmente que un periodista o medio no pueda informar u opinar sobre determinado asunto.

## 2.3. Desigualdad de cargas entre las partes en conflicto

Otro de los elementos constitutivos del fenómeno del acoso judicial es que exista, entre las partes en conflicto, una desigualdad sustancial en términos de acceso a poder político, económico o social. El acoso judicial suele ser una estrategia emprendida por personas u organizaciones poderosas que tienen acceso garantizado a profesionales del derecho; por tanto, el uso de las vías jurisdiccionales no resulta en gastos exorbitantes o difíciles de cubrir. Como lo ha señalado la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, la desigualdad de armas es uno de los elementos fundamentales del acoso judicial, pues habilita un mayor efecto intimidatorio. Usualmente, una de las partes tiene mayor facilidad para emplear los mecanismos de acceso a la justicia, generando en su contraparte la sensación de que enfrenta a un enemigo muy difícil de vencer[7].

Las personas que acuden al acoso judicial suelen emplear esta metodología de manera reiterada sobre un determinado sector de la opinión pública o frente a un tema en particular. Al ser usuarios frecuentes de herramientas judiciales, conocen con suficiencia sus particularidades, lo que les da cierta ventaja en su estrategia de litigio. Además, tienen experticia en el campo y conocen los actores fundamentales para salir exitosos o, por lo menos, parecerlo[8]. Al contrario, la persona que es llamada a responder por sus expresiones suele ser un periodista o un medio, para quien asumir un proceso judicial implica una carga desproporcionada que amenaza su sustento vital u organizacional.

En algunas ocasiones, también puede configurarse el acoso judicial cuando se persigue a periodistas o influenciadores que tienen amplia presencia en la discusión pública. En estos casos, a pesar de contar con voces reconocidas e importantes, la persona perseguida enfrenta una dificultad para asumir el proceso judicial. Aunque existan periodistas o medios de comunicación prestantes que puedan acceder más fácilmente a abogados o a costear un proceso judicial, ello no implica que asumir la causa deje de ser una actividad injustificada; pues deben defender su trabajo solamente por sus consecuencias en la discusión pública, poniendo en riesgo sus fuentes y volviéndose objeto de cuestionamientos profesionales perjudiciales.

7. CIDH. (s.f.). *El acceso a la justicia como garantía de los derechos económicos, sociales y culturales: estudio de los estándares fijados por el Sistema Interamericano de Derechos Humanos.* Recuperado de: http://www.cidh.oas.org/countryrep/accesodesc07sp/accesodesciv.sp.htm

8. Cf. Galanter, M. (1974). *Why The "Haves" Come out Ahead: Speculations on the Limits of Legal Change.* L. & SOC. REV, 9, 95.

### 2.4. Se busca el silenciamiento de un asunto de interés público.

Finalmente, para que se evidencie un caso de acoso judicial, es importante que la expresión que se acusa se refiera a un asunto de interés público, por las consecuencias sociales, políticas o económicas de su divulgación. En el caso de los periodistas que enfrentan acciones de acoso judicial, se debe responder aplicando uno de los postulados principales del ejercicio periodístico: **"los periodistas deben ejercer un control independiente del poder"**[9].

Cuando la expresión perseguida se trata de información u opinión sobre asuntos macro (que, por ejemplo, afecta sustancialmente las relaciones políticas, el gasto público, las dinámicas sociales, el bienestar de la comunidad o una parte importante de la misma), se configura el acoso judicial para silenciar asuntos que se beneficiarían del debate en la opinión pública.

El interés público se refiere a **"asuntos que afectan al público a tal nivel que pueda legítimamente crear un interés en él, que atrae su atención o que le concierne en un nivel significativo, especialmente por afectar el bienestar de los ciudadanos o la vida en comunidad"**[10].

## 3. Vías de acoso judicial en Colombia[11]

El acoso judicial en Colombia se presenta, principalmente, a través de tres tipos de acciones judiciales: tutela, demanda civil de responsabilidad extracontractual y denuncias penales. Estos procesos, por su naturaleza, tienen finalidades distintas: restablecer un derecho fundamental; obtener una reparación; o sancionar e imponer un castigo por la afectación de bienes jurídicos protegidos. Por tal motivo, es posible que un periodista enfrente simultáneamente varios procesos en su contra por los mismos hechos.

Los acosadores escogen de manera estratégica el proceso al que recurren según sus características. De la misma manera, la defensa judicial del periodista debe adecuarse a sus particularidades. Al respecto, esto es lo que debe tenerse en cuenta:

9. Kovach, B. & Rosenstiel, T. (2012). *Los Elementos del Periodismo*. Madrid: Aguilar. Pág. 155.

10. Tribunal Europeo de Derechos Humanos. (2017). *Satakunnan Markkinapörssi Oy And Satamedia Oy 49 v. Finland*, No. 931/13. Juicio del 27 de junio de 2017. Párr. 171.

11. Esta sección es un texto original del manual *Fuera de juicio*, publicado por la FLIP en 2019. Disponible en: https://flip.org.co/index.php/es/publicaciones/manuales/item/2379-fuera-de-juicio-manual-para-la-defensa-de-periodistas-frente-al-acoso-judicial

TIPO DE ACCIÓN

# Acción de tutela

## ¿QUÉ DEBO SABER?

- Es un mecanismo que busca la protección de los derechos fundamentales de las personas (como la vida, la igualdad, la honra, la intimidad, el buen nombre, etc.) cuando son vulnerados por entidades públicas y, en algunos casos, por particulares (como los medios de comunicación o periodistas).
- Esta acción no requiere formalismos y puede interponerse sin necesidad de abogado.
- Antes de usarla, se debe agotar la solicitud de rectificación al medio. Sólo si el medio no responde o si la respuesta no es satisfactoria, el interesado puede presentar la tutela.

## BONDADES

La sentencia no puede ordenar prisión, multas ni reparaciones económicas, excepto en el desacato.

No genera antecedentes penales.

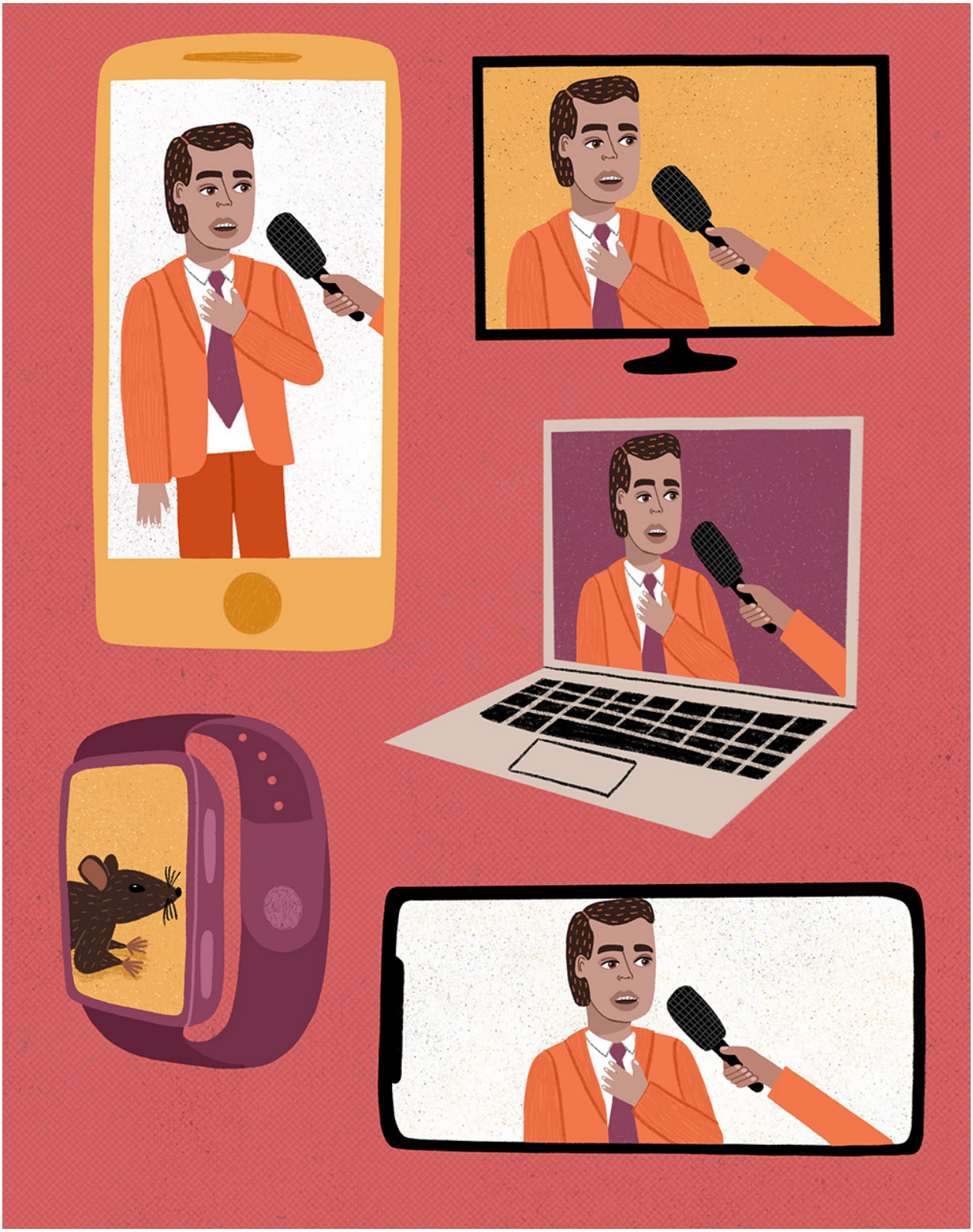
La rectificación es un requisito que se debe agotar previo a la presentación de la tutela.

## DESVENTAJAS

Los tiempos de respuesta son cortos. Generalmente se dan sólo dos o tres días para responder.

Si al final del proceso el periodista incumple con la orden de tutela, se puede iniciar un incidente de desacato. Esto puede acarrear arresto de hasta seis meses y multa de hasta veinte SMMLV.

El demandante tiene que presentar la tutela en un plazo razonable después de que se hace la publicación. Esto suele considerarse como máximo seis meses. En internet, este plazo razonable se cuenta desde el momento en que el demandante tiene conocimiento de la publicación. Esto significa que pueden presentarse tutelas años después de la publicación de la nota.



TIPO DE ACCIÓN

# Denuncia por injuria o calumnia

## ¿DE QUÉ SE TRATA?

Es cuando una persona le informa a la autoridad pública (la Fiscalía) de la existencia de un delito para que sea investigado y sancionado. En este caso, se trataría de los delitos de injuria y calumnia. Afirmar que una persona ha cometido hechos delictivos, a sabiendas de que no son ciertos, es **calumniar.** Hacer afirmaciones deshonrosas que tengan la capacidad de dañar o atentar contra la honra de la persona es **injuriar.** También existen la injuria y la calumnia indirectas (Artículo 222 Código Penal). Estos delitos consisten en publicar, reproducir o repetir injurias o calumnias dichas por alguien más.

Además, existen casos en los que la pena de prisión puede ser más alta por usar un medio de divulgación colectiva, como un medio de comunicación (Artículo 223 del Código Penal).

Aunque es común que se denuncie por ambos delitos, no es posible jurídicamente que una afirmación sea injuria y calumnia al mismo tiempo. Sin embargo, sí es posible que en una misma publicación o discurso se incurra tanto en injurias como en calumnias. En ese caso, cada una de las afirmaciones hechas debe evaluarse de manera separada.

## BONDADES

Da más tiempo para que el denunciado prepare su defensa.

El tiempo máximo para presentar la querella es de seis meses luego de la publicación.

Si usted se retracta o rectifica las afirmaciones hechas antes de que el ofendido formule la querella, no se podrá iniciar el proceso penal en su contra.

Si usted se retracta o rectifica durante el proceso, y antes de la sentencia de primera instancia, no habrá lugar a responsabilidad penal.

En caso de que se retracte y, además de la querella, haya una tutela en su contra, la retractación también tendrá efectos en el proceso de tutela.

## DESVENTAJAS

Si es condenado por injuria, la pena de prisión es de uno a tres años y multa de diez a mil SMMLV.

Si es condenado por calumnia, podrá recibir pena de prisión de uno a cuatro años y multa de diez a mil SMMLV.

Si es condenado por injuria o calumnia indirecta puede haber castigo de uno a cuatro años de prisión y multa de diez mil SMMLV.

La condena produce antecedentes penales. Esto lo puede afectar laboralmente, en la credibilidad de su medio, en solicitud de visas, contratación con el Estado y en futuros procesos penales. Incluso, pueden inhabilitarlo para ejercer derechos y funciones públicas, tales como la posibilidad de elegir y ser elegido.

TIPO DE ACCIÓN

# Demanda por responsabilidad civil extracontractual

## ¿DE QUÉ SE TRATA?

Esta acción se presenta cuando una persona considera que tiene el derecho a ser indemnizada por otra, que le habría causado un daño. En este caso, quien interpone la acción deberá contar con las pruebas que demuestren la afectación injustificada de su honra, buen nombre o intimidad.

## BONDADES

Generalmente, da más tiempo para que el demandado prepare su defensa.

No genera antecedentes penales.

## DESVENTAJAS

Puede haber altísimas condenas en perjuicios. El demandante puede alegar que con la publicación se le perjudicó y que por esta razón se le debe indemnizar monetariamente.

Si rectifica, el proceso puede seguir adelante.

El plazo máximo para presentar la demanda es de diez años.

# ¿Cómo saber si está frente a un caso de acoso judicial?

Si usted identifica estos elementos en su caso,
es posible que esté siendo víctima de acoso judicial:

Existe un proceso judicial de tutela, civil o penal en su contra por un asunto que compromete su libertad de expresión.

El denunciante suele interponer demandas y denuncias contra la prensa (periodistas o medios de comunicación) usando distintos mecanismos legales (tutela, denuncia, civil, múltiples acciones); o cuenta con el apoyo de un grupo político, económico o social.

Quien recurre a las acciones judiciales en su contra es un funcionario público o un particular con exposición pública que se ha visto comprometido (o perjudicados sus intereses) por su publicación.

El agresor pide la protección de sus derechos al buen nombre, honra, intimidad, imagen o hábeas data.

Sus publicaciones son de relevancia pública, pues abarcan temas como política, corrupción, salud, elecciones o contrataciones públicas.

Usted tiene los soportes de la veracidad o diligencia periodística que respaldan las afirmaciones en la publicación.

A primera vista, dicho proceso no parece tener una causa fundada: por ejemplo, no hay una argumentación válida o no se aportan pruebas de la falsedad o imprecisión de la información que usted publicó.

Se evidencia una desigualdad de armas entre las partes en conflicto.

Se busca el silenciamiento de un asunto de interés público: pide que se baje la nota, se elimine un nombre o se rectifique una información.

En caso de establecer que usted está frente a acoso judicial, sepa que además de atender el proceso, usted podría verse expuesto a otras estrategias paralelas que suelen caracterizarse de esta manera:

### "El mediático" "El escandaloso"

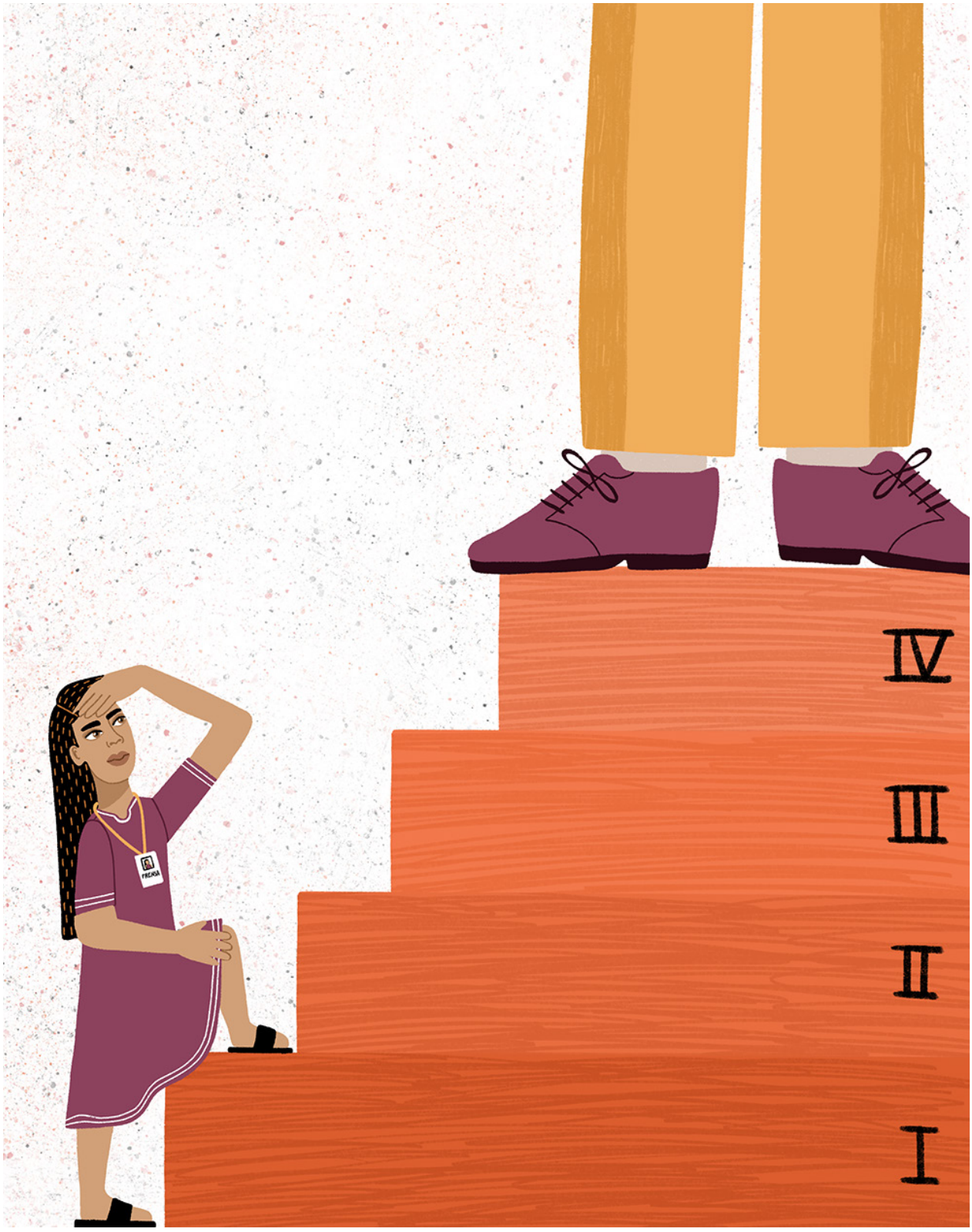
Se caracteriza por el uso de redes sociales y anuncios en medios de comunicación, así como el apoyo de grupos de poder e influencia, para hacer más **visible** el litigio en su contra. Con ello, se busca incrementar el costo social, para que en últimas usted desista y ceda a su petición.

### "El intimidante"

Se caracteriza por el tono **amenazante.** Es posible que el denunciante lo haya amenazado con demandar si usted publicaba la nota. Ha pedido sumas indemnizatorias exorbitantes y fomenta que se repliquen nuevas agresiones en su contra. Busca amedrentarlo e infundir miedo para que usted desista y ceda a su petición.

### "Desgastante"

Se caracteriza por la **mala fe** procesal. Este busca y utiliza artimañas para que usted tenga un proceso más dispendioso y problemático que lo usual. Quiere aburrirlo del proceso judicial, para que en últimas usted desista y ceda a su petición.


IV
III
II
I

PARTE 2

# Defensa de la Libertad de Expresión

El acoso judicial busca limitar el derecho a la libertad de expresión y de prensa. En este sentido, un punto de partida indiscutible es la fijación del contenido de este derecho y la explicación de sus limitaciones excepcionales. Este acápite le proporcionará argumentos que pueden ser usados de forma transversal en procesos de tutela, civiles y penales[12].

12. Este capítulo corresponde a una intervención de la FLIP ante la Corte Constitucional, presentada en 2019. El texto fue modificado y ampliado para esta publicación.

## 1. La libertad de expresión y el acceso a la información según el derecho internacional de los derechos humanos

Dado al carácter preferente que ocupa la libertad de expresión en sistemas democráticos, en caso de cualquier tensión con otro derecho, debe preferirse la solución que favorezca un ejercicio más amplio de la libertad de expresión[13].

Esto no implica que el derecho a la libertad de expresión sea absoluto, ya que puede restringirse en función del "respeto de los derechos o la reputación de otras personas, o la protección de la seguridad nacional y el orden público, o de la salud y la moral públicas"[14]. Sin embargo, de acuerdo con la interpretación que la Corte IDH ha hecho del artículo 13.2 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, para determinar si una restricción a la libertad de expresión o información es admisible, es necesario verificar que esta se encuentre definida previamente por la ley de manera clara, expresa y taxativa. Adicionalmente, la limitación del derecho debe ser necesaria en una sociedad democrática para el logro de los fines imperiosos que se pretenden lograr; estrictamente proporcional a la finalidad perseguida; e idónea para alcanzar el objetivo que se busca[15].

Según esto, en virtud del principio de máxima divulgación, las restricciones al acceso a la información pública deben ser verdaderamente excepcionales. De igual forma, dichas excepciones deben estar previamente establecidas por la ley. Asimismo, deben estar sujetas a una interpretación restrictiva, de manera que, en caso de duda, se opte por aquella interpretación a favor de la transparencia y el acceso a la información[16]. Además, el Estado debe abstenerse de decretar la reserva sobre determinada información, salvo que las excepciones contenidas en el artículo 13.2 de la Convención lo demanden (a saber, la seguridad nacional, el orden público, la salud pública, la moral pública o los derechos de los demás).

La restricción de determinada información debe superar el ya precitado test o prueba de daño; es decir, debe comprobarse la necesidad, idoneidad y proporcionalidad de la limitación. De acuerdo con la Corte IDH:

13. Corte Constitucional. (1998). *Sentencia C-087*. M.P.: C. Gaviria; (2000). *Sentencia T-094*. M.P.: A. Tafur; (2000). *Sentencia C-010*. M.P.: A. Martínez.

14. Comité de Derechos Humanos. (2011). Observación General No. 34. Artículo 19. Libertad de opinión y libertad de expresión. 21 de julio de 2011. CCPR/C/GC/34, párr. 21. Esta Observación reemplaza a la OG No. 10 (Comité de Derechos Humanos. (1983). Observación General No. 10. Artículo 19. Libertad de opinión. 29 de junio de 1983. U.N. Doc. HRI/GEN/1/ Rev.7 at 150 1983).

15. Corte Constitucional. (2000). *Sentencia C-010*. M.P.: A. Martínez.

16. Corte IDH. (2010). *Caso Gomes Lund y otros ("Guerrilha do Araguaia") v. Brasil. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 24 de noviembre de 2010. Serie C No. 219.

*"La libertad de expresión constituye uno de los pilares esenciales de una sociedad democrática y una condición fundamental para su progreso y para el desarrollo personal de cada individuo. Dicha libertad no sólo debe garantizarse en lo que respecta a la difusión de información o ideas que son recibidas favorablemente o consideradas como inofensivas o indiferentes, sino también en lo que toca a las que ofenden, resultan ingratas o perturban al Estado o a cualquier sector de la población. Tales son las demandas del pluralismo, la tolerancia y el espíritu de apertura, sin las cuales no existe una sociedad democrática. [...] Esto significa que [...] toda formalidad, condición, restricción o sanción impuesta en la materia debe ser proporcionada al fin legítimo que se persigue."*[17]

## 2. Contenido y límites del derecho a la libertad de expresión y acceso a la información

Uno de los componentes del derecho a la libertad de expresión es, precisamente, el derecho de acceso a la información. Dada su importancia para los sistemas democráticos, este derecho ha sido objeto de una interpretación amplia y robusta por parte del Sistema Interamericano de Derechos Humanos.

En primer lugar, se trata de un instrumento fundamental para la consolidación y preservación de la democracia, ya que solo a través de este es posible garantizar la participación activa de la ciudadanía en asuntos que son de interés público.

En segundo lugar, el acceso a la información pública es un medio para la realización de otros derechos humanos, y de esta manera propicia que las personas conozcan qué derechos tienen y de qué manera pueden ejercerlos. De acuerdo con la RELE, "esto último es particularmente urgente para los sectores sociales marginados o excluidos que no suelen tener a su disposición mecanismos de información sistemáticos y seguros que les permitan conocer el alcance de sus derechos y la forma de hacerlos efectivos"[18].

Según la Corte IDH, la importancia de este derecho reside en el control político que ejerce la ciudadanía para preservar la transparencia en la gestión pública. En palabras de la Corte IDH:

*"El control democrático, por parte de la sociedad a través de la opinión pública, fomenta la transparencia de las activida-*

17. Corte IDH. (2004). *Caso Herrera Ulloa v. Costa Rica. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas.* Sentencia de 2 de julio de 2004. Serie C No. 107.

18. RELE de la CIDH. (2009). *El derecho de acceso a la información en el marco jurídico interamericano.* Documento OEA/Ser.L/V/II cidh/rele/inf. 1/09.

*des estatales y promueve la responsabilidad de los funcionarios sobre su gestión pública. Por ello, para que las personas puedan ejercer el control democrático es esencial que el Estado garantice el acceso a la información de interés público bajo su control. Al permitir el ejercicio de ese control democrático se fomenta una mayor participación de las personas en los intereses de la sociedad."* [19]

En lo que respecta a nuestro ordenamiento jurídico, el artículo 20[20] de la Carta Política consagra diferentes derechos y libertades fundamentales que deben ser interpretados a la luz de los instrumentos internacionales de derechos humanos que obligan a Colombia (según lo dispuesto en los artículos 93[21] y 94[22] de la Constitución). Dichas garantías se pueden resumir en: (i) la libertad de expresión en sentido estricto; (ii) la libertad de opinión; (iii) la libertad de información; (iv) la libertad de fundar medios de comunicación; (v) la libertad de prensa y la consecuente responsabilidad social; (vi) el derecho a la rectificación en condiciones de equidad; y (vii) la prohibición de la censura.

De lo anterior se desprende que el derecho a la libertad de expresión abarca la **libertad de información como garantía que goza de protección jurídica reforzada**. Según la jurisprudencia de la Corte IDH (que ha sido aplicada reiteradamente en nuestro sistema jurídico como criterio hermenéutico para fijar el sentido de las normas constitucionales sobre derechos fundamentales[23]) la libertad de expresión comprende "no sólo el derecho y la libertad de expresar su propio pensamiento, sino también el derecho y la libertad de buscar, recibir y di-

19. Corte IDH. (2006). *Caso Claude Reyes y otros v. Chile. Fondo, Reparaciones y Costas.* Sentencia de 19 de septiembre de 2006. Serie C No. 15.

20. "Se garantiza a toda persona [natural o jurídica] 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".

21. "Los tratados y convenios internacionales ratificados por el Congreso, que reconocen los derechos humanos y que prohíben su limitación en los estados de excepción, prevalecen en el orden interno. Los derechos y deberes consagrados en esta Carta, se interpretarán de conformidad con los tratados internacionales sobre derechos humanos ratificados por Colombia. El Estado Colombiano puede reconocer la jurisdicción de la Corte Penal Internacional en los términos previstos en el Estatuto de Roma adoptado el 17 de julio de 1998 por la Conferencia de Plenipotenciarios de las Naciones Unidas y, consecuentemente, ratificar este tratado de conformidad con el procedimiento establecido en esta Constitución. La admisión de un tratamiento diferente en materias sustanciales por parte del Estatuto de Roma con respecto a las garantías contenidas en la Constitución tendrá efectos exclusivamente dentro del ámbito de la materia regulada en él"

22. "La enunciación de los derechos y garantías contenidos en la Constitución y en los convenios internacionales vigentes, no debe entenderse como negación de otros que, siendo inherentes a la persona humana, no figuren expresamente en ellos".

23. Corte Constitucional. (2000). *Sentencia C-010.* M.P.: A. Martínez.

fundir informaciones e ideas de toda índole"[24]. Igualmente, este derecho comprende una dimensión individual y una social. La primera consiste en que a nadie se le puede impedir expresar y difundir su pensamiento por cualquier medio, mientras que la segunda implica el derecho de la colectividad a recibir cualquier tipo de información[25].

La **doble dimensión** del derecho a la libertad de información implica que durante su ejercicio se apliquen obligaciones y responsabilidades. Así las cosas, la información que se divulga debe ser cierta, objetiva y oportuna[26]. La información es cierta cuando se sustenta en la realidad; es objetiva cuando no es sesgada, tendenciosa o arbitraria; y es oportuna cuando entre los hechos y la publicación exista inmediación (es decir, que el tiempo que transcurra entre uno y otro no provoque que la noticia carezca de interés o incidencia). En este sentido, no es oportuna la información que "versa sobre acontecimientos hace tiempo transcurridos si se los presenta como de reciente ocurrencia. Tampoco lo es la noticia que muestra como hecho cumplido lo que hasta ahora constituye expectativa o probabilidad"[27].

El derecho a la libertad de expresión abarca la libertad de informar como garantía.

Sobre este punto, es importante aclarar que el ordenamiento colombiano ha reconocido que las personas jurídicas también son **titulares** del derecho a la libertad de expresión, cobijando tanto a los medios de comunicación como a quienes se expresan a través de ellos. Sobre los primeros, la Corte Constitucional ha sido enfática en señalar que, en el ejercicio libre de sus funciones democráticas, estos no pueden ser sometidos a ninguna modalidad de control previo, sino exclusivamente a responsabilidades ulteriores[28]. En este sentido, la titularidad del derecho a la información de la cual gozan los medios de comunicación implica que estos deban ejercerla de manera responsable[29]. De no ser así, podría incurrirse en una violación de los derechos de los

24. Corte IDH. (1985). *La colegiación obligatoria de periodistas (arts.13 y 29 Convención Americana sobre Derechos Humanos). Opinión Consultiva OC-5/85 del 13 de noviembre de 1985.* Serie A No. 5; Corte IDH. (2006). *Caso López Álvarez Vs. Honduras. Fondo, Reparaciones y Costas.* Sentencia de 1 de febrero de 2006. Serie C No. 141; Corte IDH. (2004). *Caso Herrera Ulloa v. Costa Rica. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas.* Sentencia de 2 de julio de 2004. Serie C No. 107.

25. Corte Constitucional. (2007). *Sentencia T-391.* M.P.: M. J. Cepeda.

26. Corte Constitucional. (2013). *Sentencia T-040.* M.P.: J. I. Pretelt.

27. Corte Constitucional. (1994). *Sentencia T-259.* M.P.: J. G. Hernández.

28. Corte Constitucional. (2003). *Sentencia C-650.* M.P.: M. J. Cepeda.

29. Corte Constitucional. (1993). *Sentencia C-488.* M.P.: V. Naranjo; (1995). *Sentencia SU-056.* M.P.: A. Barrera.

demás y en un serio incumplimiento de los deberes de relevancia pública, veracidad e imparcialidad. En palabras de esta Corte:

> *"Para los medios masivos de comunicación, la trascendencia y potencialidad de sus efectos obligan un ejercicio cuidadoso de la facultad de informar, serio, responsable y con observancia de tres principios esenciales; de lo contrario podría incurrirse en una intromisión ilegítima de los derechos a la intimidad y al honor de quien se difunde una información o se emite una apreciación. Ellos son: a) el de relevancia pública, b) el de veracidad y c) el de imparcialidad. Una vez superadas estas limitaciones, la restricción de cualquier derecho solo es jurídicamente aceptada cuando antecede una ponderación con otros derechos o bienes constitucionales, y ésta privilegia la información o la libertad de expresión."*[30]

**Los deberes de veracidad, objetividad y oportunidad** anteriormente descritos deben ser satisfechos por los titulares del derecho a la libertad de información. Esto compromete a los periodistas, pero también a la sociedad en general, en tanto es la que tiene el derecho a recibir dicha información. Anudado a lo anterior, la difusión de información incompleta que permita una interpretación falsa de los hechos transgrede no solo los derechos de las personas propiamente involucradas, sino también los del público receptor de la información; pues esta, además de veraz e imparcial, debe ser completa[31].

Por otra parte, es preciso señalar que el **acceso a la información** se encuentra ligado a otros derechos, como el acceso a documentos públicos (consagrado en el artículo 74[32] de la Constitución). Este último implica la posibilidad de conocer documentos públicos sin restricciones, salvo aquellas fijadas en la ley y que resulten compatibles con la Constitución.

Vale la pena añadir que el derecho al acceso a la información es una condición indispensable para el ejercicio del periodismo y un elemento central para la libertad de prensa. De ahí que sea considerado como una herramienta vital para la consecución de fines sociales, como la lucha contra la corrupción[33].

Por lo expuesto, la libertad de expresión goza de un carácter preferente, en razón de su importancia dentro de los sistemas políticos democráticos. En este sentido, tal derecho tiene un grado de inmunidad significativo frente a regulaciones estatales. En caso de cualquier tensión con otro derecho, debe preferirse

30. Corte Constitucional. (2000). *Sentencia SU-1723*. M.P.: A. Martínez.

31. Corte Constitucional. (1996). *Sentencia T-697*. M.P.: E. Cifuentes.

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

33. OEA. Declaración Interamericana de Principios sobre la Libertad de Expresión contempló «*que garantizando el derecho de acceso a la información en poder del Estado se conseguirá una mayor transparencia de los actos del Gobierno afianzando las instituciones democráticas*».

por regla general la solución que favorezca un ejercicio más amplio de la libertad de expresión; al punto de que exista una presunción según la que cualquier limitación a la libertad de expresión es inconstitucional hasta que se demuestre lo contrario[34]. Frente a ello, la Corte Constitucional ha señalado que:

> *"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."*[35] *[Subrayado propio]*

De acuerdo con el artículo 13 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, cualquier limitación a la libertad de expresión debe estar expresamente prevista en una ley y debe estudiarse caso a caso. La jurisprudencia interamericana ha diseñado un **test tripartito** consistente en tres condiciones para que una limitación del derecho a la libertad de expresión sea admisible:

- ***Principio de legalidad.*** *Toda limitación a la libertad de expresión debe haber sido prevista en forma previa, expresa, taxativa y clara en una ley, en el sentido formal y material. Al existir una prohibición absoluta de la censura previa, la ley que establezca una limitación a la libertad de expresión sólo puede referirse a la exigencia de responsabilidades ulteriores.*
- ***Principio de legitimidad.*** *Toda limitación debe estar orientada al logro de objetivos imperiosos autorizados por la Convención Americana, orientados a la protección de los derechos de los demás, la protección de la seguridad nacional, del orden público, de la salud pública o de la moral pública.*
- ***Principio de necesidad y proporcionalidad.*** *La limitación debe ser necesaria en una sociedad democrática para el logro de los fines imperiosos que se buscan; estrictamente proporcionada a la finalidad perseguida; e idónea para lograr el objetivo imperioso que pretende lograr. El test de necesidad se aplica de forma estricta y exigente, requiriendo la demostración de que existe una necesidad imperiosa o absoluta de introducir limitaciones.*[36]

34. Corte Constitucional. (2009). *Sentencia T-219.* M.P.: M. González.

35. Corte Constitucional. (2007). *Sentencia T-391*. M.P.: M. J. Cepeda.

36. Center for International Media Assistance (CIMA) (2017). Estándares internacionales de libertad de expresión: Guía básica para operadores de justicia en América Latina. Pág.18

# 3. Discursos protegidos

## a. Protección reforzada de discursos relativos a personas con exposición pública

Las expresiones, informaciones, ideas y opiniones sobre funcionarios públicos, candidatos a ejercer cargos públicos y particulares involucrados en asuntos públicos tienen un mayor grado de protección[37]. Por esto, el Estado debe abstenerse de imponer limitaciones a estas formas de expresión. Estas personas, por su exposición pública, están sujetas a un tipo diferente de protección de su reputación u honra (en comparación con los demás ciudadanos); correlativamente, deben tener un mayor umbral de tolerancia ante la crítica[38].

Al respecto, es importante señalar que un particular con exposición pública o un funcionario público son sometidos a un alto grado de escrutinio y discusión ciudadana. Esto indica una mayor necesidad de discusión democrática frente a la labor que ejercen. Así lo ha reconocido la Corte IDH, al sostener que:

> *"Las expresiones concernientes a la idoneidad de una persona para el desempeño de un cargo de relevancia pública o a los actos realizados por funcionarios públicos en el desempeño de sus labores, entre otras, gozan de mayor protección, de manera tal que se propicie el debate democrático. La Corte ha señalado que en una sociedad democrática los funcionarios públicos están más expuestos al escrutinio y a la crítica del público. Este diferente umbral de protección se explica porque se han expuesto voluntariamente a un escrutinio más exigente. Sus actividades salen del dominio de la esfera privada para insertarse en la esfera del debate público. Este umbral no solo se asienta en la calidad del sujeto, sino en el interés público de las actividades que realiza."*[39]

Finalmente, tanto la jurisprudencia de la Corte Constitucional como la de la Corte IDH han reconocido que los discursos emitidos sobre personas que ostentan cargos públicos (o que tienen proyección pública) se encuentran especialmente protegidos por la libertad de expresión. Esto justifica que exista un escrutinio público sobre las funciones que la persona ejecuta, ciertos aspectos de su vida privada relevantes para evaluar la ejecución de sus funciones y las competencias requeridas para ejecutar su labor, entre otras cuestiones[40].

37. Corte IDH. (2008). *Caso Kimel v. Argentina. Fondo, Reparaciones y Costas.* Sentencia de 2 de mayo de 2008. Serie C No. 177, párr. 86.

38. Corte IDH. (2008). *Caso Kimel v. Argentina. Fondo, Reparaciones y Costas.* Sentencia de 2 de mayo de 2008. Serie C No. 177, párrs. 86-88.

39. Corte IDH. (2011). *Caso Fontevecchia y D'Amico v. Argentina. Fondo, Reparaciones y Costas.* Sentencia de 29 de noviembre de 2011. Serie C No. 238, párr. 47.

40. Corte Constitucional. (2015). *Sentencia T-312.* M.P.: J. I. Palacio.

## b. Protección de discursos chocantes u ofensivos

La regla general es que se debe garantizar la libertad de expresión no solo frente a difusión de ideas e informaciones consideradas inofensivas o indiferentes, sino también frente a las que ofenden, chocan, inquietan o perturban al Estado o a cualquier sector de la población[41]. De acuerdo con la Corte IDH:

> *"La libertad de expresión constituye uno de los pilares esenciales de una sociedad democrática y una condición fundamental para su progreso y para el desarrollo personal de cada individuo. Dicha libertad no sólo debe garantizarse en lo que respecta a la difusión de información o ideas que son recibidas favorablemente o consideradas como inofensivas o indiferentes, sino también en lo que toca a las que ofenden, resultan ingratas o perturban al Estado o a cualquier sector de la población. Tales son las demandas del pluralismo, la tolerancia y el espíritu de apertura, sin las cuales no existe una sociedad democrática. [...] Esto significa que [...] toda formalidad, condición, restricción o sanción impuesta en la materia debe ser proporcionada al fin legítimo que se persigue."*[42]

A través de su jurisprudencia, la Corte IDH ha explicado que, en principio, todos los discursos están protegidos por la libertad de expresión, independientemente de la aceptación social con la que cuenten. La Corte IDH ha dicho que la libertad de expresión debe garantizarse no solo frente a aquellos discursos percibidos como favorables o inofensivos, sino también frente a aquellos que perturban, chocan u ofenden; pues esto fomenta el pluralismo y la tolerancia que demanda toda sociedad democrática. Así, por ejemplo, la Corte IDH ha determinado que "la opinión no puede ser objeto de sanción dada la protección reforzada que a estas opiniones les merece"[43].

Por su parte, la Corte Constitucional ha afirmado que el derecho a la libertad de expresión tiene una presunción a su favor cuando, durante su ejercicio, la opinión o información emitida resulta chocante u ofensiva para sectores de la población. Sobre este punto, la Corte ha manifestado que esta presunción aplica para el tono y el contenido de la expresión. Según el Tribunal:

41. Corte Constitucional. (2015). *Sentencia SU-626.* M.P.: M. González; Corte IDH. (2004). *Caso Herrera Ulloa v. Costa Rica. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas.* Sentencia de 2 de julio de 2004. Serie C No. 107, párr. 113.

42. Corte IDH. (2004). *Caso Herrera Ulloa v. Costa Rica. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas.* Sentencia de 2 de julio de 2004. Serie C No. 107.

43. Corte IDH. (2008). *Caso Kimel v. Argentina. Fondo, Reparaciones y Costas.* Sentencia de 2 de mayo de 2008. Serie C No. 177, párr. 93.

> *"La libertad de expresión pretende proteger, como lo ha vigorosamente destacado la doctrina de las instancias internacionales de derechos humanos, no sólo la divulgación de informaciones u opiniones consideradas inofensivas o indiferentes por el Estado y por la mayoría de la población, sino también la difusión de ideas o datos que no son acogidos favorablemente por las mayorías sociales, que pueden juzgarlas inquietantes o peligrosas. El pluralismo, la tolerancia y el espíritu de apertura, sin los cuáles no existe verdaderamente una sociedad democrática, exigen que esas opiniones e informaciones disidentes sean también protegidas."*[44]

En el mismo sentido, la Corte Constitucional ha sostenido que "en una sociedad democrática y liberal no se puede impedir que cada cual tenga y exponga sus propias opiniones"[45]. Incluso, la Corte ha afirmado que "las opiniones equivocadas y parcializadas gozan de la misma protección constitucional que las acertadas y ecuánimes", pues no es el juez quien debe corregir la emisión de una opinión[46].

El acoso judicial busca limitar el derecho a la libertad de expresión y de prensa.

### c. Protección de discursos políticos y sobre asuntos de interés público

Los discursos políticos y sobre asuntos de interés público tienen una protección especial en el marco de la libertad de expresión. Ello se debe a que, para asegurar el funcionamiento de la democracia, es preciso contar con el mayor nivel posible de discusión sobre el funcionamiento de la sociedad y del Estado (es decir, sobre temas de interés público)[47]. Además, la Corte IDH ha señalado que la libertad de expresión es "el derecho del individuo y de toda la comunidad a participar en debates activos, firmes y desafiantes respecto de todos los aspectos vinculados al funcionamiento normal y armónico de la sociedad"[48]. Frente a esto, la

44. Corte Constitucional. (2000). *Sentencia C-010.* M.P.: A. Martínez.

45. Corte Constitucional. (1998). *Sentencia T-066.* M.P.: E. Cifuentes.

46. Corte Constitucional. (2017). *Sentencia T-022.* M.P.: L. G. Guerrero.

47. RELE de la CIDH. (2010). *Marco jurídico interamericano sobre el derecho a la libertad de expresión.* OEA/Ser.L/V/II/ CIDH/RELE/INF. 2/09, p. 11.

48. Corte IDH. (2004). *Caso Canese v. Paraguay. Fondo, Reparaciones y Costas.* Sentencia de 31 de agosto de 2004. Serie C No. 111, párr. 72.

CIDH también ha dicho que "en una sociedad democrática, dada la importancia del control de la gestión pública a través de la opinión, hay un margen reducido a cualquier restricción del debate político o de cuestiones de interés público"[49]. Por todo esto, el Estado y sus autoridades deben abstenerse de establecer límites a la libertad de expresión en discusiones sobre asuntos que son de interés para la sociedad.

Otra consecuencia de la especial protección de los discursos sobre asuntos de interés público es la importancia que cobra el papel de los medios de comunicación[50]. De acuerdo con la Corte IDH, el derecho a la libertad de expresión le otorga a los periodistas que laboran en los medios de comunicación, así como a sus directivos, el derecho a investigar y difundir por esa vía hechos de interés público. Por esto, para la Corte IDH, el inicio de acciones legales contra periodistas o comunicadores sociales por el mero hecho de publicar asuntos de interés público es violatorio del derecho a la libertad de expresión, ya que desconoce el nivel de especial protección que otorga la Convención Americana al debate público de asuntos de interés para la sociedad[51].

49. RELE de la CIDH. (2010). *Marco jurídico interamericano sobre el derecho a la libertad de expresión.* OEA/Ser.L/V/II/ CIDH/RELE/INF. 2/09.

50. Botero, C.; Guzmán, F.; Jaramillo, S.; & Gómez, S. (2017). *El derecho a la libertad de expresión: curso avanzado para jueces y operadores jurídicos en las Américas.* Bogotá: Universidad de los Andes-Open Society Foundations, p. 64.

51. Corte IDH. (2008). *Caso Kimel v. Argentina. Fondo, Reparaciones y Costas.* Sentencia de 2 de mayo de 2008. Serie C No. 177, párr. 57.

### d. Protección especial de discursos que expresan elementos esenciales de la identidad o dignidad

Un discurso que tiene protección especial según la Convención Americana sobre Derechos Humanos son los que expresan elementos relacionados con la identidad o dignidad de la persona que se expresa[52]. Un ejemplo de esta protección especial es la utilización de lenguas de grupos étnicos o minoritarios. En un caso que estudió la Corte IDH, se analizó la prohibición que impuso el director de un centro penitenciario a la población garífuna recluida de hablar en su propio idioma. En este fallo, se argumentó que la prohibición de utilizar la propia lengua, como una forma de expresión de pertenencia a una minoría cultural, es grave y afecta la dignidad personal de quienes se están expresando, además de resultar discriminatorio[53].

Otro ejemplo de un discurso que goza de especial protección es el discurso religioso o el discurso relacionado con la orientación sexual o identidad de género. Principalmente, por su relación estrecha con la dignidad, la igualdad y la no discriminación, existe una protección reforzada sobre expresiones relativas a la identidad de género y la orientación sexual[54]. Por su parte, el artículo 12.1 de la Convención Americana habla de la importancia de asegurar la "libertad de profesar y divulgar su religión y creencias, individual y colectivamente, tanto en público como en privado".

52. RELE de la CIDH. (2010). *Marco jurídico interamericano sobre el derecho a la libertad de expresión.* OEA/Ser.L/V/II/ CIDH/RELE/INF. 2/09, p. 19.

53. Corte IDH. (2020). *Caso Usón Ramírez v. Venezuela. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas.* Sentencia del 20 de noviembre de 2020, Serie C No. 207, párr. 83.

54. RELE de la CIDH. (2010). *Marco jurídico interamericano sobre el derecho a la libertad de expresión.* OEA/Ser.L/V/II/ CIDH/RELE/INF. 2/09, p. 20.

PARTE 3

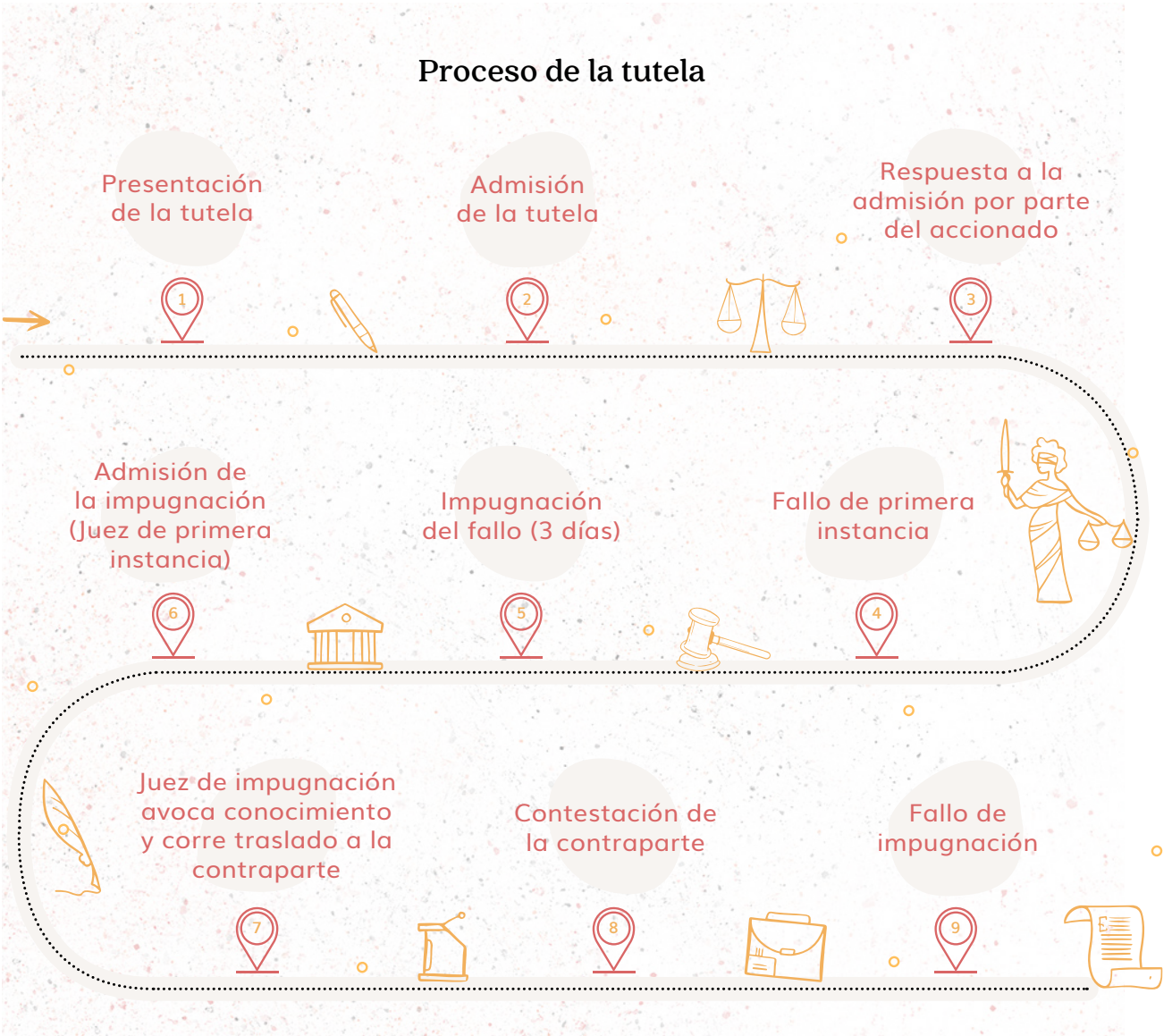
# Estrategia de defensa en procesos de tutelas

## 1. ¿Qué es una tutela? ¿Qué pasa en el proceso?

La tutela es una acción que busca la protección de los derechos fundamentales de las personas cuando son amenazados o vulnerados por autoridades públicas o por particulares. Sin embargo, en la mayoría de los casos en contra de periodistas y la prensa implica la tensión entre los derechos del accionante - quien demanda por considerar que se vulneraron sus derechos a la honra, buen nombre, intimidad, presunción de inocencia, imagen o hábeas data, por ejemplo- y del accionado a causa de una publicación - y los derechos del comunicador que ejerce el derecho a la libertad de expresión y de prensa. Por este motivo, siempre es importante que su defensa incluya la defensa del ejercicio de su derecho a la libertad de expresión (Ver capítulo anterior) y que no se vulnera el derecho reclamado o si

hay una restricción de este, esta es legítima dada la importancia del mensaje difundido para consolidar el debate público y democrático, como se explica en este capítulo.

La tutela se trata de un mecanismo constitucional caracterizado por ser eficaz y rápido, al tener un trámite preferencial que se desarrolla con arreglo a los principios de publicidad, prevalencia del derecho sustancial, economía, celeridad y eficacia. Por la informalidad de este tipo de procesos, no es indispensable que lo represente un abogado.



## 2. Improcedencia de la acción de tutela

La tutela es un mecanismo creado para dar solución rápida y expedita a situaciones que requieren la atención judicial para remediar amenazas y vulneraciones de derechos fundamentales cuando los mecanismos ordinarios no dan resultado o no son idóneos y eficaces, por este motivo es un mecanismo subsidiario. Cuando no se han agotado las vías normales u ordinarias para tratar de solucionar el asunto sin judicializarlo, la acción es improcedente. Esto quiere decir que el juez la debe desestimar y no entrar a resolver sobre la presunta amenaza o vulneración.

En ese sentido, es exigible a quien demande a medios y periodistas por una afectación originada en una publicación que, antes de interponer la acción de tutela, haya acudido a ellos de manera directa y previa, mediante una solicitud de rectificación, para resolver el asunto. La solicitud de rectificación como requisito previo para interponer la acción de tutela es exigible en estos casos: (i) cuando la información circula a través de medios de comunicación; (ii) cuando es difundida por comunicadores sociales, sin que tenga que haber sido difundido por un medio; y (iii) cuando el emisor no es comunicador social o periodista, pero se dedica habitualmente a la difusión de información[55].

Se debe tener en cuenta, si los demandan por una presunta afectación a sus derechos fundamentales y no recibió una solicitud de rectificación, como primera medida puede pedir al juez que declare la improcedencia de la tutela. Tenga en cuenta que si el interesado presentó la solicitud de rectificación y no hubo respuesta o no fue satisfactoria, este puede presentar la tutela en un plazo razonable luego de la publicación.

55. Corte Constitucional. (2018). *Sentencia T-121*. M.P.: C. Bernal.

### ¿Ya había sido demandado anteriormente por la misma persona, por el mismo asunto y las mismas razones? Usted puede estar frente a una acción temeraria

Si usted identifica que ya había sido demandado a través de una tutela por la misma persona, por los mismos hechos y las mismas peticiones, no dude en ponerlo en conocimiento del juez. En estos casos, si se constata que, en efecto, sin motivo expresamente justificado, se ha presentado la misma tutela en varias ocasiones ante varios jueces y tribunales, se rechazarán o decidirán desfavorablemente todas las solicitudes.

Para que se configure la temeridad y de pie para imponer sanciones debe evidenciarse la mala fe en el actuar del peticionario. Según el artículo 38 del Decreto 2591 de 1991, "*el abogado que promoviere la presentación de varias acciones de tutela respecto de los mismos hechos y derechos, será sancionado con la suspensión de la tarjeta profesional al menos por dos años. En caso de reincidencia, se le cancelará su tarjeta profesional, sin perjuicio de las demás sanciones a que haya lugar.*" Esta disposición fue avalada por la Corte Constitucional, en la Sentencia C-054 de 1993, al considerar que la actuación temeraria debe ser controlada en aras de lograr la efectividad y agilidad en el funcionamiento del Estado. En este sentido, ha explicado que "el abuso desmedido e irracional del recurso judicial, derivado de la repetición de casos idénticos, necesariamente implica una pérdida directamente proporcional en la capacidad judicial del Estado para atender los requerimientos del resto de la sociedad civil"[56].

## 3. Argumentos útiles de defensa

Las personas que interponen tutelas en contra de periodistas suelen argumentar que se les están vulnerando sus derechos fundamentales a la honra, buen nombre, intimidad, presunción de inocencia, imagen o hábeas data. En ese sentido, para hacer una defensa asertiva, cuando le notifiquen la tutela, identifique qué derechos fundamentales se alegan como presuntamente amenazados o vulnerados y, según eso, tenga en cuenta en su estrategia de defensa los argumentos que se explican a continuación. Recuerde que puede allegar pruebas (o puede pedir que el juez las solicite a quien las tenga) para hacerlas valer en el proceso.

56. Corte Constitucional. (2015). *Sentencia T-1537*. M.P.: L. G. Guerrero.

### 3.1. Derecho a la honra y al buen nombre

Es muy común que las personas que interponen tutelas contra periodistas aleguen que se les está vulnerando su honra y buen nombre por cuenta de una publicación. En estos casos, las personas suelen explicar por qué su reputación y carrera profesional son intachables y sostienen que las publicaciones periodísticas son ofensivas, falsas, inexactas y difamatorias.

El derecho a la honra se encuentra en el artículo 21 de la Constitución y hace referencia a la estimación que cada persona tiene por parte de los demás miembros de la colectividad. Por otro lado, el derecho al buen nombre está consagrado en el artículo 15 de la Constitución y se refiere a la opinión o fama adquirida por un individuo en razón del mérito de las acciones que ha protagonizado[57].

Si bien ambos derechos buscan proteger a una persona cuando se divulgan hechos falsos o inexactos que socavan su prestigio e imagen, se diferencian en que la honra se relaciona con la apreciación que se tiene de una persona con base en su propia personalidad y comportamientos privados, mientras que el buen nombre se refiere a la apreciación de una persona con base en el desempeño que tiene en la sociedad[58]. La estrategia de defensa de los periodistas en este tipo de casos se puede enfocar, según las particularidades del caso, en torno a la falta de prueba de la afectación a la honra y el buen nombre.

Por regla general, quien solicita la rectificación tiene la carga de probar la falsedad del hecho informado. Sin embargo, a los periodistas se les traslada la carga de probar cuando sus afirmaciones son hechos notorios o cuando no están enmarcadas en ningún tiempo, modo o lugar. Esto se debe a que, en tales casos, existe mayor dificultad para el accionante de demostrar que los hechos que difundió el periodista son falsos[59].

Tenga en cuenta que se no se viola el derecho al buen nombre y a la honra "si es la misma persona la que con sus acciones lo está pisoteando y por consiguiente perdiendo el prestigio que hubiera conservado si hubiera advertido un severo cumplimiento respecto de sus deberes respecto del prójimo y de sí mismo"[60]. Las personas construyen su honra y buen nombre mediante sus propias actuaciones, pues esto es lo que fija el criterio que las personas tienen sobre el comportamiento del ciudadano[61]. De ahí que su argumentación puede estar dirigida a mostrar que, en caso de existir una afectación, esta es una consecuencia de las actuaciones del interesado (y no de la publicación).

En este sentido, la Corte Constitucional también se ha pronunciado sobre un criterio que resulta muy útil en estos casos, denomina-

57. Corte Constitucional. (2019). *Sentencia T-102*. M.P.: A. Rojas.
58. Corte Constitucional. (2020). *Sentencia T-007*. M.P.: J. F. Reyes.
59. Corte Constitucional. (2017). *Sentencia T-593*. M.P.: C. Bernal.
60. Corte Constitucional. (2017). *Sentencia T-022*. M.P.: L. G. Guerrero.
61. Corte Constitucional. (2015). *Sentencia T-110*. M.P.: J. I. Palacio

do ***exceptio veritatis***. Según este criterio, no se puede alegar una vulneración a la honra o al buen nombre si lo que se dice es cierto. Por ello, su trabajo informativo debe tener un respaldo, pues en palabras de la Corte "quien manifiesta y publica información certera, no transgrede los derechos de los demás"[62]. No obstante, recuerde que la reserva de la fuente es un derecho constitucional; por lo tanto, para demostrar la veracidad no se requiere revelar las fuentes.

### 3.2. Derecho a la imagen

Algunas personas suelen interponer acciones de tutela con el argumento de que se vulneró su derecho a la imagen, señalando que se utilizó sin que dieran su consentimiento para publicarla. En consecuencia, piden eliminar la publicación que la contiene. El derecho a la imagen se refiere a la protección frente a la difusión de contenido que da cuenta del aspecto y rasgos físicos que permiten identificar a una persona. Para la Corte Constitucional, el derecho a la imagen protege a las personas ante una injusta apropiación, publicación, exposición, reproducción o comercialización de su imagen, a fin de prevenir usos ilegítimos y manipulación de terceros[63].

Cuando se está frente a un caso de estos, la defensa puede estar orientada a defender que el derecho a la imagen no es absoluto y, en el caso particular, se está haciendo un uso legítimo. El derecho a la imagen no es absoluto, este cede frente al derecho a la libertad de expresión en algunos casos. La Corte Constitucional ha argumentado que, en principio, el derecho a la imagen se vulnera cuando se difunden imágenes sin el consentimiento de la persona retratada. Sin embargo, de manera excepcional, se puede utilizar la imagen sin previa autorización cuando se retratan: "*(i) actuaciones que son captadas en el ámbito público; o (ii) de una figura pública haciendo referencia a su historia laboral, trayectoria o información relacionada con el ejercicio de sus funciones, donde el ámbito de privacidad se ha reducido por razón del rol que cumple dentro de la sociedad.*"

Frente a los límites del derecho a la propia imagen, la Corte Constitucional afirma que puede ser restringido para salvaguardar las libertades de información y expresión, por ejemplo en asuntos vinculados con: "*(i) la divulgación de hechos noticiosos derivados de la actuación pública de una persona; (ii) la exhibición de fotografías, como expresión artística, en la que no se revela la identidad de los transeúntes y mucho menos las cualidades o características personales de quienes aparecen; y (iii) la exposición de imágenes o fotografías que simplemente resaltan acontecimientos ocurridos o que exhiben momentos de camaradería social, sin que se pretenda reflejar una característica o cualidad especial de una persona.*"

Por lo anterior, recuerde que notas periodísticas que contengan imágenes de personas que no dieron su consentimiento para su publicación no deben ser automáticamente eliminadas.

62. Corte Constitucional. (2018). *Sentencia T-293*. M.P.: C. Pardo.

63. Corte Constitucional. (2018). *Sentencia T-407A*. M.P.: D. Fajardo.

**Ejemplo 1. Uso de imágenes de funcionarios públicos o de figuras públicas es legítimo.** En ese sentido, la Corte Constitucional estudió el caso de un periodista que publicó desde su perfil de Facebook una nota periodística que contenía la imagen de una figura pública. En esta ocasión, la Corte decidió no proteger el derecho a la imagen bajo el argumento de que el derecho a informar comprendía la posibilidad de usar la imagen del accionante sin su consentimiento, dada su condición de personaje público. De lo contrario, esto significaría que no se pueden publicar notas informativas alusivas a personajes públicos, con imágenes del protagonista de la publicación, hasta tanto no se tenga autorización de la persona para usar su fotografía, lo cual sería una suerte de censura previa.
*(Sentencia T-904 de 2013)*

**Ejemplo 2. Uso legítimo de imagen de funcionario público.** En el 2016, la Corte Constitucional estudió un caso sobre la publicación de un libro llamado *La comunidad del anillo*, en el que se colocó la foto del accionante –el entonces Director General de la Policía Nacional entre el 2013 y el 2016– en la carátula del libro sin su autorización. Éste trataba sobre la presunta red de prostitución masculina al interior de la Escuela de Cadetes General Santander. En el fallo, la Corte argumenta que "se trata de una figura pública, cuya foto retrata el ejercicio de las funciones que desempeñaba como Director General de la Policía Nacional, labor por la que era reconocido en la sociedad, de lo cual se concluye que la carátula del libro no explota o reproduce una imagen privada del personaje público que represente una intromisión en su vida personal, por lo que no había lugar a solicitar el consentimiento del actor para su uso".
*(Sentencia T-546/16)*

**Ejemplo 3. Uso legítimo de material audiovisual es cuando se registran eventos noticiosos.** El uso de la imagen de vídeos que son grabados en espacios públicos también está protegido. En el 2019, el periódico El País de la ciudad de Cali, difundió un vídeo de un accidente de tránsito de un vehículo que cayó a un canal de aguas en Cali. El medio publicó en su página web la noticia del accidente, acompañada de un vídeo grabado por un ciudadano.
Como consecuencia de esto, el hombre que aparecía en el vídeo interpuso una acción de tutela contra el medio argumentando que había sido objeto de burlas y comentarios falaces por cuenta de la publicación. En la sentencia, la Corte Constitucional argumentó que l**as imágenes de accidentes ocurridos en el espacio público son de interés público, incluso si se pueden identificar los rasgos característicos de las personas involucradas.** De ahí que "*la imagen puede ser utilizada sin requerir autorización de su titular, por más de que en los vídeos o fotografías se puedan observar rasgos característicos de una persona*". Además, a juicio de la Corte, por tratarse de **un hecho de relevancia documentado en vía pública, distorsionar el video o imagen para proteger la identidad de los involucrados comprometía las garantías de la libertad de expresión y acceso a la información y constituía un acto de censura previa. Por último, la Corte reiteró que los medios no son responsables por la reacción de las noticias que publican, siempre y cuando difundan contenido veraz e imparcial**. Esto, ya que según la Corte "*los límites a la libertad de expresión no dependen del grado de tolerancia del presunto agraviado, sino que, en la actualidad, se limitan a los discursos expresamente prohibidos (como, la pornografía infantil, los discursos de odio, la discriminación y la incitación al genocidio)*".
*(Sentencia T-339 de 2020)*

En contraposición, recuerde que hay usos no permitidos de la imagen; en particular, cuando se ven comprometidos menores. Los derechos fundamentales de los niños, las niñas y adolescentes tienen especial protección en el sistema jurídico colombiano que determina su prevalencia por interés superior frente a los derechos de los demás, en situaciones en las que se enfrente a los derechos de los demás, siendo los padres, la sociedad y el Estado corresponsables de su cuidado.

En ese sentido, la Corte Constitucional ha referido que la protección de menores implica que no se deben dar datos de su entorno que permitan su plena identificación[64]. Aduce que "Existen normas concretas de protección que los medios de comunicación en el ejercicio de la libertad de expresión e información deben optar por seguir, adoptando mecanismos de autorregulación y cuidado en la presentación de hechos que los comprometan con tal de no afectar sus derechos a la intimidad y a la imagen." Así mismo, explica que "la recomendación para este criterio se enfoca en resaltar que la protección a la imagen e identidad no solo se hace extensible a la confidencialidad del nombre o la alteración de la imagen en la que aparezcan, sino también la presentación de cualquier otro elemento que los haga fácilmente identificables, limitándose adicionalmente el uso de información de su contexto personal, como la edad, la mención de la institución educativa a la que asiste, los nombres de sus familiares o la realización de entrevistas abiertas estos."

**Ejemplo:**

La Corte Constitucional estudió el caso de una tutela contra *Noticias Uno* por un vídeo acerca de una denuncia formulada por residentes de un edificio, que reclamaban por el ruido de su vecina. En el vídeo se registran imágenes de tres menores de edad. En este caso, la Corte Constitucional estudió el choque entre el derecho a la imagen y la libertad de expresión para determinar si era proporcionado ordenar al medio eliminar el reportaje. En su análisis, la Corte Constitucional concluyó que "la libertad informativa resulta afectada con la prohibición de difundir la totalidad del reportaje, por cuanto su contenido es de relevancia pública, en tanto da a conocer una denuncia ciudadana que atañe a una servidora del Estado, a través de la cual la prensa ejercita su función de control sobre quienes detentan mayor poder político y social"[65].

En definitiva, aunque se vulneraba el derecho a la imagen al igual que los derechos prevalentes de los niños, niñas y adolescentes, la medida de prohibir la emisión de la totalidad del reportaje era una restricción desproporcionada a la libertad de información; más aún, porque el contenido del vídeo era de interés público. Así, la Corte tomó la decisión de ordenar la supresión de las imágenes en las que era posible identificar a los niños; pero permitió que fueran reemplazadas por otros apoyos visuales en la emisión del reportaje (Sentencia T-904 de 2013).

64. Corte Constitucional. (2019). *Sentencia T 610.* M-P: F.F Reyes.

65. Corte Constitucional. (2013). *Sentencia T-904.* M.P.: M V. Calle.

### Usos legítimos

- El uso de la imagen de personas expuestas al escrutinio público, ya sea en escenarios públicos o en ejercicio de sus funciones, o cuando el actuar retratado tiene una relevancia de interés público.
- El uso de imágenes de personas no expuestas al escrutinio público si dieron su consentimiento para su utilización.
- La exhibición de fotografías como expresión artística.

### Usos ilegítimos

- El uso imágenes de menores sin el consentimiento de sus padres o sus tutores.
- El uso de imágenes de particulares en ámbitos privados sin su autorización.

## 3.3. Presunción de inocencia

Otro argumento recurrente en las tutelas contra periodistas consiste en que su publicación endilga conductas punibles, lo que atentaría contra la presunción de inocencia. Es decir, muchas veces los accionantes apelan a la presunción de inocencia para que se prohíba a periodistas y medios de comunicación publicar artículos en los que se habla de presuntas actuaciones o participaciones en actos delictivos. Generalmente, alegan que no pueden existir publicaciones periodísticas sobre la persona o sus actuaciones, pues no existe ninguna sentencia disciplinaria o penal que confirme su responsabilidad. Si se presenta esta situación, los periodistas deben saber que el derecho a informar no está supeditado al resultado de un proceso. De hecho, el ordenamiento jurídico colombiano ha respaldado la libertad de prensa en estos casos, pues los periodistas tienen derecho a denunciar públicamente los hechos y actuaciones irregulares de los que tengan conocimiento en virtud de su función. Por esto, no están obligados a que se produzca un fallo para informar sobre la ocurrencia de un hecho delictivo o la posible vinculación en el mismo. El periodista puede, entonces, argumentar que la presunción de inocencia no es absoluta: el trabajo periodístico sirve para dar a conocer hechos que todavía no han sido llevados a instancias judiciales o que se encuentran en sede judicial.

Los periodistas no están limitados a informar u opinar sólo sobre asuntos que hayan sido llevados a la justicia o que estén en proceso de investigación. Lo anterior sería una limitación injustificada a la libertad de expresión. En la sentencia C-417 de 2009, la Corte Constitucional aclaró que la "verdad judicial", esta es, la que surge de los procesos judiciales, no necesariamente equivale a la "verdad real". En esta sentencia, la Corte estudió una norma del código penal que prohibía que las personas acusadas del delito de calumnia se defendieran probando que sus afirmaciones eran ciertas (verdad real), si existía una sentencia que absolviera a la persona a la cual se refieren las afirmaciones de los delitos de la que se le acusa (verdad judicial).

En este sentido sostuvo que: "La previsión contemplada en el art. 224 num. 1° del Código penal, se presenta en efecto como una afectación sobre las libertades del art. 20 constitucional, pues en ella (...) se impide expresar, difundir, informar sobre la ocurrencia del hecho punible allí juzgado, aun pudiendo demostrarlo". Así, **los periodistas no dependen de los resultados de los procesos judiciales para informar u opinar y, mucho menos, de que se hayan efectivamente iniciado acciones legales o investigaciones.**

**La publicación de información sometida a reserva en procesos judiciales es legítima y se limita de manera excepcional.** Esto ocurre sólo en aquellos casos y circunstancias en las que se verifique que la divulgación de la información puede afectar la imparcialidad del juez o la presunción de inocencia, siempre que se demuestre de manera fehaciente que: (i) existe un riesgo de afectación al derecho a un juicio imparcial o a la presunción de inocencia, que excede la importancia de divulgar esa información; (ii) este riesgo es grave, cierto y actual; y, (iii) en la valoración de este riesgo, se tienen que considerar las variables del caso y las posibilidades de afectación[66].

## 3.4 Hábeas data

Las personas que hacen uso de la acción de tutela en contra de periodistas argumentando vulneraciones al hábeas data se basan en el

66. Corte Constitucional. (2019). *Sentencia SU-274*. M.P.: J. F. Reyes.

argumento de que publicaron datos personales sin el consentimiento de la persona. En estos casos, usted debe considerar que las notas periodísticas no son una base de datos y la Ley 1581 de 2012 las excluye de su ámbito de aplicación. El objetivo de la ley de hábeas data no es silenciar el trabajo periodístico, sino dictar normas sobre cómo debe manejarse la información que está contenida en bases de datos. Por esto, su artículo 2 establece que "el régimen de protección de datos personales que se establece en la presente ley no será de aplicación: (d) A las bases de datos y archivos de información periodística y otros contenidos editoriales". Así, aplicar la Ley 1581 de 2012 a los trabajos periodísticos llevaría a la conclusión errada de que los periodistas tienen que pedir autorización a cada una de las personas a las que se refieren antes de publicar información sobre ellos, lo cual afecta gravemente la libertad de prensa y supondría una suerte de censura previa.

Las normas que regulan el tratamiento de datos personales en bases de datos no eran aplicables a medios de comunicación, explicando que la Ley 1581 de 2012 no es de aplicación a los archivos de información periodística y contenidos editoriales. Sin embargo, esto no significa que los medios no puedan afectar el derecho al *hábeas data.* Por esto, en casos en que los datos estén desactualizados o no sean veraces, el accionante tiene la posibilidad de que se remedien estas vulneraciones mediante el derecho de rectificación[67].

El objetivo de la ley de hábeas data no es silenciar el trabajo periodístico, sino dictar normas sobre cómo debe manejarse la información que está contenida en bases de datos.

En una primera decisión (sentencia T-277 de 2015), la Corte estableció una carga desproporcionada para los medios de comunicación, diciendo que estos deben actualizar de oficio (es decir, sin necesidad de solicitud) la información que publiquen sobre procesos judiciales o supuestos crímenes cuando tengan conocimiento de que el trámite concluyó a favor del inculpado. Según la Corte, la información publicada, a pesar de ser cierta, deja de ser veraz con el paso del tiempo. Por esta razón, se debe limitar el acceso a la información. Posteriormente (sentencia T-725 de 2016), la Corte sostuvo que los medios tienen el deber

67. Corte Constitucional. (2015). *Sentencia T-277.* M.P.: M. V. Calle.

de actualizar lo publicado cuando surja nueva información relevante. En este caso, la Corte no sostuvo que la actualización deba hacerse de oficio, pero dijo que la facultad de solicitar la actualización se mantiene mientras la información esté disponible en Internet.

### 3.5. Derecho a la intimidad

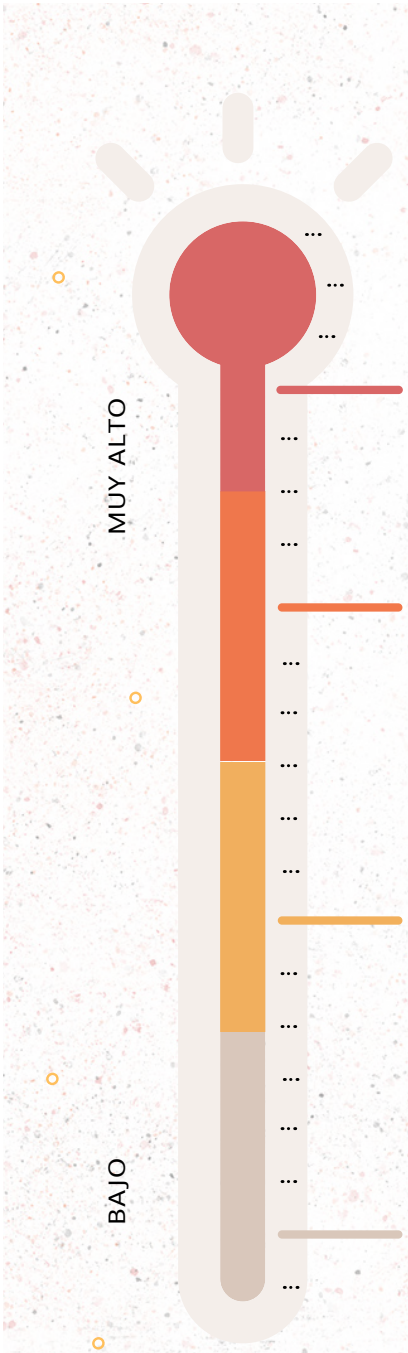
El derecho a la intimidad está consagrado en el artículo 15 de la Constitución y se refiere a la protección de la vida privada de las personas y de su núcleo familiar, que no puede ser objeto de injerencias, intervenciones, divulgaciones o publicaciones arbitrarias. El derecho a la intimidad protege diferentes aspectos de la vida privada de las personas, pero el grado de protección varía dependiendo del ámbito de la vida privada del que trate; pues, según la Corte Constitucional, "dependiendo del nivel en que el individuo cede parte de su interioridad hacia al conocimiento público, se presentan distintos grados de intimidad"[68]. En aquellos casos en los que se presentan conflictos entre el derecho a la información y el derecho a la intimidad por publicaciones periodísticas, predomina generalmente el primero; más aún, si la persona de la que se habla tiene exposición pública o si la supuesta vulneración a la intimidad se da en un espacio público. En sus propios términos:

> *"En estos eventos, el derecho de información debe ser preferido, en principio, en razón del papel de control del poder que se asigna socialmente a los medios de comunicación. (...) Si se impusieran fuertes restricciones sobre la prensa en estas áreas se perjudicaría en medida notable su capacidad de vigilancia sobre el correcto desempeño de estos poderes. No desconoce la Corte que la referida amplitud de la libertad de prensa en estos campos puede llegar a afectar los derechos de las personas que se desempeñan en posiciones de notoriedad e interés público. No obstante, en principio habrá de responderse que estas personas, al aceptar su situación social, han consentido tácitamente en una cierta restricción de esos derechos. En efecto, su papel de figuras públicas los convierte en objeto del interés general, por lo cual es de esperar que tanto sus actividades públicas como su vida privada sean observadas de manera minuciosa por parte de la sociedad"[69].*

Es decir, el ámbito de protección es diferente dependiendo de la calidad de la persona, de la naturaleza de la información que se difunde y del espacio físico del que se trate entre otros.

68. Corte Constitucional. (2020). *Sentencia C-094*. M.P.: A. Linares.

69. Corte Constitucional. (2016). *Sentencia T-546*. M.P.: J. I. Palacio.




## Protección a la privacidad

Para los periodistas, es muy útil saber que la protección a la intimidad varía dependiendo de la calidad de la persona:

**Particulares**
Lo que haga o deje de hacer una persona común y corriente, por lo general, no afecta el interés público.

**Particulares que se han involucrado voluntariamente en la vida pública (artistas, deportistas, dirigentes gremiales y sindicales, entre otros)**
Son particulares que no ejercen cargos públicos ni manejan recursos del Estado, pero por su propia voluntad han decidido exponerse al público y realizan actividades que afectan el interés general.

**Funcionarios públicos (ministros, directores de entidades públicas, fuerza pública, etc.)**
Ejercen funciones públicas y manejan recursos públicos. Entran a la vida pública de manera voluntaria y, en aras de la transparencia del Estado, están expuestos a escrutinio público.

**Cargos de elección popular (presidente, alcalde, congresista, etc.)**
Son personas que buscan la confianza del ciudadano para representarlo. Pueden ser candidatos, estar en ejercicio o haber cumplido su mandato. Están más expuestos a la vigilancia del público.

Según el tipo de persona hay una esfera distinta de protección:

| Mayor protección<br>ESFERA MÁS ÍNTIMA | Intermedia<br>ESFERA PRIVADA | Menor protección<br>ESFERA SOCIAL |
|---|---|---|
| Sentimientos, puntos de vista o pensamientos en una carta o diario. | Hogar o entorno familiar. | Relaciones de trabajo o públicas de una persona. |
| La protección es casi absoluta y sólo se justifican intromisiones por intereses excepcionalmente importantes. | La protección es elevada, pero las posibilidades de injerencia legítima son mayores. | La protección es mínima aunque no desaparece. |

Otro elemento que modifica el grado de protección que se le otorga al derecho a la intimidad es el espacio físico en el que se ejecuta la supuesta vulneración a la intimidad:

| Espacios públicos | Espacios intermedios | Espacios privados |
|---|---|---|
| En estos espacios, el interés general prima sobre el particular y, por ello, existe una menor protección a la intimidad. | Son espacios que integran características tanto públicas como privadas (cine, centro comercial, un estadio, entre otros). En estos espacios, la mayoría de actuaciones son públicas, pero pueden existir algunas acciones que solo le interesan a la persona que las realiza y que tienen mayor protección por parte de la intimidad. | Además del domicilio de la persona, hay ciertos espacios privados en los que se desarrollan actividades que solo le conciernen a la persona. Tienen el más alto grado de protección. |

# 4. ¿Cómo contrarrestar las peticiones de silenciamiento?

## 4.1. ¿Qué hacer si piden una rectificación?

Una de las pretensiones más comunes es la solicitud de rectificación. En este caso, el accionante pide al periodista o al medio de comunicación que aclare, rectifique o se retracte públicamente porque la información entregada es falsa o imprecisa.

Tenga en cuenta que:

**(1) En el caso de la publicación de opiniones:** Las notas de opinión no tienen que ser veraces o imparciales ya que, precisamente, lo que se busca en emitir juicios parcializados y tomar una postura. En consecuencia, no proceden las solicitudes de rectificación de opiniones. Frente a esto, la jurisprudencia de la Corte Constitucional ha sido consistente en afirmar que las opiniones -cuando no se mezclan con hechos- no pueden rectificarse, pues pertenecen a la esfera subjetiva del emisor[70]. En este caso, la respuesta ante una solicitud de rectificación de opiniones debe ser que la jurisprudencia ha entendido que las opiniones no son objeto de rectificación; por lo que la petición no tiene sustento en el ordenamiento legal colombiano.

**(2) En el caso de la publicación de informaciones:** por regla general, quien solicita la rectificación tiene la carga de probar que el hecho informado no es cierto, ya que a los periodistas no se les puede exigir que demuestren de dónde toman su información. Lo anterior pondría en riesgo la reserva de la fuente[71].

En caso de que se trate de informaciones, debe tener en cuenta que a quien pide la rectificación le corresponde probar que la información no es veraz, salvo en aquellos casos en los que la publicación verse sobre hechos notorios y afirmaciones indefinidas. En esos casos, la carga de la prueba se traslada al emisor del mensaje porque en principio se le dificulta en mayor medida al solicitante[72].

**Ejemplo 1:**
Si se trata de una publicación en la que se señala que el alcalde de un municipio realizó una fiesta con 500 invitados durante el aislamiento por Covid-19, debe este mismo alcalde —en la solicitud de rectificación que realice— probar que el hecho es falso con fundamentos claros que permitan comprobar que la mencionada reunión no se realizó. En este caso, si quien alega la rectificación no prueba concretamente que los hechos de la publicación son falsos, el periodista puede responder que la solicitud de rectificación no se hizo de forma debida.

70. Sentencia T-121 de 2018. M.P.: C. Bernal

71. Corte Constitucional (2017) *Sentencia T-626*

72. Corte constitucional (2017). *Sentencia T-593.* M.P.: C. Bernal y (2018) *Sentencia T-121* M.P.: C. Bernal

**Ejemplo 2:**
En este caso hipotético, la afirmación "es uno de los más grandes corruptos" no hace referencia a ningún hecho concreto y, por lo tanto, no puede controvertirse de manera concreta. Así las cosas, frente a las solicitudes de rectificación que incluyan este tipo de afirmaciones, se recomienda responder con pruebas que se tengan que permitan corroborar alguna actividad ilícita del sujeto de la publicación. En este tipo de situaciones, le corresponde al periodista probar las afirmaciones que se solicitan rectificar.

## Reglas de rectificación o actualización

En caso de ordenarse una rectificación o actualización de información, esta debe emitirse en condiciones de equidad. La rectificación o aclaración debe tener un despliegue informativo equivalente al que tuvo la noticia inicial[73]. La rectificación y actualización se deben realizar en condiciones de equidad, lo que significa que debe haber una equivalencia entre la rectificación/actualización y la información falsa o imparcial cuestionada en la tutela. Para la Corte, "lo fundamental es que la rectificación o aclaración de la información falsa o parcializada constituya un verdadero remedio a la vulneración de los derechos de la persona concernida, para lo cual se requiere que tenga, al menos, igual despliegue e importancia, pues de lo que se trata es que el receptor pueda identificar con facilidad la relación existente entre la rectificación y el artículo enmendado"[74].

Sin embargo, se han documentado órdenes desproporcionadas o que no cumplen con las reglas sobre rectificación o actualización. Por ejemplo:

- Se les exige a los periodistas actualizar la información en negrillas y con un tamaño de letra mayor al del cuerpo del artículo.
- Se les exige rectificar; pero, además de solicitar que lo hagan por el medio en el que difundieron la información, les exigen publicar la rectificación en medios de alta circulación nacional.
- Se emiten órdenes que limitan la libertad de expresión sobre asuntos adicionales a los que se discutieron en el proceso. Se concede una protección a los derechos alegados de manera muy amplia; lo que desborda el asunto sometido a la justicia y, con ello, afecta la libertad de expresión. Esto ocurre cuando que incluyen expresiones como "absténgase de pronunciarse frente a la persona que interpuso la tutela" o "absténgase de incurrir en los mismos hechos que originaron esta acción de tutela frente al actor que la alegó". Si es su caso, reitere que se trata de una orden que desborda el asunto sometido a juicio -la competencia del juez-, que es restrictiva y que consolida una violación a la liber-

73. Corte Constitucional. (2016). *Sentencia T-145*. M.P.: L. G. Guerrero.
74. Corte Constitucional. (2016). *Sentencia T-121*. M.P.: C. Bernal.

tad de expresión a *priori*; por lo que puede ser considerada como una censura previa. En efecto, la Corte Constitucional ha entendido este tipo de órdenes como una violación de la prohibición de censura.

**Ejemplo:**

La Corte Constitucional se pronunció sobre este tipo de órdenes al estudiar una medida cautelar que adoptó un juez de instancia, en el que se incurrió en censura al haberse adoptado la siguiente decisión:

""Sexto. ORDENAR al Programa Séptimo Día de Caracol Televisión que se abstenga de difundir imágenes o programa alguno en que se mencione a la clínica CIMEC y a la sociedad BARÓN PERALTA LTDA CENTRO MÉDICO INTEGRAL EL CABRERO y a los profesionales que en ella trabajan, hasta cuando este juzgado dicte fallo definitivo en el trámite de la presente acción de tutela."

A juicio de la Corte, en este caso, el juez de instancia realizó un control previo de contenidos al impedir que el programa Séptimo Día mencionara la clínica. Así, la Corte Constitucional realizó un llamado a todos los jueces a abstenerse de decretar este tipo de medidas, por considerarlas contrarias a la prohibición de censura. En efecto, a juicio de la Corte, "esta prohibición cobija a cualquier autoridad dentro del Estado colombiano, incluso a los funcionarios de la rama judicial en ejercicio de su poder jurisdiccional"[75].

- Se emiten órdenes que exigen hacer la rectificación con un determinado lenguaje y forma. Esto ocurre cuando el juez indica la forma, tamaño y estilo respecto de las rectificaciones. Si es tal el caso, argumente que señalar una determinada forma y contenido para divulgar a modo de rectificación se equipara a un constreñimiento y a una censura indirecta. Al respecto, la Corte Constitucional ha sostenido que "la prohibición de censura y la libertad de prensa se violan cuando se impone al periodista la obligación de publicar una información u opinión, del mismo modo que cuando se le impide su difusión (...) que la

75. Corte Constitucional. (2011). *Sentencia T-043*. M.P.: H. Sierra.

> prensa sea libre no admite una interpretación diferente a la que se basa en la real libertad del periodista. Es él quien, bajo su responsabilidad, debe decidir qué publica, cuándo y cómo"[76].

En cualquiera de los escenarios descritos, puede referirle al juez que tales órdenes pueden tener, al menos, estos graves efectos contrarios a la garantías de libertad de expresión: (i) producir un efecto inhibidor sobre los demás periodistas que quieren publicar sobre la persona que alegó la acción de tutela; (ii) producir autocensura frente al periodista al que se le ordenó rectificar; y, (iii) cuando el periodista se vuelve a pronunciar sobre la misma persona que alegó la acción de tutela, vuelve a ser sometido a un proceso, lo que puede generar un acoso judicial que la contraparte encontraría "justificado" por la orden previa.

### 4.2. No ponga en riesgo a sus fuentes

Una pretensión recurrente en tutelas contra periodistas es solicitar al juez que le ordene al periodista revelar el origen y las metodologías de sus investigaciones, presuntamente para verificar si contrastó la información de manera diligente, lo cual pone en riesgo las fuentes que utilizó para realizar su investigación y con ello la reserva de la fuente, que es un derecho constitucional (art. 74).

En términos de la Corte Constitucional, "la reserva de la fuente es una garantía fundamental y necesaria para proteger la verdadera 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 información relevante para el público"[77]. La CIDH también ha establecido que "una de las bases primarias del derecho a la reserva se constituye sobre la base de que el periodista, en su labor de brindar información a las personas y satisfacer el derecho de las mismas a recibir información, rinde un servicio público importante al reunir y difundir información que de otra forma, sin guardar el secreto de las fuentes, no podría conocerse"[78]. En estos casos, usted puede negarse a entregar la información sobre las fuentes y las formas de investigar amparado por la reserva de la fuente. El artículo 74 de la Constitución dice que, sin excepción alguna, "el secreto profesional será inviolable". Esto garantiza el ejercicio libre e independiente del periodismo y del derecho de toda la ciudadanía a acceder a información veraz e imparcial. La Corte Constitucional ha señalado que negarse a entregar información obtenida durante la reportería es un derecho fundamental de los periodistas (Sentencia T-594 de 2017, M.P.: C. Bernal).

76. Corte Constitucional. (1994). *Sentencia T-484.* M.P.: J. Arango.

77. Corte Constitucional. (2009). *Sentencia T-298*. M.P.: L. E. Vargas.

78. RELE de la CIDH. (s.f.). *Antecedentes e interpretación de la Declaración de Principios sobre la Libertad de Expresión.* Recuperado de: http://www.oas.org/es/cidh/expresion/showarticle.asp?artID=132&lID=2.

**Ejemplos:**

- Proceso de tutela en el que se requirió a un periodista para aportar información de una de sus fuentes (esto supone la violación de la reserva de la fuente con la finalidad de obtener sus datos para enviarle la notificación de un proceso de tutela en su contra, por la misma publicación periodística).

- También se han presentado casos en los que el accionante solicita al juez que le indique el material probatorio que utilizó el periodista para redactar el artículo o nota (esto supone la violación de la reserva de la fuente).

- La Corte Constitucional estudió un caso de una médica que interpuso una acción de tutela contra el canal RCN Televisión. En esta, argumentaba que sus derechos fundamentales a la honra y al buen nombre estaban siendo vulnerados a raíz de la negativa del canal de suministrar el material que utilizó para la investigación periodística presentada en el programa Cuatro Caminos, en el que se expone un caso de negligencia médica en contra de ella. La Corte Constitucional fue enfática en que no era posible acceder al material periodístico del Canal RCN, pues prevalecía la reserva de la fuente. Para la Corte, este derecho protege algo más que la confidencialidad e identidad de las fuentes, pues es un derecho que salvaguarda la posibilidad de que el periodista realice libremente su oficio.

# 5. Mecanismos de defensa frente a las decisiones

## 5.1. Solicitud de aclaración frente a una orden de rectificación no cumple con las condiciones de equidad

Cuando se profiere sentencia, esta no es modificable ni revocable por parte del juez que la profirió, pero es posible que el juez corrija errores a través de la aclaración. Esto lo puede hacer directamente o mediante la solicitud de una de las partes del proceso. El artículo 285 del Código General del Proceso dice que esta solicitud se puede realizar cuando el fallo "contenga conceptos o frases que ofrezcan verdadero motivo de duda, siempre que estén contenidas en la parte resolutiva de la sentencia o influyan en ella". En ese sentido, una primera alternativa consiste en realizar una solicitud de aclaración, cuando una orden tenga elementos que parecen desproporcionados puede interponerse una solicitud de aclaración para que el juez proceda a delimitar la orden de acuerdo a los estándares constitucionales, dentro de los tres días siguientes a la notificación del fallo. La lógica detrás de dicha solicitud es que el fallo, en su parte resolutiva, contiene frases u órdenes que ofrezcan motivos de duda. Si la orden del juez de primera instancia no se adecua para que la rectificación cumpla con las condiciones de equidad, impugne la decisión con los argumentos de este acápite.

Es importante tener en cuenta que la solicitud de aclaración no es un recurso nuevo; por esto, no se puede usar para pedirle al juez que modifique su orden, sino para que aclare sobre elementos que no son del todo comprensibles. Sobre esto, la Corte Constitucional ha dicho que la solicitud de aclaración no puede ser utilizada para modificar o reformar las sentencias, porque no son consideradas como recursos propiamente dichos en los que se pueda controvertir las decisiones (Sentencia T-276 de 2013, M.P.: M. González).

## 5.2. Impugnación

La impugnación es un recurso para que un juez de mayor jerarquía revise el caso y la decisión emitida por el juez de primera instancia. En caso que la decisión desconozca los estándares de protección a la libertad de expresión, usted podrá impugnar la decisión dentro de los tres días hábiles siguientes a la notificación[79].

En este escrito, se podrán aportar los argumentos más importantes para controvertir el fallo inicial. Se recomienda que dichos argumentos incluyan, de acuerdo con el caso, la primacía del derecho fundamental a la libertad de expresión cuando colisiona con otros derechos.

**Es muy importante tener en cuenta que presentar la impugnación no suspende, en ningún momento, el cumplimiento del fallo de primera instancia.** En esta medida, se aconseja que se dé cumplimiento al fallo inicial para evitar la apertura de un incidente de desacato.

## 5.3. ¿Qué hacer frente a una decisión de desacato?

Como se explicó anteriormente, las órdenes de tutela son de obligatorio cumplimiento. Por ello, el incidente de desacato es un trámite que impulsa su acatamiento, en caso de evidenciarse la falta de ello, se imponen sanciones.

79. Decreto 2591 de 1991. Art. 31.

### ¿Si no cumplo la orden de tutela, qué sanciones puedo enfrentar?

- Pena de arresto de hasta por seis meses.
- Multa de hasta veinte salarios mínimos legales mensuales vigentes.
- Acusación por fraude a resolución judicial, prevaricato por omisión y sanciones penales.

En caso que usted sea sancionado y considere que la decisión es errada, usted tiene la posibilidad de interponer una solicitud denominada "consulta", para que el superior jerárquico de quien falló el incidente de desacato -dentro de los tres días siguientes-, verifique lo siguiente: (i) si hubo incumplimiento y si este fue total o parcial, apreciando las circunstancias del mismo; (ii) si la sanción impuesta en el incidente de desacato es la correcta. Así, se debe estudiar que no haya una violación a la Constitución o a la Ley y que la sanción sea proporcional para asegurar el goce efectivo del derecho que se busca proteger[80].

RESUMEN:

### ¿Qué debe saber del desacato?

- En el desacato se verifica el cumplimiento de una decisión de primera o segunda instancia. La impugnación no suspende el cumplimiento de la decisión de primera instancia. Por este motivo, aunque esté cursando la segunda instancia, se puede abrir el desacato.
- El juez tiene la obligación de otorgar una oportunidad de defensa una vez se notifica la apertura del incidente de desacato.
- Los jueces no suelen pronunciarse sobre el fondo de la decisión. Cuando responda al incidente de desacato, concéntrese en probar el cumplimiento de la orden y, si esto no fuese posible, argumente que corresponde la imposición de la menor sanción posible.
- La norma contempla unos topes máximos para las sanciones: la pena de arresto no podrá exceder los seis meses y la multa no será superior a veinte salarios mínimos legales mensuales vigentes. La decisión de cualquiera de estas sanciones debe ser razonada, motivada y proporcional.
- El auto que resuelve el incidente de desacato no es apelable. Solo procede en su contra la consulta, pero esta no es una nueva instancia.

80. Corte Constitucional. (2018). *Sentencia SU-034*. M.P.: A. Rojas.

PARTE 4

# Estrategia de defensa en un proceso de responsabilidad civil

## 1. Ruta de navegación del proceso civil

Otra forma de silenciar periodistas es mediante el asedio económico. Para este propósito, la vía escogida son los procesos de responsabilidad civil extracontractual. El principal motivo de efectividad de estas acciones para silenciar e intimidar a la prensa es que, mediante ellas, se puede exigir la indemnización de daños; lo que tiene un enorme efecto en el patrimonio de los periodistas y emisores de información. Ciertamente, al tratarse de una acción que puede generar graves consecuencias patrimoniales -que afectan no solo a los demandados, sino también a su economía familiar-, representa potenciales efectos nocivos para el ejercicio de la labor periodística.

La acción de responsabilidad civil en contra de la prensa en Colombia encuentra su sustento en el artículo 2341 del Código Civil, conforme al cual "el que ha cometido un delito o culpa, que ha inferido daño a otro, es obligado a la indemnización, sin perjuicio de la pena principal que la ley imponga por la culpa o el delito cometido". En particular, aquellos procesos en

contra de medios de comunicación se fundamentan también el artículo 55 de la Ley 29 de 1944, que señala: "Todo el que por medio eficaz para divulgar el pensamiento por medio de la imprenta, de la radiodifusión o del cinematógrafo, causa un daño a otro, estará obligado a indemnizarlos, salvo que demuestre que no incurrió en culpa".

**Hay dos tipos de responsabilidad civil: la contractual y la extracontractual.**

El primer tipo de responsabilidad se activa cuando existe un vínculo previo, singular y concreto entre el demandante y el demandado. Por ejemplo, se acude a este tipo de responsabilidad cuando se pretende reparar los daños causados por el incumplimiento de un contrato. En cambio, la responsabilidad civil extracontractual se da cuando no existe un vínculo entre las partes. El ordenamiento legal ha reconocido que quien genere un daño a otro -sin vínculo contractual- está en la obligación de indemnizarlo.

En este tipo de procesos, se busca desencadenar consecuencias jurídicas frente al daño causado injustamente por un particular. En otras palabras, en los casos iniciados en contra de periodistas y medios, se busca que el juez declare que la actividad periodística incurrió en la divulgación de información falsa o inexacta sobre un tercero, con culpa o con intención de daño, y de materializarse tal daño y demostrarse debidamente en el curso del proceso. En tal caso, el emisor tendrá que indemnizar al interesado, siempre que exista una relación causal entre la divulgación y el daño.

## 2. ¿Cómo demostrar que no hay responsabilidad ni lugar a indemnizar por su publicación?

Para que se configure la responsabilidad civil, se requieren cuatro elementos concurrentes: (i) el hecho generador del daño; (ii) el daño antijurídico; (iii) el factor de atribución; y (iii) un nexo causal que permita imputar el daño a la conducta de la persona que lo generó. Estos cuatro elementos no son universales y en Colombia no es unánime, pues en ciertos casos se elimina de la ecuación el factor de atribución.

Hecho
+
Daño
+
Factor de atribución
+
Nexo de causalidad

**Responsabilidad civil**

Sobre los requisitos de la responsabilidad civil extracontractual, la Corte Suprema de Justicia, en la Sala de Casación Civil, expuso que:

> *"Cuando un sujeto de derecho, a través de sus acciones u omisiones, causa injustamente un daño a otro, y existe, además, un factor o criterio de atribución, subjetivo por regla general y excepcionalmente objetivo, que permita trasladar dicho resultado dañoso a quien lo ha generado -o a aquél que por éste deba responder-, surge a su cargo un deber de prestación y un derecho de crédito en favor de la víctima, que tiene por objeto la reparación del daño inferido, para que quien ha sufrido el señalado detrimento quede en una situación similar a la que tendría si el hecho ilícito no se hubiera presentado, es decir, para que se le repare integralmente el perjuicio padecido."* (Sentencia del 16 de septiembre de 2011, rad. 2005-00058-01)

La defensa por excelencia que utilizan los periodistas cuando son demandados en procesos de responsabilidad civil extracontractual es demostrar que no se configuran los elementos de la responsabilidad civil.

Si los periodistas logran demostrar la inexistencia de cualquiera de los elementos, destruyen el fundamento sustantivo de la acción civil; lo que impide que los declaren civilmente responsables y los condenen a cualquier indemnización. Para ello, tenga en cuenta estas recomendaciones frente a cada elemento:

**Hecho:** el demandante debe argumentar y demostrar que el demandado incurrió en una acción u omisión generadora de un daño. En casos de acoso judicial contra periodistas, el demandante alega que el hecho generador del daño es la publicación, difusión o elaboración de algún contenido periodístico, que hace referencia de manera directa o indirecta al demandante.

> Su defensa puede fundarse en que se le atribuye un hecho en el que usted no participó, por lo tanto no hay legitimación por pasiva de la acción.

**Daño antijurídico**: se entiende como el desmejoramiento de las condiciones en las que se encontraba una persona por el actuar de alguien. Según la Corte Suprema de Justicia, el daño es "la vulneración de un interés tutelado por el ordenamiento legal, a consecuencia de una acción u omisión humana, que repercute en una lesión a bienes jurídicos, y frente a la cual se impone una reparación"[81]. El daño debe ser contrario al derecho y, para acreditar esto, el demandante suele argumentar que el daño se deriva de la afectación a los derechos a la honra, buen nombre o intimidad contenidos en la Constitución.

> En estos casos, el periodista se puede defender argumentando la inexistencia

81. Sentencia del 5 de agosto de 2014, rad. 2003-00660-01

del daño que alega el demandante; así, lo que puede decir el periodista es que los supuestos perjuicios que se alegan en la demanda nunca existieron. Por ejemplo, que la publicación retoma información que ya era pública por lo cual no generó ningún daño atribuible.

**Nexo causal:** es la relación de causalidad -causa consecuencia- que existe entre el hecho y el daño, donde se debe acreditar que la conducta del demandado es la que generó el daño. En este sentido, tal elemento se entiende como la relación causal entre la conducta de periodistas /medios y el daño sufrido por el demandante. En los casos de acoso judicial contra periodistas, el demandante suele argumentar que la publicación periodística fue la causa exclusiva del daño.

Una defensa que puede utilizar el periodista para controvertir el nexo causal es argumentar que no existe una relación entre el hecho y el supuesto daño que alega el demandante. Los perjuicios que sufrió el demandante son un hecho exclusivo de la víctima. En este sentido, si una publicación periodística expone conductas del demandante que hayan sido de conocimiento público previamente y este argumenta que la publicación le generó un daño, se puede desacreditar el nexo causal explicando que lo que generó el daño no fue la publicación del periodista, sino los hechos que ahí se exponen -que son, en últimas, conductas del demandante y no del periodista- y que la publicación no lo expuso.

En los casos de acoso judicial contra periodistas, el **factor de atribución** se refiere a la corrección o incorrección de la conducta del demandado, con la finalidad de determinar si el daño le es atribuible. Así, se debe demostrar que el periodista actuó con dolo o con culpa. El dolo es la intención de ejercer un daño, mientras la culpa[82] se refiere a un error de conducta que una persona prudente o diligente puesta en las mismas circunstancias no hubiera cometido.

En los casos de acoso judicial contra periodistas, se puede argumentar la ausencia de dolo o culpa, acreditando que el periodista actuó con diligencia y conforme a estándares profesionales.

## 3. ¿Cómo pedir la protección del derecho a la libertad de expresión en el proceso civil?[83]

En algunas ocasiones, las acciones civiles contienen solicitudes que constituyen un ataque directo al derecho a la libertad de expre-

82. En la responsabilidad civil contractual existen tres grados de culpa: lata, leve y levísima. En cambio, en la responsabilidad civil extracontractual solo se evalúa la culpa en general.

83. Para ello, remítase al capítulo 2.

sión, pues pretenden limitar, modificar o eliminar las publicaciones periodísticas que son objeto de debate. Por ejemplo, se solicita la rectificación, que se abstenga de referirse al demandante a futuro, la eliminación del contenido objeto de la controversia. Esto evidencia que los procesos civiles incorporan aspectos del derecho constitucional, por lo que usted podría también incluir argumentos de defensa desarrollados en los capítulos iniciales de esta guía y manifestar la intención de la demanda de constreñir a los periodistas en el ejercicio de su profesión y en su libertad de expresión.

El proceso de responsabilidad civil es diferente al de tutela. Esto se debe a que, en el primero, se argumenta mediante el derecho civil; mientras que, en el segundo, se argumenta mediante herramientas de derecho constitucional. A pesar de ello, el derecho constitucional es transversal a todas las ramas del derecho; por esto, los periodistas pueden invocar la necesidad de proteger el derecho a la libertad de expresión en los procesos de responsabilidad civil presentados en su contra.

En este tipo de defensa, los periodistas pueden argumentar: (i) la vigencia de los estándares internacionales de la libertad de expresión y de prensa; (ii) la supremacía de la libertad de expresión; (iii) la intención de la demanda de constreñir a los periodistas en el ejercicio de su profesión y en su libertad de expresión; o (iv) la protección a la libertad de expresión y al derecho a la información, en cabeza del demandado y la ciudadanía colombiana. —

Acudir a herramientas de derecho constitucional en procesos de responsabilidad civil se

conoce como la constitucionalización del proceso civil. Sobre esto, la doctrina ha establecido que:

> *"La jurisprudencia constitucional que pone en evidencia el proceso de constitucionalización del derecho privado en Colombia, puede caracterizarse como la jurisprudencia de los intercambios forzosos en ambientes que han pretendido conservar inmunes las instituciones, categorías y normas que hacen posible los intercambios voluntarios"*[84].

Invocar defensas de derecho constitucional en los procesos de responsabilidad civil es muy útil, debido a que ayuda a que los jueces analicen la naturaleza constitucional de los derechos que están en tensión.

Además, el derecho constitucional cuenta con múltiples herramientas que protegen a los periodistas frente a este tipo de acciones judiciales, en pro de las libertades de expresión, información y prensa.

**Consulte otras estrategias de defensa complementarias en el Anexo.**

## 4. ¿Cómo y cuándo se deben impulsar estas estrategias de defensa?

Si usted es demandado en el marco de un proceso de responsabilidad civil extracontractual, **debe contestar la demanda.** Este es el mecanismo de defensa por excelencia es que el demandado conteste la demanda exponiendo su versión de los hechos dentro del proceso.

Específicamente, se debe responder la demanda señalando expresamente los hechos que se admiten, aquellos que se niegan y los que no le constan[85]. Con respecto a esto, se debe manifestar de forma precisa por qué se niegan o no constan los hechos que así se consideren. Adicionalmente, la contestación de la demanda debe incluir:

- El nombre completo, con la correspondiente identificación, de la persona que contesta la demanda. En algunos casos, cuando hay alguna representación por parte de un abogado, deberá también identificarse completamente dicho representante.
- Los argumentos por los cuales se debe desestimar la demanda, frente a los hechos, el presunto daño, la presunta intención de daño y el nexo de causalidad.
- Las pruebas que se quieren hacer valer dentro del proceso. Si usted no cuenta con

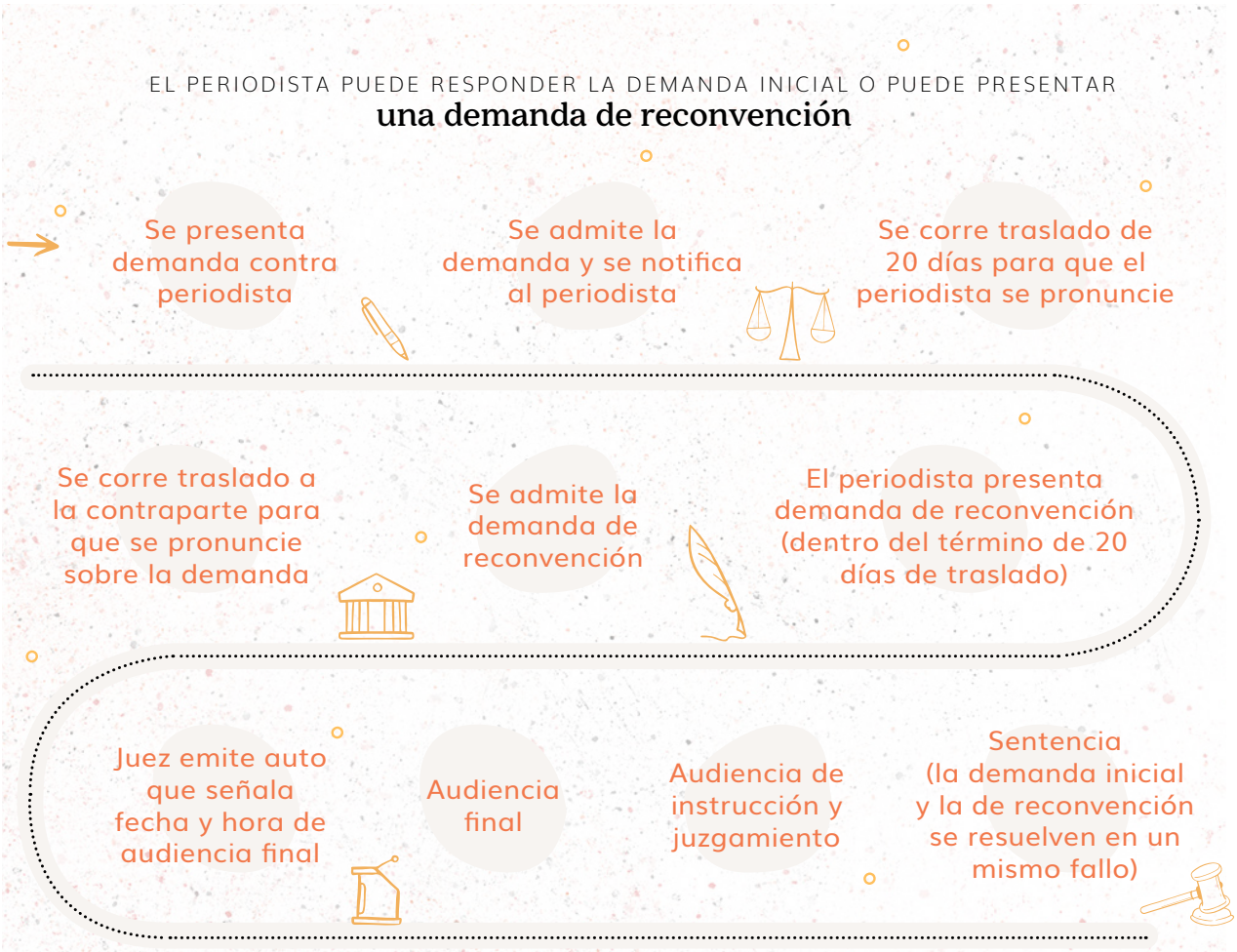
84. Calderón, J. J. (2013). *La constitucionalización del derecho privado: la verdadera historia del impacto constitucional en Colombia*. Bogotá: Universidad de los Andes-Temis.

85. Código General del Proceso. Art. 91.

las pruebas, puede solicitar al juez que las requiera a las entidades y a particulares que las tengan en su poder.
- Las direcciones físicas y electrónicas en donde se recibirán las notificaciones de las actuaciones del proceso.

Otra estrategia de defensa, que se puede poner en acción de manera paralela, consiste en formular una **demanda de reconvención** (artículo 371 Código General del Proceso): Este mecanismo consiste en una contrademanda. Al respecto, es importante tener en cuenta:

- El término para interponer esta demanda es el mismo que se le da al demandado para la contestación; esto es, veinte días.
- La demanda de reconvención tiene que reunir todos los requisitos dispuestos para la demanda (art. 82 Código General del Proceso).



LIBERTAD DE
EXPRESIÓN

PARTE 5

# Estrategia de defensa en un proceso penal

En los casos de injuria y calumnia, se puede construir una **estrategia de defensa** basándose en: i) rebatir que se cumplen los elementos descritos de cada delito; 2) utilizar la *exceptio veritatis,* para lo cual debe allegar pruebas sumarias; y 3) apoyarse también en argumentos constitucionales de por qué sus manifestaciones están cobijadas por la libertad de expresión[86].

86. El tercer elemento fue desarrollado en los capítulos iniciales sobre los argumentos constitucionales sobre libertad de expresión transversales a las distintas vías de acoso judicial.

## 1. ¿Cómo controvertir la configuración de los delitos de injuria y calumnia -directo e indirecto-?

El **delito de injuria** se encuentra tipificado en el artículo 220 del Código Penal. La Corte Suprema de Justicia ha señalado que, conforme a dicho artículo, la injuria se materializa cuando un "sujeto activo, consciente y voluntariamente, impute a otra persona un atributo o calificativo capaz de lesionar su honra, con pleno conocimiento de su carácter deshonroso y su capacidad de daño o menoscabo de la integridad moral del afectado"[87]. Así mismo, ha establecido que los elementos que constituyen el tipo penal son: "1) Que una persona impute a otra conocida o determinable un hecho deshonroso; 2) Que el imputado tenga conocimiento del carácter deshonroso del hecho; 3) Que el carácter deshonroso del hecho imputado dañe o menoscabe la honra de aquella persona; 4) Que el imputador tenga conciencia de que el hecho atribuido tiene esa capacidad de dañar o menoscabar la honra de la persona"[88].

Ahora bien, la Corte Suprema de Justicia ha precisado que el bien jurídico protegido por el tipo penal de injuria es la honra; es decir, la estimación o respeto con el que se tratan entre sí los congéneres. Así pues, para que se configure el tipo penal de injuria, el hecho deshonroso imputado debe ser de tal calibre que manifieste inequívocamente desprecio u odio hacia otro[89]. La jurisprudencia de las altas cortes (tanto la Suprema como la Constitucional) ha sido reiterativa sobre ese aspecto:

> *"No toda opinión o manifestación causante de desazón, pesadumbre o molestias al amor propio puede calificarse de deshonrosa; para ello es necesario que ostente la capacidad de producir daño en el patrimonio moral, y su gravedad no dependerá del efecto o la sensación que produzca en el ánimo del ofendido, ni del entendimiento que éste le dé, sino de la ponderación objetiva de que ella haga el juez de cara al núcleo esencial del derecho."*[90]

Con todo, no basta con que existan expresiones lesivas a la honra para que se configure el tipo penal. Es indispensable que el sujeto activo, quien realiza las afirmaciones deshonrosas, tenga conocimiento de la naturaleza degradante de las mismas y, además, que realice las afirmaciones con la voluntad inequívoca de hacer daño.

Como un tipo penal eminentemente doloso, la injuria está determinada por el "ánimo inju-

87. CSJ AP 8 oct. 2008, Rad 29428; CSJ SP 10 jul. 2013, Rad 38909; AP 16 feb. 2015 y Rad 42994.

88. Sentencia C-422 de 2011 de la Corte Constitucional, CSJ SP, 25 ene. 2017, Rad 47381 y CSJ auto del 29 de septiembre de 1983.

89. CSJ SP 10 jul. 2013, Rad 38909.

90. CSJ AP 20 jun 2007, Rad 27423 y Corte Constitucional sentencia C-422 de 2011 y C-392 de 2002.

riante o la conciencia sobre el carácter lesivo, gravoso de la acción que se imputa"[91]. Esto quiere decir que no basta con las expresiones y el lenguaje usado, ni la indignación, aflicción o rechazo que generen en su destinatario, para que se configure el tipo penal; sino que es necesario que, por parte del emisor, exista ánimo de afectar la dignidad moral de un tercero[92].

Por otra parte, el **delito de calumnia** se describe en el artículo 221 del Código Penal. La Corte Suprema de Justicia determinó que consiste en atribuir falsamente a una persona determinada o determinable un *comportamiento típico*, con el ánimo de causar daño a su patrimonio moral[93]. En este sentido, para la materialidad del tipo penal de calumnia se requieren los siguientes elementos: "i) la consciente y voluntaria atribución falsa de un hecho delictuoso, ii) que la imputación se haga a una persona determinada o determinable, iii) que el autor tenga conocimiento de la falsedad y iv) que la atribución del hecho delictuoso falso sea clara, concreta y categórica, no surgida de suposiciones de quien se siente aludido con una manifestación generalizada"[94].

Además, la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia ha manifestado que la atribución del hecho debe realizarse con circunstancias de tiempo, modo y lugar. En concreto, la Sala ha señalado que la imputación debe tener ciertos "mínimos de tipicidad que adviertan seria y objetiva la manifestación calumniosa, pues, si de forma genérica se acusa a alguien de "ladrón" o similares, es evidente que allí ninguna imputación concreta y verificable se efectúa, haciendo inane en sus efectos el hecho presumiblemente delictuoso"[95].

En los casos de injuria y calumnia, se puede construir una estrategia de defensa

**La injuria y calumnia se pueden concretar también de manera indirecta** (Art. 222 C.P.), cuando se reproduzcan las afirmaciones dañinas emitidas por un tercero. La pena se aumentará cuando tales afirmaciones hayan sido amplificadas por un medio masivo de comunicación (Art. 223 C.P.).

**Cuando las injurias o calumnias sean recíprocas,** habrá eximente bilateral de responsabilidad (Art. 227 C.P.). Lo mismo ocurrirá con las expresiones realizadas por profesionales del derecho en ejercicio del litigio, frente a las cuales solo restará la sanción disciplinaria (Art.228 C.P.).

91. CSJ SP 18 jul. 2018, Rad 98691.

92. CSJ AP 13 mar 1997, Rad 10139 y CSJ AP 8 oct. 2008, Rad 29428; CSJ SP 10 jul. 2013, Rad 38909; AP 16 feb. 2015, Rad 42994.

93. CSJ AP 7 de jul. 2010, Rad 29428.

94. CSJ AP 7 abr 2010, Rad 28516 y CSJ AP 7 de jul. 2010, Rad 29428.

95. CSJ SP 10 jul 2013, Rad 38909.

## 2. ¿Cómo defenderse alegando la *exceptio Veritatis*?

**Otra de las defensas contra los delitos de injuria y calumnia es la excepción de veracidad.** La prueba de que las manifestaciones acusadas son veraces y verosímiles se convierte en un eximente de responsabilidad, pues prima el derecho a la información veraz y objetiva, así como la libertad de opinar frente a los hechos que son de interés público:

> *"La Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia, refiriéndose a la exceptio veritatis, determinó que esta restricción a la tutela jurídica del honor estaba fundada en el culto a la verdad y en el interés social de desenmascarar al deshonesto y que "la prueba de la verdad de un hecho calumnioso desintegra el delito, precisamente porque en la calumnia es esencial la falsedad del hecho concreto imputado; y en tratándose de la injuria, la exceptio veritatis excluye la ilicitud o antijuridicidad del acto y equivale, en consecuencia, a una causal de justificación"*[96].

La *exceptio veritatis* responde, además, al principio periodístico de la búsqueda de la verdad. Esto no implica, necesariamente, la reconstrucción exacta de los hechos sobre los que se reporta, pero sí la lucha por la verificación más exacta de las circunstancias de tiempo, modo y lugar frente a la información u opinión emitida. Por supuesto, la prueba de los hechos puede entrar en tensión con el principio de reserva de la fuente periodística, pues se convierte en un estándar imposible. El hecho de tener fuentes reservadas que cuentan con los elementos que permiten establecer que sí ocurrió lo que se narra presenta importantes dificultades cuando se traduce al ámbito judicial.

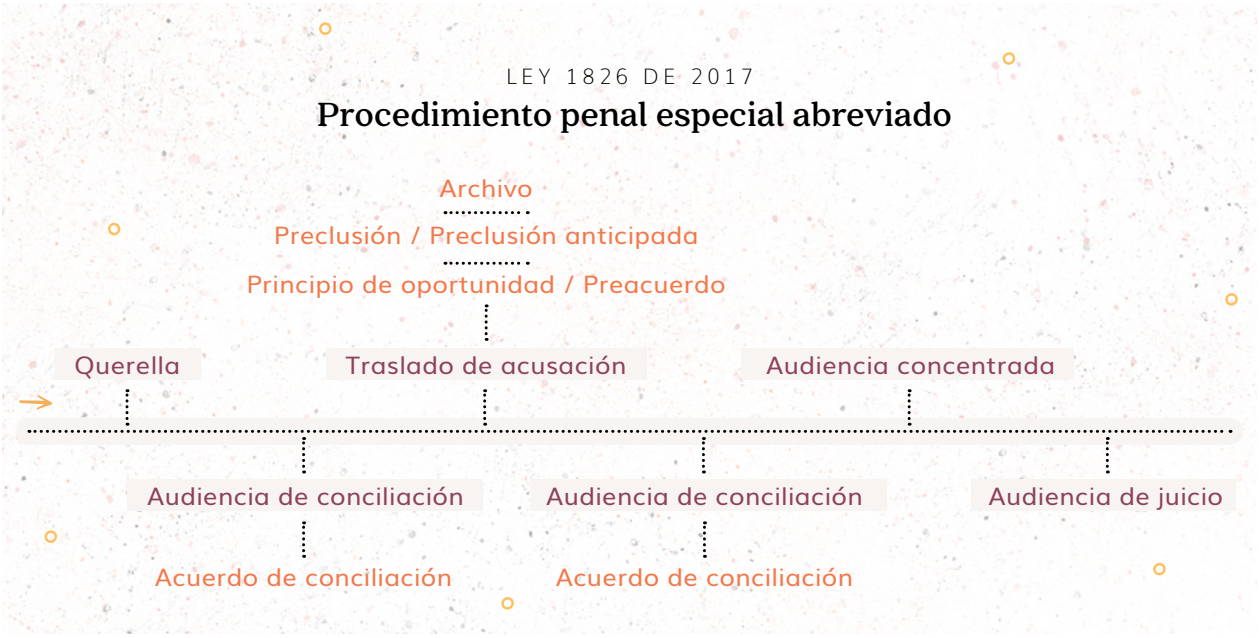
Adicionalmente, en aras de garantizar los derechos y garantías fundamentales, se podrá solicitar al Ministerio Público que se constituya una **agencia especial**, a fin de realizar seguimiento y vigilancia a las acciones adelantadas en la etapa de investigación y de juicio (Arts. 110 y 111 C.P.P.). Este mecanismo permitirá que el Ministerio Público vigile de cerca el proceso.

## 3. ¿Cuándo usar estos argumentos? Mapa de navegación del proceso penal para la defensa

### ¿Cómo es el procedimiento en casos de querellas por injuria y calumnia?

Para los casos en los que se interpone una querella por los delitos de injuria y calumnia, el

96. Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, sentencia de 22 de junio de 1956, G.J. Tomo LXXXIII pp. 129 y 130-1956




procedimiento que se aplica es el establecido en la Ley 1826 de 2017[97]. Este procedimiento se aplica a los delitos que son querellables, como los de injuria y calumnia (Artículo 74 de la Ley 906 de 2004). Cuando un delito es querellable, significa que se debe adelantar una diligencia de conciliación.

## ¿Qué esperar en cada etapa del procedimiento en casos de querellas por injuria y calumnia?

### Querella

La Fiscalía General de la Nación inicia una investigación por los delitos de injuria y calumnia solo cuando la víctima del delito formula la querella (Art. 71 C.P.P.)[98]; es decir, cuando interpone la denuncia. Esta debe contener:

- Identificación del autor.
- Día y hora de la presentación.
- Relación detallada de los hechos.
- Si le consta que los hechos han sido puestos en conocimiento de otro funcionario.

La querella se debe presentar dentro de los seis meses siguientes a los hechos. Sin embargo, cuando por razones de fuerza mayor o caso fortuito no se hubiere tenido conocimiento de la ocurrencia o no se pudiere presentar

97. Ley 1826 de 2017. Por medio de la cual se establece un procedimiento penal especial abreviado y se regula la figura del acusador privado. http://www.secretariasenado.gov.co/senado/basedoc/ley_1826_2017.html Fiscalía General de la Nación. Manual de Procedimiento Penal Abreviado y Acusador Privado. Febrero de 2017. Disponible: http://perso.unifr.ch/derechopenal/assets/files/obrasportales/op_20170408_04.pdf

98. Si esta fuere incapaz o persona jurídica, debe ser formulada por su representante legal. Si el querellante legítimo ha fallecido, podrán presentarla sus herederos.

la querella, los seis meses contarán desde que desaparezcan dichas circunstancias (Art. 73 C.P.P.). Es importante tener en cuenta que sus oportunidades de defensa empiezan desde que tenga conocimiento de la querella, momento en el que podrá buscar que la Fiscalía adopte una decisión de archivo que dé por terminado el proceso.

### ¿Desde cuándo tengo derecho a conocer el contenido de la querella?

La persona contra quien se presente una querella por los delitos de injuria y calumnia podrá solicitar a la Fiscalía que le suministre copia de la querella en cualquier momento, a fin de conocer los hechos por los cuales se adelanta la investigación y poder ejercer su derecho a la defensa en la etapa de investigación[99]. En caso que no le entreguen la copia a pesar de su solicitud, usted podrá acudir a la acción de tutela por vulneración a los derechos fundamentales de la defensa y el debido proceso.

De conformidad con el derecho fundamental a la defensa, la Corte Constitucional y la Corte Suprema de Justicia han reiterado que el derecho a la defensa se ejerce desde que la Fiscalía General de la Nación inicia la investigación con un indiciado conocido. Quien es denunciado tiene derecho a conocer plenamente la denuncia en su contra para que pueda defenderse apropiadamente.

### Audiencia de Conciliación

En los delitos querellables, como la injuria y la calumnia, resulta obligatorio que la Fiscalía adelante una diligencia de conciliación (Art. 522 C.P.P.). En dicho evento, el fiscal citará al querellante y al querellado con el fin de crear un espacio en el marco del proceso para evaluar si hay interés en llegar a un acuerdo sobre los hechos que originaron la querella.

Generalmente, la conciliación puede girar en torno a la discusión de lo ocurrido y, conforme a ello, si el querellado tiene voluntad de rectificar la información, retractarse o indemnizar económicamente por el daño causado. En caso de llegar a un acuerdo, la Fiscalía archivará la investigación. En caso contrario, continuará con la investigación y el proceso penal.

Recuerde que la inasistencia a esta audiencia sin una justificación válida se entenderá como un desistimiento de la querella. Es decir, si el querellante no asiste, se interpretará que ya no hay interés en el asunto y la Fiscalía deberá archivar la investigación. Sin embargo, el proceso penal continúa aunque el querellado no se presente a dicha audiencia.

### Traslado de la acusación

En caso de que la Fiscalía decida avanzar en el proceso penal, continuará con el traslado del escrito de acusación (Art. 536 C.P.P.); esto es, se comunicarán los delitos por los cuales se adelantará el juicio. La Fiscalía deberá:

- Citar al indiciado a que acuda con su defensor para hacer entrega del escrito de acusación.

99. Corte Suprema de Justicia. STP3038-2018. 1 de marzo de 2018. M.P. Fernando León Bolaños Palacio.

- Realizar el descubrimiento total de los elementos materiales probatorios, evidencia física o información legalmente obtenida.
- Indagar si existe ánimo conciliatorio; de ser así, se deberá surtir el trámite de la diligencia de conciliación.

A partir de esta etapa, se podrá solicitar cualquier medida cautelar.

## El escrito de acusación debe contener (artículos 337 y 538 del Código de Procedimiento Penal):

✓ 1.

La individualización concreta de quiénes son acusados, incluyendo su nombre, datos que sirvan para identificarlo y domicilio de citaciones.

✓ 2.

Una relación clara y sucinta de los hechos jurídicamente relevantes, en un lenguaje comprensible.

✓ 3.

El nombre y lugar de citación del abogado de confianza o, en su defecto, del que le designe el Sistema Nacional de Defensoría Pública.

✓ 4.

La relación de los bienes y recursos afectados con fines de comiso.

✓ 5.

El descubrimiento de las pruebas. Para este efecto, se presentará documento anexo que deberá contener:

a. Los hechos que no requieren prueba.
b. La transcripción de las pruebas anticipadas que se quieran aducir al juicio, siempre y cuando su práctica no pueda repetirse en el mismo.
c. El nombre, dirección y datos personales de los testigos o peritos cuya declaración se solicite en el juicio.
d. Los documentos, objetos y elementos que quieran aducirse, junto con los respectivos testigos de acreditación.
e. La indicación de los testigos o peritos de descargo, señalando su nombre, dirección y datos personales.
f. Los demás elementos favorables al acusado en poder de la Fiscalía.
g. Las declaraciones o deposiciones.
h. La indicación del juzgado competente para conocer la acción.
i. La prueba sumaria que acredite la calidad de la víctima y su identificación.
j. La indicación de la posibilidad de aceptar los cargos.
k. La orden de conversión de la acción penal de pública a privada, de ser el caso. (Como se verá más adelante, en el marco del procedimiento abreviado, existe la figura del acusador privado, quien realizará el papel de la Fiscalía. En caso de acudir a dicha figura, este será el momento en que se debe acreditar)

### ¿Qué pasa si no cumple con los requisitos?

En la audiencia concentrada ante el juez municipal con funciones de conocimiento, la defensa podrá realizar las observaciones pertinentes al escrito de acusación. El juez le solicitará a la Fiscalía que realice las aclaraciones, adiciones o correcciones necesarias (Art. 542 del C.P.P.).

### ¿La Fiscalía puede solicitar medidas de aseguramiento?

La medida de aseguramiento de detención preventiva no procede en los delitos de injuria y calumnia, pues la pena mínima de ambos no es igual o superior a cuatro años. Si llega a ocurrir que la Fiscalía considere que procede la imposición de medidas de aseguramiento, esta debe realizar la solicitud ante los jueces de control de garantías. En ese caso, en la audiencia, cuando la Fiscalía realice el traslado del escrito de acusación, usted podrá defenderse refiriendo que esta medida es improcedente para este tipo de delitos.

### ¿Qué pasa después del traslado del escrito de acusación?

Dentro de los cinco días siguientes al traslado de la acusación, la Fiscalía debe presentar el escrito de acusación ante el juez penal municipal con funciones de conocimiento, anexando la constancia de la comunicación del escrito y el descubrimiento probatorio al indiciado (Art. 540 C.P.P.).

### Audiencia concentrada

Con posterioridad al traslado del escrito de acusación, la defensa cuenta con un término de sesenta días para preparar la defensa. Vencido dicho término, el juez de conocimiento debe citar a las partes e intervinientes a la audiencia concentrada, que debe desarrollarse dentro de los diez días siguientes (Art. 541 C.P.P,).

La audiencia concentrada es una diligencia compleja, en la que el juez debe (Art. 542 C.P.P.):

- 1. Interrogar al indiciado sobre su voluntad de aceptar todos los cargos formulados.
- 2. Hacer el reconocimiento de la calidad de víctima. Se debe tener en cuenta que, en estos casos, la víctima va a ser el mismo querellante.
- 3. Indagar a las partes sobre la falta de competencia o la existencia de impedimentos (Art. 56 C.P.P.; p. ej., cuando exista amistad íntima o enemistad entre alguna de las partes y el juez).
- 4. Interrogar a la Fiscalía si existen modificaciones al escrito de acusación.
- 5. Permitir que la defensa y la víctima presenten sus observaciones al escrito de acusación y sus modificaciones.

- 6. Ordenar a la Fiscalía que aclare, adicione o corrija el escrito de acusación.
- 7. Escuchar las observaciones de las partes sobre las pruebas entregadas por la Fiscalía.
- 8. Permitir que la defensa revele las pruebas que desvirtúen la acusación.
- 9. Escuchar la enunciación de la totalidad de pruebas que la Fiscalía y la defensa harán valer en el juicio oral. En todo caso, dicha enunciación deberá consignarse en un listado que las partes e intervinientes deben entregar al juez al inicio de la audiencia.
- 10. Escuchar si las partes tienen interés en acordar estipulaciones probatorias (hechos o circunstancias que se pactan como probados y no van a ser objeto de debate en el juicio).
- 11. Permitir que la Fiscalía, las víctimas y la defensa realicen solicitudes probatorias. El juez debe escuchar las observaciones de cada una de las partes para que manifiesten sus observaciones sobre exclusión, rechazo e inadmisibilidad.
- 12. Otorgar la palabra a las partes para que propongan las nulidades que consideren pertinentes.
- 13. Pronunciarse sobre las solicitudes probatorias y las nulidades propuestas.
- 14. Permitir que las partes interpongan los recursos sobre las decisiones adoptadas.

### ¿Qué pasa si la Fiscalía no realizó de manera correcta el descubrimiento probatorio?

Si la Fiscalía no entregó las pruebas completas y de manera oportuna, el juez deberá rechazar dichos elementos de pruebas y no podrán practicarse dentro del juicio (Art. 346 C.P.P.). Esto es relevante en la medida en que excluye las pruebas de la Fiscalía que no fueron presentadas en su oportunidad, pues no se contó con el tiempo suficiente para garantizar el derecho a la defensa y contradicción de la prueba.

### ¿Qué recursos se pueden interponer?

Sobre las pruebas ordenadas por el juez, proceden los recursos de reposición y apelación. El recurso de reposición se interpone y sustenta ante el mismo juez, para que reconsidere la decisión adoptada. El recurso de reposición se puede interponer contra la decisión que admite o niega la práctica de una prueba. El recurso de apelación se interpone y sustenta ante el mismo juez, para que su superior jerár-

quico evalué la decisión; en este caso, los jueces de circuito con funciones de conocimiento (Art. 36 C.P.P). Este recurso solamente procede para los casos en los que el juez haya negado el decreto de alguna prueba[100].

### Juicio Oral

El desarrollo del juicio oral seguirá las reglas establecidas para el procedimiento ordinario en el Código de Procedimiento Penal (art. 544), excepto en la audiencia para proferir sentencia. En ese sentido, el juicio oral iniciará indagando al acusado si se declara inocente o culpable. En caso de aceptación de culpabilidad, esta puede ser mixta; es decir, se podrá declarar culpable por alguno de los cargos e inocente para los otros (Arts. 367 C.P.P.). Por ejemplo, se podría dar una aceptación por los cargos de injuria y manifestar la inocencia respecto a los cargos que se formulen por calumnia. Al declararse culpable, se tendrá derecho a la rebaja de una sexta parte de la pena que se impondrá (Art. 367 C.P.P).

El juez debe verificar que la manifestación de culpabilidad se realice de manera libre, voluntaria e informada con respecto a las consecuencias de la decisión (Art. 368 C.P.P.). Una vez verificado lo anterior, el juez dará trámite a las reglas establecidas para la audiencia para proferir sentencia. Asimismo, la Fiscalía deberá informar si se ha realizado preacuerdo, caso en el que deberá analizar su validez (Art. 369 C.P.P.).

De no presentarse manifestaciones de culpabilidad ni preacuerdos, el juicio empezará con una declaración inicial por parte de la Fiscalía General de la Nación, en la que deberá indicar su teoría del caso. Si la defensa lo desea, también podrá presentar su teoría (Art. 371 C.P.P.). En caso de hacerlo, para los delitos de injuria y calumnia se recomienda enfocarse en presentar al juez por qué los hechos del proceso no constituyen un delito; por ejemplo, si se configura una causal que pueda exonerar de responsabilidad y cómo las pruebas van a dar por confirmada la teoría del caso. A continuación se procederá a realizar la práctica de las pruebas decretadas en la audiencia concentrada. Para ello, el juez debe garantizar:

- **Publicidad:** todas las pruebas deberán practicarse en juicio oral y público (Art. 377 C.P.P.), salvo que se configure alguna de las limitaciones establecidas en los artículos 150-152 del Código de Procedimiento Penal; en ese caso, el juez deberá sustentar dicha limitación por medio de decisión motivada.
- **Contradicción:** todas las partes podrán controvertir las pruebas practicadas (Art. 378 C.P.P.).
- **Inmediación:** el juez, para adoptar su decisión, solo podrá tener en cuenta las pruebas practicadas en el juicio (Art. 379 C.P.P.)

El desconocimiento de dichos principios configura una violación al derecho fundamental al debido proceso; a partir de la cual se podría generar una nulidad del proceso (Arts. 455 y 457 C.P.P.)

100. Corte Suprema de Justicia. Sentencia del 27 de julio de 2016. Rad. 47469.

Culminada la práctica de las pruebas, la Fiscalía o la defensa podrán solicitar al juez la absolución perentoria, cuando resulte claro que los hechos que fundamentaron la acusación son atípicos; es decir, que los mismos no constituyen un delito. En ese caso, el juez deberá resolver la petición sin escuchar a las demás partes (Art. 442 C.P.P.).

En caso de que se rechace la solicitud, o que la misma no se presente, cada una de las partes expondrá sus argumentos relativos al análisis de la prueba y la responsabilidad del acusado (Art. 443 C.P.P.) En los delitos contra la honra, habrá eximente de responsabilidad cuando se realiza la retractación antes de que se dicte sentencia de primera instancia (Art. 225 C.P.).

Clausurado el debate probatorio, el juez anunciará el sentido del fallo. Dentro de los diez días siguientes, el juez debe proferir la sentencia y correr traslado escrito a las partes, con lo cual se entenderá notificada. Las partes contarán con cinco días para la presentación del recurso de apelación, que debe ser enviado por escrito y surtirá el mismo trámite que en el procedimiento ordinario (Art. 545 C.P.P.).

**En el Anexo podrá encontrar otros aspectos del proceso penal para su consulta en detalle.**

# Anexos

## TUTELA

### ¿Qué juez decide las tutelas contra periodistas y medios de comunicación?

Por regla general, las tutelas que se interponen en contra de periodistas y medios de comunicación son decididas, en primera instancia, por el juez del circuito del lugar donde reside quien se considere afectado. Cuando no existe un juez de esta jerarquía en el distrito judicial, la tutela podrá interponerse ante cualquier juez del lugar, quien deberá remitirla al correspondiente juzgado del circuito a más tardar al día siguiente de su recibo (y comunicarlo así al demandante).

Además, "el juez competente, al asumir el conocimiento de la acción, dispondrá que las comunicaciones al demandante y la actuación de esté se surtan por conducto del juzgado en el que haya sido interpuesta la demanda y ante quien, dado el caso, podrá presentar la impugnación del fallo de primera instancia, para que sea tramitado ante el competente"[101].

### ¿Desigualdad de armas frente a medios de comunicación?

Es importante tener en cuenta que en este tipo de procesos entre el medio de comunicación y la persona involucrada en la noticia divulgada, se presume la existencia de un estado de indefensión "*cuando se da la circulación de información u otro tipo de expresiones a través de medios que producen un alto impacto social que trascienden la esfera privada de quienes se ven involucrados*"[102]. En este sentido, la Corte Constitucional ha justificado esta presunción "*en razón a que la actividad informativa que desempeñan este tipo de organi-*

101. Corte Constitucional. (2010). *Sentencia C-940*. M.P.: G. Mendoza.

102. Corte Constitucional. (2018). *Sentencia T-200*. M.P.: A. Linares.

*zaciones, además de tener un gran alcance, en tanto llevan su mensaje a diversos sectores de la sociedad, también tiene el poder de impacto social, comoquiera que puede influir o generar determinada opinión en el conglomerado*"[103].

De cualquier manera, usted puede brindar herramientas para que la autoridad judicial estudie las particularidades del caso y determine si existe o no esa indefensión o "desigualdad de armas". Recuerde que el poder de divulgación que ostentan algunos particulares con exposición, como figuras y funcionarios públicos, puede, en ocasiones, puede ser tan alta en redes sociales y otros canales de difusión que es suficiente o incluso mayor que la del medio o del periodista. Usted debe dar la información pertinente al juez para mostrar que el demandante tiene las herramientas para contrarrestar el poder que se les asigna de manera presuntiva a todos los medios de comunicación y las publicaciones en línea.

## Garantía del debido proceso y el derecho a la defensa al periodista en el marco de una acción de tutela

Que a los periodistas se les garantice un debido proceso en el marco de un proceso judicial es igual de importante a que se estudie de fondo la acción instaurada. Estas garantías también se vulneran en casos de acoso judicial contra periodistas. Por este motivo, es importante estudiar las diferentes herramientas que existen para afrontar tales situaciones, con la finalidad de asegurar que el proceso se surta con plenas garantías.

Según la Corte Constitucional, el derecho al debido proceso se relaciona con: (i) el acceso igualitario a los jueces, a obtener decisiones motivadas, a impugnar las decisiones ante un superior y al cumplimiento del fallo; (ii) que el juez competente conozca el proceso; y (iii) el derecho a la defensa[104]. Con relación a ello, el derecho a la defensa es una de las principales garantías procesales. Este se refiere a la oportunidad que tiene toda persona, en el ámbito de un proceso judicial o actuación administrativa, a ser oída, a hacer valer las propias razones y argumentos, a controvertir y objetar las pruebas en contra y a ejercer los recursos a los que haya lugar[105].

Por lo anterior, tenga en cuenta que usted tiene derecho a:

1. Que le entreguen la tutela y todos los anexos cuando lo notifiquen para que usted se pueda defender desde el auto admisorio.
2. Contestar en el término señalado por la autoridad judicial y aportar pruebas.
3. Interponer los recursos frente a las decisiones.
4. Defenderse sin que ello implique ceder y revelar las fuentes.

103. Corte Constitucional. (2019). *Sentencia SU-274*. M.P.: J. F. Reyes.

104. Corte Constitucional. (2019). *Sentencia C-163*. M.P.: D. Fajardo.

105. Corte Constitucional. (2015). *Sentencia T-544*. M.P.: M. González.

## Notificaciones en los procesos de tutela: garantía del derecho a la defensa

La notificación permite satisfacer el derecho fundamental al debido proceso y el derecho a la defensa. La jurisprudencia y la ley colombiana han indicado que la importancia de una debida notificación radica en que es el único método que permite asegurar que "la persona a quien concierne una determinación se halla enterada de su sentido y define en qué momento ha tenido lugar la transmisión oficial de esta información"[106].

La manera más recurrente en la que se vulnera el debido proceso en casos de acoso judicial contra periodistas es mediante la notificación indebida tanto del auto admisorio como de las decisiones. Por lo general, esto ocurre cuando:

1. No le ha sido informada de ninguna manera la expedición de un acto administrativo que lo involucra.
2. Se le informa de alguna decisión de alguna autoridad, pero no del contenido de la misma.
3. Se le informa de alguna decisión de alguna autoridad, pero el contenido de la información está incompleto.
   En este caso puede ocurrir, por ejemplo, que solo le sea transmitida la parte resolutiva, pero no las consideraciones del juez de tutela.

Cuando esto sucede, es posible que haya perdido la oportunidad para defenderse en juicio. Esto es contrario a sus intereses; pues, si no responde a la acción de tutela, se presumen como ciertos los hechos que fueron traídos al proceso por el accionante y se entrará a resolver de plano, como lo ordena el artículo 20 del Decreto 2591 de 1991.

Esta presunción de veracidad existe para sancionar el desinterés o la negligencia de los sujetos accionados; también busca que se protejan los derechos fundamentales que se argumentan vulnerados con la mayor eficiencia posible[107].

Por lo anterior, cuando a un periodista no lo notifican debidamente de una acción de tutela: (i) no se entera de su existencia; (ii) pierde la oportunidad de pronunciarse; y (iii) se presumen como ciertos los hechos que se argumentan en su contra. Con lo anterior, se ven comprometidos sus derechos al debido proceso, a la defensa y a la correcta administración de justicia. En ese sentido, existe la posibilidad de alegar una nulidad en dicho proceso para recuperar esas oportunidades (cuando no hay falta de diligencia de su parte.

## ¿Qué se puede hacer cuando en el proceso existe notificación indebida?

En estos casos, el periodista puede acudir a una herramienta denominada como solicitud de la nulidad del proceso. En nuestro or-

106. Corte Constitucional. (2018). *Sentencia T-286*. M.P.: J. F. Reyes.

107. Corte Constitucional. (2019). *Sentencia T-260*. M.P.: A. Lizarazo.

denamiento jurídico, existe esta herramienta para salvaguardar el debido proceso, pues se considera que los procesos pueden "adolecer de vicios que afectan su validez, situación que ocurre cuando el juez omite velar por el respeto al debido proceso de las partes e intervinientes del procedimiento". Es importante tener en cuenta que la nulidad procesal se puede solicitar en cualquier término del proceso, siempre que no se haya fallado todavía o con posterioridad a ella, si ocurierren en ella (Art. 134 CGP). El efecto de una decisión en donde se ratifique la nulidad procesal es la invalidez de las actuaciones surtidas; de manera que se reinicia el proceso desde el momento en que debió concretarse esta garantía procesal, para que usted cuente con la oportunidad de defenderse. Este es un mecanismo al que puede acudir si no se practica de forma correcta la notificación del auto admisorio (art. 133 num 8 CGP).

## Medidas provisionales en el proceso de tutela

Las medidas provisionales son solicitudes que se pueden realizar al momento de presentar la acción de tutela, con la finalidad de que no se concrete la violación al derecho fundamental. En principio, estas se aplican solamente cuando sea necesario y urgente para la protección del derecho, según un estudio razonado de los hechos[108]. El juez, incluso si no se le solicita, puede dictar cualquier medida provisional encaminada a proteger el derecho fundamental. El artículo 7 del Decreto 2591 de 1991 establece que el juez puede hacer cesar la autorización de la ejecución de medidas cautelares por decisión propia o a petición de una de las partes.

En situaciones de acoso judicial, se han presentado casos en los que se solicitan medidas provisionales que tienen el efecto de censurar la actividad periodística. Por ejemplo, los jueces han admitido como medida provisional suspender la reproducción, comercialización y venta de publicaciones periodísticas hasta que la tutela se resuelva de fondo. Además, se han presentado medidas provisionales en las que se le solicita al juez prohibirle al periodista pronunciarse sobre la persona que interpone la tutela hasta que no se resuelva de fondo la acción judicial.

La imposición de este tipo de medidas limita la libertad de expresión e información y supone una censura al trabajo periodístico. En estos casos, una alternativa consiste en solicitar el levantamiento de la medida provisional, argumentando que el artículo 20 de la Constitución y el Sistema Interamericano de Derechos Humanos prohíben la censura previa, que ha sido entendida como "la actividad desplegada por diversas autoridades para impedir u obstaculizar gravemente la emisión de un mensaje o la publicación de un determinado contenido"[109].

108. Corte Constitucional. (2015). *Sentencia SU-695*. M.P.: J. I. Pretelt.

109. Corte Constitucional. (2018). *Sentencia T-102*. M.P.: L. G. Guerrero.

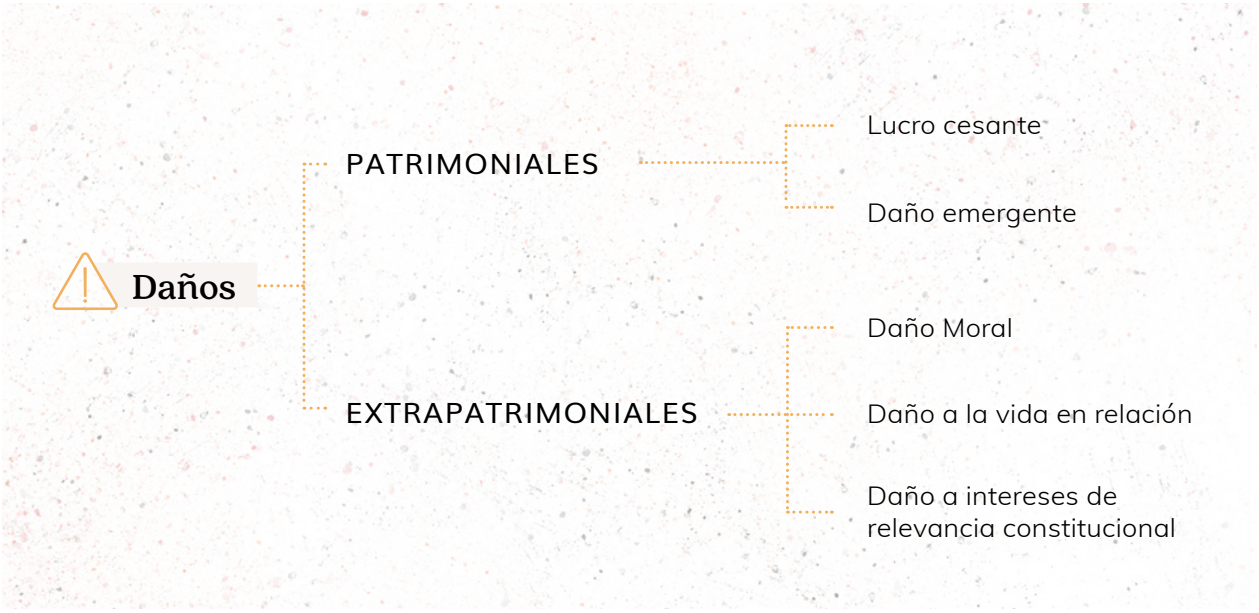
# PROCESOS CIVILES

## 1. Estrategias complementarias de defensa

### A) Controvertir los tipos de daños

Los daños tienen clasificaciones dependiendo de la repercusión sobre la víctima. En principio, los daños se dividen en dos grupos principales: patrimoniales y no patrimoniales. Los primeros son los perjuicios que recaen sobre el patrimonio de la víctima; por eso, son estimables en dinero mediante un método preciso de cuantificación. En cambio, los extrapatrimoniales no recaen sobre el patrimonio de la víctima; por eso, no pueden cuantificarse de forma precisa. En este acápite, se explicarán las clasificaciones del daño y algunas estrategias de defensa para controvertirlos.

Es importante tener presente que, en Colombia, la responsabilidad civil se rige bajo el principio de reparación integral. Esto significa que, cuando una persona causa un daño, debe pagar la totalidad del daño y únicamente eso; pues la responsabilidad civil no tiene una finalidad de enriquecimiento de la víctima o empobrecimiento del agente que ocasiona el daño. En este sentido, lo que busca la responsabilidad civil es que la víctima vuelva al estado en el que se encontraba si el daño no hubiese ocurrido. En la práctica, esta regla no es perfecta, pues no siempre es posible reparar con dinero el daño causado y es muy difícil que algunos daños se cuantifiquen en dinero. Este es el caso de la responsabilidad civil contra periodistas, dada la dificultad de cuantificar el daño que causó una publicación o difusión de contenido.



### a. Daños patrimoniales:

El **daño emergente** se refiere a los gastos en los que incurre o incurrirá una persona como consecuencia del hecho dañoso. En otras palabras, es algo que sale o saldrá del patrimonio con ocasión del daño. En Colombia, hay libertad probatoria para demostrar el daño, pero en los casos de daño emergente se tiende a usar la prueba documental (por ejemplo, mostrando los recibos de los gastos en los que se incurrió por el hecho en cuestión).

El **lucro cesante** se refiere a los réditos o rendimientos que la persona deja (o dejará) de percibir con ocasión del hecho dañoso. En este caso, lo que tiene que demostrar el demandante es que había un ingreso cierto que iba a hacer parte de su patrimonio y que se frustró por el hecho señalado. Las personas que interponen demandas de responsabilidad civil contra periodistas suelen argumentar que se configura un lucro cesante, pues dejaron de percibir recursos como consecuencia de la afectación de su prestigio. Por ejemplo, el demandante suele argumentar que con ocasión de la publicación le cancelaron un contrato o que las personas ya no celebran negocios con el demandante debido a la afectación que la publicación generó a su imagen.

### b. Daños extrapatrimoniales:

El **daño moral** es una modalidad de perjuicio extrapatrimonial con la que se compensa la tristeza, la aflicción, la angustia y el desasosiego derivado del hecho dañoso. Este tipo de daño se suele probar a través de testimonios, donde el círculo cercano de la persona narra la afectación que ha tenido sobre su fuero interior y su sentimentalidad con ocasión del daño. En los casos de acoso judicial contra periodistas, usualmente el demandante alega perjuicios morales al sostener que el contenido del material periodístico publicado le ha generado tristeza y afectaciones a su salud mental. Por ejemplo, los demandantes suelen argumentar que han sufrido gran mortificación y depresión por causa de la publicación periodística, que a su juicio es falsa e injustificada.

El **daño a la vida en relación** se refiere a la imposibilidad de relacionarse en situación de normalidad con ocasión del daño. Así, una persona que sufre un daño a su vida en relación se ve forzada a llevar una vida en condiciones más complicadas que los demás, pues presenta mayores barreras para relacionarse con las personas y para llevar a cabo actividades sociales. Las personas que demandan a periodistas en estos procesos suelen argumentar que se ha visto afectada su vida familiar y de relación, dado que socialmente son señalados de haber cometido lo que se difundió en la publicación periodística sin ser cierto. Por ello, resultarían víctimas de estigmatización y exclusión en distintos escenarios y actividades sociales que antes podían desarrollar con completa libertad.

El **daño a los intereses personalísimos de especial relevancia constitucional** es un criterio que fue introducido en el 2014 por la Corte Suprema de Justicia. En la sentencia que introdujo este concepto, la Corte accedió a unas pretensiones en las que el demandante buscaba que le pagaran perjuicios morales, por un lado, y perjuicios por la afectación a su buen nombre, por el otro, como consecuencia la introducción de su nombre en la lista de deudores

morosos por parte de una entidad crediticia (sin que tuviese deudas). Este tipo de daño permite que las personas reciban una indemnización por cada bien jurídico que se ve lesionado con ocasión del hecho dañoso En este sentido, un demandante puede argumentar que una publicación periodística atenta contra su honra, su intimidad, su imagen y su presunción de inocencia, entre otros; para solicitar una indemnización por la afectación de cada uno de estos bienes jurídicos. La introducción de esta nueva clasificación del daño fue rechazada por varios civilistas, debido a que la sentencia establece que la sola transgresión de un bien personalísimo da lugar a una indemnización, independientemente de si existió o no una repercusión derivada de esa transgresión (Sentencia del 5 de agosto de 2014, rad. 11001-31-03-003-2003-00660-01). Varios civilistas argumentan que esto desnaturaliza la responsabilidad civil, porque permite que se indemnice por la sola infracción del bien jurídico, incluso si no se genera una consecuencia desfavorable cuantificable (lo que desconoce el principio de reparación integral).

### B) Controvertir la indemnización que se argumenta frente a cada tipo de daño

En la mayoría de demandas de responsabilidad civil extracontractual contra periodistas, los daños que más se alegan son los extrapatrimoniales. Esto genera mayores arbitrariedades en cuanto a las indemnizaciones, debido a la imposibilidad de cuantificar de forma precisa el daño causado.

Para cuantificar el daño moral, la Corte Suprema de Justicia ha consagrado el principio de *arbitrio iudicis*. Con relación a la cuantificación de este daño, manifestó lo siguiente:

> "*El juzgador debe hacer un estudio ponderado de su valor, acorde con las circunstancias de cada caso y la jurisprudencia sobre la materia, en aras de determinar en forma razonable, a su prudente arbitrio (arbitrium iudicis), una suma o prestación económica que compense la afectación que pudo haber sufrido la persona que reclama el resarcimiento, por el detrimento correspondiente. Criterio de la Corte que descansa en la concepción jurídica del daño moral, que no tiene una valoración pecuniaria, en sentido estricto, pues al pertenecer a la psiquis de cada persona es inviable de valorar al igual que una mercancía o bien de capital, justamente porque los sentimientos carecen de apreciación monetaria, frente a lo cual lo único que puede hacerse es otorgar al afectado una prestación de valor económico, tan sólo para compensarle el dolor –pasado, presente o futuro–, es decir, que pueda mitigarle en cierta medida el sufrimiento.*" (Sentencia del 11 de mayo de 2017, rad. 11001-02-03-000-2017-00405-00)

La imposibilidad de establecer con certeza a cuánto debe ascender una suma de dinero para resarcir los daños extrapatrimoniales de la víctima puede ser aprovechada por el periodista para argumentar indemnizaciones menores. En este sentido, el periodista puede intentar convencer al juez de que la afecta-

ción al demandante sobre sus sentimientos, su relacionamiento con los demás o incluso a sus bienes personalísimos no existe (o es casi nula), lo que puede ayudar a reducir el monto de los perjuicios.

## 2. Medidas cautelares en los procesos civiles

La razón por la cual algunos actores están prefiriendo el uso de esta acción civil, sobre las acciones penales y constitucionales, radica en la posibilidad de exigir la indemnización de daños por parte de los periodistas y emisores de información. Ciertamente, al tratarse de una acción que puede generar efectos patrimoniales sobre los demandados –que les impactan no solo a ellos como individuos, sino también su economía familiar– es evidente que existe un potencial de daño mucho mayor en relación con las acciones penales y constitucionales.

Adicionalmente, la posibilidad de formular medidas cautelares, y una mayor probabilidad de ser otorgadas –en relación con otras jurisdicciones– hacen del proceso civil un mecanismo altamente beneficioso y útil, cuando se trata de generar temor y amenaza inmediata. Como se deriva de los casos vistos, en los procesos civiles estudiados se han impuesto medidas cautelares, con consecuencias patrimoniales inmediatas entre quienes son objeto de las mismas. Cuando esto ocurre, el periodista o medio de comunicación afectado no solo enfrenta la amenaza directa de una acción judicial, sino que conoce de manera inmediata sus consecuencias a largo plazo.

> Algunos actores prefieren las medidas cautelares en los procesos civiles pues tienen la posibilidad de exigir la indemnización de daños por parte de los periodistas y los emisores de información.

En caso que el demandante haya solicitado medidas cautelares, tenga en cuenta que:

- La afectación de su patrimonio solo puede ser proporcional a la indemnización que se solicita.
- El juez podrá decretar una medida menos gravosa, incluso distinta a la solicitud, para asegurar esa proporción entre lo que se pide indemnizar y lo que se guarda para su eventual cumplimiento.
- En algunos casos, podrá solicitar que se sustituyan las medidas cautelares por otras que ofrezcan la misma seguridad de pago que pretende la medida.
- Le pueden embargar el salario y prestaciones sociales únicamente en una proporción que no afecte por completo su mínimo vital.

# PROCESO PENAL

## Incidente de reparación integral

El incidente de reparación integral es un mecanismo encaminado a viabilizar de manera efectiva y oportuna la reparación integral de la víctima por el daño causado con el delito. En ese sentido, el trámite tiene lugar una vez se haya emitido el fallo que declara la responsabilidad penal y busca la indemnización de la responsabilidad civil derivada del daño[110]. El artículo 102 del Código de Procedimiento Penal, establece que, en firme la sentencia condenatoria, por solicitud de la víctima, la Fiscalía o el Ministerio Público convocarán a la audiencia pública de inicio de incidente de reparación integral.

El trámite del incidente de reparación integral se debe regir por la normativa procesal civil, pues lo que se discute es la indemnización pecuniaria por la responsabilidad civil derivada del daño causado por el delito. Se debe tener en cuenta que, para lograr la reparación del perjuicio causado, la víctima del delito puede elegir iniciar una acción de responsabilidad civil extracontractual, proceso que no está supeditado a que exista un fallo condenatorio.

## Acusador privado

La Ley 1826 de 2017 incorpora la figura del acusador privado para el procedimiento abreviado, lo que incluye los procesos que se adelantan por los delitos de injuria y calumnia (Art. 550 C.P.P.). Según el artículo 549 del Código de Procedimiento Penal, el acusador privado es aquella víctima del delito que está facultada para ejercer la acción penal representada por su abogado de confianza. El acusador privado cumplirá con el papel de la Fiscalía General de la Nación y deberá seguir el mismo procedimiento señalado anteriormente (Art. 551 C.P.P.).

## Principio de oportunidad

El principio de oportunidad es una facultad que le permite a la Fiscalía, antes de la audiencia de juicio, suspender, interrumpir o renunciar a la acción penal, a partir de las causales establecidas en el Código de Procedimiento Penal, con sujeción a la reglamentación del ente fiscal y sometido a control de legalidad ante el juez control de garantías (Art. 323 C.P.P.). En este sentido, el efecto práctico del principio de oportunidad es la terminación anticipada del proceso, sin que medie una sentencia absolutoria o condenatoria.

En caso de asumir el principio de oportunidad como una forma de terminación anticipada del proceso penal en los casos de injuria y calumnia, la defensa deberá analizar el cumplimiento de la causal a invocar. Teniendo en cuenta las características de estos delitos, la defensa podría solicitarle a la Fiscalía la aplicación del principio de oportunidad a través de la causal primera o la causal séptima.

La defensa debe tener en cuenta que la Fiscalía tendrá que valorar los intereses de

110. Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Penal. *Sentencia 34145.* 13 de abril de 2011. M.P. Sigifredo Espinosa Pérez.

las víctimas dentro del trámite del principio de oportunidad, según el artículo 328 del Código de Procedimiento Penal. En este sentido, la Corte Constitucional ha afirmado que, en virtud de los derechos de las víctimas a la verdad, la justicia, la reparación integral y las garantías de no repetición, la Fiscalía debe valorar las consideraciones de las mismas, en aras de controvertir las razones que sirvan de fundamento al ente fiscal y la decisión judicial que se adopte al respecto[111].

## Preacuerdo

La Fiscalía General de la Nación y el procesado podrán llegar a preacuerdos que impliquen la terminación del proceso, en los que se deben tener en cuenta las directivas del ente fiscal (Art. 348 C.P.P.). En esencia, es un mecanismo que permite el acceso a la administración de justicia, verdad, reparación y no repetición de manera expedita. Al igual que en el principio de oportunidad, la víctima cuenta con el derecho a ser oída e informada acerca del trámite del preacuerdo[112].

Se debe tener en cuenta que la Fiscalía no cuenta con una libertad absoluta: en los acuerdos a los que se llegue se debe respetar la descripción de los hechos objeto de investigación, que no pueden sufrir modificaciones[113]. El preacuerdo celebrado entre la Fiscalía y el procesado debe ser aprobado por el juez de conocimiento, quien deberá analizar que se cumplan con las formalidades del trámite y garantizar que no se quebranten las garantías fundamentales (Art. 351 C.P.P.). Una vez el juez apruebe los preacuerdos, procederá a proferir la sentencia condenatoria que corresponda.

## Preclusión

La preclusión en una figura jurídica consagrada en el Código de Procedimiento Penal, que aplica en aquellos casos en los que no existe mérito para continuar con la acción penal. Por tanto, la consecuencia de la misma es la terminación del proceso penal. La preclusión debe ser aprobada por el juez de conocimiento en cualquier etapa procesal, por petición de la Fiscalía a partir de la demostración de una de las causales del artículo 332 del Código de Procedimiento Penal.

Si se presenta en la etapa de juicio cualquiera de las causales relativas a la imposibilidad de continuar el ejercicio de la acción penal y la inexistencia del hecho investigado, la preclusión podrá ser solicitada, además, por el Ministerio Público o por la defensa[114]. En el marco del procedimiento abreviado, la Ley 1826 de 2017 incluye la figura de la preclusión por atipicidad absoluta, que faculta a la defensa para solicitar al juez de conocimiento la preclusión cuando la conducta no esté contemplada en la ley penal.

111. Corte Constitucional. *Sentencia C- 209* del 21 de marzo del 2007. M.P Manuel José Cepeda Espinosa.

112. Corte Constitucional. *Sentencia T - 448* de 2018. M.P. Antonio José Lizarazo.

113. Corte Suprema de Justicia. *Sentencia SP 594-2019*. 27 de febrero de 2019. M.P. Patricia Salazar Cuellar.

114. Corte Suprema de Justicia. *Sentencia AP. 30847*. 28 de julio de 2009. M.P. Eugenio Fernández Carlier.

La Fundación para la Libertad de Prensa (FLIP)
es una organización no gubernamental que defiende
la libertad de expresión y promueve un clima óptimo para
que quienes ejercen el periodismo puedan satisfacer el
derecho de quienes viven en Colombia a estar informados.


www.flip.org.co

info@flip.org.co

@FlipCol

@FLIP_org

@Flip_org

FLIP
FUNDACIÓN PARA
LA LIBERTAD
DE PRENSA