



República de Colombia
Corte Suprema de Justicia
Sala de Casación Civil

LUIS ALONSO RICO PUERTA

Magistrado ponente

STC734-2021

Radicación n.º 11001-02-03-000-2020-03305-00¹

(Aprobado en Sala de tres de febrero de dos mil veintiuno)

Bogotá, D.C., cuatro (4) de febrero de dos mil veintiuno (2021).

Se deciden las acciones de tutela (acumuladas) que promovieron **Victoria Eugenia Dávila Hoyos** y **Radio Cadena Nacional S.A.S.** (en adelante RCN) contra la **Sala Civil del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá.**

ANTECEDENTES

1. Las accionantes, en escritos separados, que posteriormente fueron acumulados –en obediencia a lo dispuesto en el artículo 2.2.3.1.3.3. del Decreto 1069 de 2015–, reclamaron la protección de sus derechos fundamentales al debido proceso, libertad de expresión y «*garantía de independencia para el oficio periodístico*»,

¹ A este trámite fue acumulada la demanda de tutela radicada bajo el n.º 11001-02-03-000-2020-03480-00.

presuntamente vulnerados por la autoridad convocada, dentro del trámite declarativo de responsabilidad civil adelantado por el señor Jorge Hilario Estupiñán Carvajal.

2. En sustento de sus súplicas, la señora Dávila Hoyos relató que, mientras se desempeñaba como directora del programa matutino de la emisora “La FM”, de propiedad de RCN, accedió a través de *«fuentes periodísticas (...) a una grabación en la que se registraban presuntos actos de corrupción que involucraban al entonces coronel de la Policía Jorge Hilario Estupiñán, en la que este claramente reconoce las gestiones que realizó con un contratista para que ajustara los precios de unos productos que se ofrecerían a la entidad»*.

El 6 de mayo de 2014, se transmitió el documento de audio, y una de las periodistas del programa radial dialogó al aire con el coronel Estupiñán Carvajal, para esa época Comandante del Departamento de Policía de Casanare, quien se refirió de manera breve a la conversación grabada, sin clarificarla mayormente. Por ello, el día 14 de ese mismo mes la referida accionante entrevistó al Inspector General de la Policía Nacional, general Yesid Vásquez Prada, con el fin de establecer la suerte de las investigaciones adelantadas contra aquel uniformado.

Algunos meses más tarde, el coronel Estupiñán Carvajal fue llamado a calificar servicios, por cuenta de *«la falta de capacidades y los malos resultados que obtuvo durante su paso por esa institución, como consta en el decreto No. 1726 del 11 de septiembre de 2014»*. En respuesta a ello, inició dos juicios, uno de nulidad y restablecimiento del derecho, que actualmente

curso en el Juzgado Segundo Administrativo de Yopal, y otro de responsabilidad civil, sobre el que gravita la solicitud de amparo constitucional.

En ese último procedimiento se dictó sentencia de primera instancia por parte del Juzgado Cuarenta y Seis Civil del Circuito de Bogotá, quien desestimó íntegramente los reclamos indemnizatorios, tras considerar que *«no se demostró la mala fe o deseos de distorsionar la información por parte de la periodista (...), quien se remitió exclusivamente a las fuentes que alimentaban la investigación periodística»*; que *«el Coronel (r) Estupiñán (...) reconoció la veracidad de la grabación aportada»*; que *«en ninguna de las emisiones al aire del Noticiero de la FM, en las que se trató el asunto se realizaron imputaciones fácticas; ni se sugirió certeza alguna frente a la responsabilidad del Coronel (r) Estupiñán»*, y que *«la noticia emitida responde a los estándares de veracidad y contrastación de fuentes de la actividad periodística y a los procesos que permiten verificarlos [y] no existió presión alguna de la periodista Vicky Dávila a la Policía Nacional para obtener el retiro del Coronel (r)»*.

Apelada esa determinación, la Sala Civil del Tribunal Superior de esta capital la revocó, mediante sentencia de 15 de octubre de 2020; en su lugar, condenó a la señora Dávila Hoyos y a RCN al pago de perjuicios, en tanto coligió que *«en el programa radial LA FM [se] presionó, increpó, exhortó a la entidad investigadora del aquí demandante, no solo para que lo apartara del cargo inmediatamente, sino que además prejuizó su conducta tildándolo de “corrupto”*», aserto que, en criterio de la periodista, *«vulnera derechos fundamentales tales como el debido proceso y la libertad de expresión, y además constituye un grave precedente que amenaza la libertad de prensa y de información en Colombia»*.

Por último, adujo que *«el apoderado de RCN formuló petición de aclaración del fallo de segunda instancia, la cual fue denegada mediante providencia del 18 de noviembre, fecha en la que también el Tribunal, de manera oficiosa, decidió corregir su determinación para suprimir del numeral 4 de la parte resolutive la mención a la rectificación de lo dicho en el programa del 6 de mayo, mención que fue calificada como fruto de un yerro aritmético, sin que tuviera tal entidad»*.

3. A su turno, RCN señaló que, durante los primeros meses del año 2014, *«fueron entregadas a la mesa de trabajo de La FM una serie de informaciones que, como bien lo dice la sentencia que impugnamos, “en principio, probaban la injerencia indebida en contratación pública por parte del entonces Coronel Estupiñán”*. A dicha mesa de trabajo acudió un denunciante que afirmaba haber sido presionado por su superior, Jorge Hilario Estupiñán para afectar procesos de contratación administrativa en la Policía Nacional. Dicha versión se soportaba en unos audios».

Seguidamente, afirmó que *«el día 6 de mayo de 2014, en la labor de confrontación que exige la Constitución, la periodista Angélica Barrera de La FM entrevistó sobre el tema al coronel Estupiñán y fueron transmitidos los referidos audios. La entrevista fue emitida sin edición alguna, [y] el 14 de mayo de 2014, la periodista Vicky Dávila, entrevistó al Inspector General de la Policía, General Yesid Vásquez Prada. En dicha entrevista se confirmó (1) que ya había sido radicada una denuncia contra el entonces coronel Estupiñán desde el primero de abril; y (2) que los audios hacían parte del respectivo expediente disciplinario»*.

Por ese sendero, reiteró que, *«[c]uatro meses más tarde, el 11 de septiembre de 2014, Jorge Hilario Estupiñán es llamado a calificar servicios por mal desempeño, por parte de la Policía Nacional»*, razón por la cual el entonces uniformado y su núcleo familiar presentaron la demanda de responsabilidad civil

extracontractual que dio origen a las condenas enunciadas, pero «[n]i en la demanda, ni en la interposición del recurso de apelación, ni en la sustentación del recurso [los demandantes] indican los apartes concretos de las publicaciones que, en su opinión, generaban la supuesta responsabilidad extracontractual de RCN y de la periodista».

Sin embargo, «[l]a Sala Civil del Honorable Tribunal consideró que la información difundida el 6 y 14 de mayo y las opiniones vertidas por la periodista mostraban negligencia profesional e intentaban incidir en el resultado de la investigación disciplinaria contra el entonces coronel Estupiñán. Considera que la falta de diligencia y su intento por direccionar (sic) la investigación constituye[n] culpa». Para sustentar esta conclusión, «[e]l Honorable Tribunal afirmó lo siguiente: (1) la periodista presionó con ironía y sarcasmo, de manera inexplicable e inquisidora, al Inspector General de la Policía, General Yesid Vásquez Prada, lo que constituye “falta de diligencia profesional”; (2) la periodista con sus opiniones no está legitimada para asegurar, prejuzgar, acusar o condenar y, al hacerlo, “desdibuja los fines y propósitos periodísticos”; (3) la periodista no actuó con la “prudencia” debida, teniendo en cuenta que “los elementos probatorios constituían reserva legal”; (4) la periodista actuó de manera “irresponsable”, pues pretendió “inmiscuirse” en el trámite de una investigación. Los periodistas no están legitimados para pretender incidir en los resultados de una investigación; (5) la actividad periodística debe limitarse a comunicar y por ello, debieron apenas informar sobre la existencia de las denuncias; (6) la periodista emitió una opinión en la cual calificó de “corrupto” al entonces coronel, lo que es reprochable dado que pretende que se pretermita cualquier trámite probatorio; (7) la información difundida fue inexcusablemente inexacta y apresurada; (8) “la falta de diligencia profesional se vio aún más reflejada cuando las investigaciones arrojaron la absolución penal y disciplinaria del Coronel Estupiñán Carvajal”; y, (9) la opinión de la periodista es la causa del daño sufrido por el demandante y su familia».

De allí dedujo que la autoridad convocada vulneró «*varios derechos fundamentales y garantías constitucionales: la libertad de expresión consagrada en el artículo 20 de la Constitución Política, 13 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y 19 del Pacto de Derechos Civiles y Políticos; el derecho a la libertad de prensa, que también se encuentra en el mencionado artículo 20 y en el artículo 74 de la Carta Política así como en los artículos señalados de la Convención y del Pacto y que integran el bloque de constitucionalidad; y tercero, el derecho al debido proceso, que se encuentra en el artículo 29 de la Constitución Política y en los artículos 8, 9 y 25 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos*».

4. Así las cosas, las actoras pidieron «*dejar sin efectos la sentencia del 15 de octubre de 2020, y la aclaratoria del 18 de noviembre de 2020, proferidas por la Sala Civil del Tribunal Superior de Bogotá (...), por medio de las cuales se impuso condena a la periodista Victoria Eugenia Dávila Hoyos y la Cadena Radial RCN, programa noticioso la FM como extracontractualmente responsables*», y «*ordenar a la [referida Colegiatura] (...) [proferir] nuevo fallo, limitándose a la competencia asociada a los reparos planteados por el actor, y respetando las evidencias probatorias arrimadas al proceso como también las libertades de opinión, expresión y la de prensa*».

RESPUESTA DE LOS ACCIONADOS Y VINCULADOS

1. El apoderado del coronel (r) Estupiñán Carvajal manifestó, entre otros aspectos, que no se advierte la vulneración denunciada y que «*se puede establecer la existencia de presiones por parte de la periodista Victoria Eugenia Dávila Hoyos para buscar enlodar el nombre del Oficial, tal como lo consiguió y además de presionar para su retiro, situaciones que en verdad con sus falsas*

imputaciones logr[ó] se realizaran y que disciplinariamente y penalmente se probó que no existieron (...)».

2. La Sala Civil del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, obrando a través de la magistrada que fungió como ponente del fallo cuestionado, indicó que allí «*se encuentran consignadas las razones en las que se edificó la decisión de segunda instancia, precisando que se abordó estudio del recurso dentro de los términos del art. 328 del Código General del Proceso, como quiera (sic) que la inconformidad del apelante precisamente se encaminó, con apoyo en las pruebas obrantes en el expediente a expresar las razones por las cuales estimó, que contrario a lo resuelto por la a quo, si se estructuran los elementos de la responsabilidad, por lo que era procedente la condena*».

CONSIDERACIONES

1. Problema jurídico.

Corresponde a la Corte establecer si: *(i)* se encuentran satisfechas las exigencias genéricas de procedencia contra las providencias judiciales; y –en caso afirmativo– *(ii)* el tribunal incurrió en una de las causas que habilitan la intervención del juez constitucional en asuntos sometidos al escrutinio de los falladores ordinarios.

2. Procedencia de la acción de tutela contra providencias judiciales.

La jurisprudencia de esta Corporación ha sostenido que, en línea de principio, la tutela no procede contra las

decisiones o actuaciones jurisdiccionales. Para mantener incólumes los principios que contemplan los artículos 228 y 230 de la Carta Política, al juez constitucional no le es permitido, al menos por regla general, inmiscuirse en el escenario propio de los trámites ordinarios.

Ahora, dicha pauta encuentra su excepción en casos en los cuales el funcionario accionado ha incurrido en un proceder arbitrario y claramente opuesto a la ley, que pueda encuadrarse en alguna de las causas específicas de procedencia de la tutela contra providencias judiciales, eventos en los que, luego de un ponderado estudio, se tornaría imperiosa la injerencia del juez de tutela, con el fin de restablecer el orden jurídico.

Para esa especial mediación es imprescindible la confluencia de los requisitos genéricos de procedencia de la tutela contra providencias judiciales, esto es, que *(i)* el asunto tenga relevancia constitucional; *(ii)* el actor haya agotado los recursos a su alcance; *(iii)* la petición cumpla con el requisito de inmediatez; *(iv)* en el evento de fundamentarse la solicitud de tutela en una irregularidad procesal, esta tenga incidencia directa en la decisión de fondo que se estima violatoria de los derechos fundamentales del actor; *(v)* se identifiquen en forma razonable los hechos que generan la vulneración; y *(vi)* no se trate de tutela contra tutela.

De otro lado, el yerro endilgado a la jurisdicción debe configurar alguna de las causas específicas de procedencia de la acción de amparo en estos eventos, a saber: *(i)* defecto

orgánico por carencia absoluta de competencia del funcionario judicial que dicta la providencia judicial; *(ii)* defecto sustantivo; *(iii)* defecto procedimental; *(iv)* defecto fáctico; *(v)* error inducido; *(vi)* decisión sin motivación; *(vii)* desconocimiento del precedente constitucional; y *(viii)* violación directa de la constitución.

3. Verificación de los requisitos generales y metodología de abordaje del caso.

En este asunto, las exigencias genéricas que se citaron en el acápite precedente se encuentran satisfechas. La discusión versa sobre bienes jurídicos especialmente relevantes en un Estado de Derecho (debido proceso, libertad de expresión y de opinión); no proceden recursos contra el fallo dictado en segunda instancia por el tribunal –pues la cuantía de la condena no alcanza el interés económico mínimo para recurrir en casación–, y la demanda principal se radicó el 26 de noviembre de 2020, esto es, con 8 días de diferencia respecto de la actuación materia de censura². En adición, el debate propuesto no se relaciona con asuntos de procedimiento, ni se cuestiona un fallo de tutela.

En tal virtud, resulta procedente analizar, de fondo, los reparos que plantearon las accionantes contra la decisión que adoptó el tribunal en sentencia de 15 de octubre de 2020 (corregida el 18 de noviembre siguiente). Para ello, se expondrán algunas pautas relacionadas con la libertad de

² Recuérdese que la sentencia atacada se dictó el 25 de octubre de esta anualidad, y fue corregida a través de proveído calendado el 18 de noviembre siguiente.

expresión y el ejercicio de la actividad periodística; se transcribirán las emisiones radiales que generaron la disputa, y, finalmente, se analizará el entronque de ese marco jurídico-fáctico con la argumentación que se expuso en la citada providencia.

4. Libertades de prensa y de expresión en el Sistema Interamericano de protección de los Derechos Humanos.

4.1. El artículo 13 de la CADH establece que

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

2. El ejercicio del derecho previsto en el inciso precedente no puede estar sujeto a previa censura sino a responsabilidades ulteriores, las que deben estar expresamente fijadas por la ley y ser necesarias para asegurar: a) el respeto a los derechos o a la reputación de los demás, o b) la protección de la seguridad nacional, el orden público o la salud o la moral públicas.

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

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

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

En idéntico sentido, el artículo IV de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, aprobada en la Novena Conferencia Internacional Americana (Bogotá, 1948), dispone que *«[t]oda persona tiene derecho a la libertad de investigación, de opinión y de expresión y difusión del pensamiento por cualquier medio»*, al paso que el canon 4 de la Carta Democrática Interamericana refiere que

«[s]on componentes fundamentales del ejercicio de la democracia la transparencia de las actividades gubernamentales, la probidad, la responsabilidad de los gobiernos en la gestión pública, el respeto por los derechos sociales y la libertad de expresión y de prensa (...) [y la] subordinación constitucional de todas las instituciones del Estado a la autoridad civil legalmente constituida y el respeto al estado de derecho de todas las entidades y sectores de la sociedad son igualmente fundamentales para la democracia».

En línea con lo expuesto, y destacando la importancia de la libertad de expresión para el desarrollo y la protección de otros derechos humanos en el marco de sociedades democráticas, la Declaración de Principios sobre Libertad de Expresión de la Relatoría Especial sobre la materia, prevé que *«[l]a libertad de expresión, en todas sus formas y manifestaciones, es un derecho fundamental e inalienable, inherente a todas las personas. Es, además, un requisito indispensable para la existencia de una sociedad democrática»*, de modo que ***«[t]oda persona tiene derecho a buscar, recibir y difundir información y opiniones libremente en los términos que estipula el artículo 13 de la [CADH]».***

Además, la citada Declaración establece que «[e]l acceso a la información en poder del Estado es un derecho fundamental de los individuos. Los Estados están obligados a garantizar el ejercicio de este derecho. Este principio sólo admite limitaciones excepcionales que deben estar establecidas previamente por la ley para el caso que exista un peligro real e inminente que amenace la seguridad nacional en sociedades democráticas»; y que la “censura previa”, esto es, la interferencia o presión directa o indirecta sobre cualquier tipo de expresión o información difundida a través de medios de comunicación –orales, escritos, artísticos, visuales o electrónicos–, «(...) debe estar prohibida por la ley [y] las restricciones en la circulación libre de ideas y opiniones, como así también la imposición arbitraria de información y la creación de obstáculos al libre flujo informativo, violan el derecho a la libertad de expresión».

Seguidamente, los principios 6, 7 y 8 *ibídem* disponen que «**[t]oda persona tiene derecho a comunicar sus opiniones por cualquier medio y forma.** La colegiación obligatoria o la exigencia de títulos para el ejercicio de la actividad periodística constituyen una restricción ilegítima a la libertad de expresión. La actividad periodística debe regirse por conductas éticas, las cuales en ningún caso pueden ser impuestas por los Estados»; que «**[c]ondicionamientos previos, tales como veracidad, oportunidad o imparcialidad por parte de los Estados son incompatibles con el derecho a la libertad de expresión reconocido en los instrumentos internacionales**», y que «[t]odo comunicador social tiene derecho a la reserva de sus fuentes de información, apuntes y archivos personales y profesionales».

4.2. Por esa vía, el marco jurídico interamericano hace énfasis en que

«[l]as leyes de privacidad **no deben inhibir ni restringir la investigación y difusión de información de interés público.** La protección a la reputación debe estar garantizada sólo a través de sanciones civiles, en los casos en que la persona ofendida sea un funcionario público o persona pública o particular que se haya involucrado voluntariamente en asuntos de interés público. Además, **en estos casos, debe probarse que en la difusión de las noticias el comunicador tuvo intención de infligir daño o pleno conocimiento de que se estaba difundiendo noticias falsas o se condujo con manifiesta negligencia en la búsqueda de la verdad o falsedad de las mismas (...).** Los funcionarios públicos están sujetos a un mayor escrutinio por parte de la sociedad. Las leyes que penalizan la expresión ofensiva dirigida a funcionarios públicos generalmente conocidas como "leyes de desacato" atentan contra la libertad de expresión y el derecho a la información».

Esa protección especial se explica a partir de la relación inescindible entre la preservación y ejercicio de la libertad de expresión –en sus diversas modalidades– y la consolidación de la democracia. La ejecución de la primera prerrogativa permite entregar y recibir información relevante en asuntos de interés general (*doble dimensión*³); y, por supuesto, un

³ Corte IDH, caso La Última Tentación de Cristo (Olmedo Bustos y otros) vs. Chile. Sentencia de fondo, reparaciones y costas (2001). Párr. 64 y ss: «En cuanto al contenido del derecho a la libertad de pensamiento y de expresión, quienes están bajo la protección de la Convención tienen no sólo el derecho y la libertad de expresar su propio pensamiento, sino también el derecho y la libertad de buscar, recibir y difundir informaciones e ideas de toda índole. Es por ello que la libertad de expresión tiene una dimensión individual y una dimensión social, a saber: ésta requiere, por un lado, que nadie sea arbitrariamente menoscabado o impedido de manifestar su propio pensamiento y representa, por tanto, un derecho de cada individuo; pero implica también, por otro lado, un derecho colectivo a recibir cualquier información y a conocer la expresión del pensamiento ajeno. 65. Sobre la primera dimensión del derecho consagrado en el artículo mencionado, la individual, la libertad de expresión no se agota en el reconocimiento teórico del derecho a hablar o escribir, sino que comprende además, inseparablemente, el derecho a utilizar cualquier medio apropiado para difundir el pensamiento y hacerlo llegar al mayor número de destinatarios. En este sentido, la expresión y la difusión del pensamiento y de la información son indivisibles, de modo que una restricción de las posibilidades de divulgación representa directamente, y en la misma medida, un límite al derecho de expresarse libremente. 66. Con respecto a la segunda dimensión del derecho consagrado en el artículo 13 de la Convención, la social, es menester señalar que la libertad de expresión es un medio para el intercambio de ideas e informaciones entre las personas; comprende su derecho a tratar de comunicar a otras sus puntos de vista, pero implica también el derecho de todas a conocer opiniones, relatos y noticias. Para el ciudadano común tiene tanta importancia el conocimiento de la opinión ajena o de la información de que disponen otros como el derecho a difundir la propia. 67. La Corte considera que ambas dimensiones poseen igual importancia y deben ser garantizadas en forma simultánea para dar efectividad total al derecho a la libertad de pensamiento y de expresión en los términos previstos por el artículo 13 de la Convención».

flujo mayor de datos acerca del acontecer nacional facilita a los ciudadanos llevar a cabo un control político más riguroso, y fomenta su participación reflexiva e informada en el debate público.

Adicionalmente, la divulgación de datos relevantes relacionados con el desarrollo de funciones de las distintas ramas del poder **«se hace aún más necesari[a] por cuanto uno de los graves obstáculos para el fortalecimiento de las democracias son los hechos de corrupción que involucran a funcionarios»**, debiéndose reconocer que **«el acceso a la información en poder del Estado contribuye a aumentar la transparencia de los actos de gobierno y la consecuente disminución de la corrupción en la gestión estatal»**⁴.

Para finalizar, la mencionada *doble dimensión* del derecho a la libertad de expresión, entendida como la titularidad del derecho no solo de quien emite informaciones, pensamientos u opiniones, sino también en quien las recibe, hace parte de la garantía esencial que abarca la protección de la enunciada libertad; por consiguiente, cuando se afecta ilícitamente el comentado atributo fundamental, igualmente debe entenderse lesionado el núcleo esencial de derechos de la totalidad del conglomerado

Recapitulando, no resulta compatible con la Declaración de Principios sobre Libertad de Expresión imponer presiones injustificadas, con el propósito de limitar o desestimular aquel derecho fundamental y, de contera, las

⁴ OEA, CIDH, Relatoría Especial para la Libertad de Expresión: Antecedentes e Interpretación de la Declaración de Principios., párr. 19. Disponible en: <http://www.oas.org/es/cidh/expresion/>.

libertades de información y de prensa, debiéndose tener en cuenta –además– que tales cortapisas

«(...) se prestan al abuso, ya que al acallar ideas y opiniones impopulares o críticas se restringe el debate que es fundamental para el funcionamiento eficaz de las instituciones democráticas. La limitación en el libre flujo de ideas que no incitan a la violencia anárquica es incompatible con la libertad de expresión y con los principios básicos que sostienen las formas pluralistas y democrática de las sociedades actuales»⁵.

4.3. Al interpretar las pautas comentadas, la jurisprudencia interamericana –en casos como La Última Tentación de Cristo (Olmedo Bustos y otros) vs. Chile, Ivcher Brostein vs. Perú, Herrera Ulloa vs. Costa Rica, Tristán Donoso vs. Panamá, Kimel vs. Argentina, Perozo y otros vs. Venezuela y Ríos y otros vs. Venezuela– fijó varios estándares de protección, que resultan aplicables en diversos contextos (publicaciones editoriales, audiovisuales, artísticas, entre otras), pero que cobran particular relevancia en eventos como el que ahora ocupa la atención de la Sala, en los que la titularidad del derecho amenazado o vulnerado radica en cabeza de periodistas, en razón de informaciones u opiniones emitidas a través de medios de comunicación.

En efecto, la libertad de información juega un papel esencial en la consolidación de la libertad de expresión, siendo pacífico que *«(...) el derecho fundamental a la libertad de expresión incluye el derecho de “investigar y recibir informaciones y*

⁵ OEA, CIDH, Relatoría Especial para la Libertad de Expresión: Antecedentes e Interpretación de la Declaración de Principios., supra, párr. 27 y ss, cita del criterio de la CIDH en: “Informe sobre la Compatibilidad entre las Leyes de Desacato y la Convención Americana sobre Derechos Humanos. OAS Doc. 9, 88 Período de Sesiones, 17 de febrero de 1995”. Disponible en: <http://www.oas.org/es/cidh/expresion/>.

opiniones, y el de difundirlas, sin limitación de fronteras, por cualquier medio de expresión». Así lo reconoce el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (1966)⁶, y la doctrina comparada, que sobre el particular considera que

«(...) [t]anto la libertad de prensa, como el acceso a la información contribuyen a nuestra cabal y correcta comprensión del mundo. La libertad de prensa -en su sentido más amplio, la libertad de expresión- contribuye a permitir la adquisición -como diría John Stuart Mill- de un grado de conciencia verdadera, es decir, un estado mental que ayude a contrastar y enfrentar diagnósticos y opiniones sobre la realidad, y de cuya confrontación se han de derivar los juicios adecuados, las ideas y pensamientos atinados. Es decir, tanto la libertad de expresión como la de prensa permiten que todo el mundo hable y dé su opinión y difunda sus ideas, con lo cual, nos ayuda -al género humano en general- a contrastar, a enfrentar diagnósticos, a conocer mejor la realidad y[,] sobre todo, a derivar juicios que sean eficaces y válidos»⁷.

También es diáfano que las exigencias de *veracidad, oportunidad o imparcialidad* no son admisibles *per se*, de modo que sobre esos particulares no es prudente proponer reglas generales, sino más bien analizar cada caso concreto, siendo imperativo que, durante ese examen detallado, se haga una necesaria distinción entre las informaciones que responden a hechos de posible comprobación, y las expresiones que suponen la emisión de opiniones o juicios de valor⁸, sin que pueda pasarse por alto que

⁶ UNESCO, Comunicación e información. Disponible en: <http://www.unesco.org/new/es/communication-and-information/freedom-of-expression/freedom-of-information/>.

⁷ PÉREZ TORNERO, José Manuel. Libertad de prensa, acceso a la información y empoderamiento ciudadano, en Libertad de Prensa, Acceso a la Información y Empoderamiento Ciudadano, UNESCO 2009. P. 43.

⁸ OEA, CIDH, Relatoría Especial para la Libertad de Expresión: Antecedentes e Interpretación de la Declaración de Principios., *supra*, pár. 32 y ss,

«(...) la exigencia de veracidad puede implicar la censura casi automática de toda aquella información que es imposible de someter a prueba, lo que anularía, por ejemplo, prácticamente todo el debate político sustentado principalmente en ideas y opiniones de carácter netamente subjetivo. Inclusive en aquellos casos en que la información se refiera a hechos concretos de probable comprobación fáctica, también es imposible exigir la veracidad de la misma, ya que es indudable que sobre un mismo hecho concreto puede existir un gran número de interpretaciones marcadamente distintas»⁹.

5. Estándares sobre el derecho a la libertad de expresión en la jurisprudencia de la Corte IDH.

De acuerdo con las previsiones de la Guía básica para operadores de justicia en América Latina,

«(...) los Estados tienen la obligación de cumplir los estándares y tratados internacionales que han ratificado o a los que se han adherido y, en ese caso, reconocer que los órganos regionales o internacionales correspondientes son los intérpretes autorizados de dichos tratados. Por tanto, cada ordenamiento interno deberá adoptar los mecanismos necesarios para implementar dichas decisiones, por ejemplo, mediante cláusulas constitucionales que remiten de manera explícita a las normas internacionales o a través de decisiones judiciales nacionales¹⁰».

Dentro de esos estándares, de necesaria integración al derecho nacional –en cuanto tienen que ver con el contenido y alcance de derechos fundamentales como la libertad de expresión– es oportuno referir que, en ejercicio de su función consultiva (OC-5 de 1985, sobre colegiación obligatoria de periodistas), la Corte IDH ha reiterado que el ejercicio

⁹ *Ibidem.*

¹⁰ Estándares internacionales de libertad de expresión: Guía básica para operadores de justicia en América Latina, Center for International Media Assistance (2017)..

periodístico, y las prerrogativas que el mismo conlleva, no pueden ser desligadas o diferenciadas de las garantías propias de la libertad de expresión:

«La libertad de expresión es una piedra angular en la existencia misma de una sociedad democrática. Es indispensable para la formación de la opinión pública. Es también conditio sine qua non para que los partidos políticos, los sindicatos, las sociedades científicas y culturales, y en general, quienes deseen influir sobre la colectividad puedan desarrollarse plenamente. Es, en fin, condición para que la comunidad, a la hora de ejercer sus opciones, esté suficientemente informada. Por ende, es posible afirmar que una sociedad que no está bien informada no es plenamente libre.

Dentro de este contexto el periodismo es la manifestación primaria y principal de la libertad de expresión del pensamiento y, por esa razón, no puede concebirse meramente como la prestación de un servicio al público a través de la aplicación de unos conocimientos o capacitación adquiridos en una universidad o por quienes están inscritos en un determinado colegio profesional, como podría suceder con otras profesiones, pues está vinculado con la libertad de expresión que es inherente a todo ser humano».

Frente a la inescindible relación entre libertad de expresión y medios de comunicación, así como los criterios que deben ser tenidos en cuenta para restringir de manera legítima dicho bien *iusfundamental*, la precitada Opinión Consultiva advirtió que:

«(...) si en principio la libertad de expresión requiere que los medios de comunicación social estén virtualmente abiertos a todos sin discriminación, o, más exactamente, que no haya individuos o grupos que, a priori, estén excluidos del acceso a tales medios, exige igualmente ciertas condiciones respecto de éstos, de manera que, en la práctica, sean verdaderos instrumentos de esa libertad y no vehículos para restringirla. Son los medios de comunicación social los que sirven para materializar el ejercicio de la libertad de expresión, de tal modo que sus condiciones de funcionamiento

deben adecuarse a los requerimientos de esa libertad. Para ello es indispensable, inter alia, la pluralidad de medios, la prohibición de todo monopolio respecto de ellos, cualquiera sea la forma que pretenda adoptar, y la garantía de protección a la libertad e independencia de los periodistas.

Lo anterior no significa que toda restricción a los medios de comunicación o, en general, a la libertad de expresarse, sea necesariamente contraria a la Convención, cuyo artículo 13.2 dispone:

Artículo 13.2.- El ejercicio del derecho previsto en el inciso precedente no puede estar sujeto a previa censura sino a responsabilidades ulteriores, las que deben estar expresamente fijadas por la ley y ser necesarias para asegurar:

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

En efecto, la definición por la ley de aquellas conductas que constituyen causal de responsabilidad según el citado artículo, envuelve una restricción a la libertad de expresión. Es en el sentido de conducta definida legalmente como generadora de responsabilidad por el abuso de la libertad de expresión como se usará en adelante respecto de este artículo la expresión "restricción".

Así pues, como la Convención lo reconoce, la libertad de pensamiento y expresión admite ciertas restricciones propias, que serán legítimas en la medida en que se inserten dentro de los requerimientos del artículo 13.2. Por lo tanto, como la expresión y la difusión del pensamiento son indivisibles, debe destacarse que las restricciones a los medios de difusión lo son también, a la libertad de expresión, de tal modo que, en cada caso, es preciso considerar si se han respetado o no los términos del artículo 13.2 para determinar su legitimidad y establecer, en consecuencia, si ha habido o no una violación de la Convención.

La disposición citada señala dentro de qué condiciones son compatibles restricciones a la libertad de expresión con la Convención. Esas restricciones deben establecerse con arreglo a ciertos requisitos de forma que atañen a los medios a través de los cuales se manifiestan y condiciones de fondo, representadas por

la legitimidad de los fines que, con tales restricciones, pretenden alcanzarse.

El artículo 13.2 de la Convención define a través de qué medios pueden establecerse legítimamente restricciones a la libertad de expresión. Estipula, en primer lugar, la prohibición de la censura previa la cual es siempre incompatible con la plena vigencia de los derechos enumerados por el artículo 13, salvo las excepciones contempladas en el inciso 4 referentes a espectáculos públicos, incluso si se trata supuestamente de prevenir por ese medio un abuso eventual de la libertad de expresión. En esta materia toda medida preventiva significa, inevitablemente, el menoscabo de la libertad garantizada por la Convención.

El abuso de la libertad de expresión no puede ser objeto de medidas de control preventivo sino fundamento de responsabilidad para quien lo haya cometido. Aún en este caso, para que tal responsabilidad pueda establecerse válidamente, según la Convención, es preciso que se reúnan varios requisitos, a saber:

- a) **La existencia de causales de responsabilidad previamente establecidas,***
- b) **La definición expresa y taxativa de esas causales por la ley,***
- c) **La legitimidad de los fines perseguidos al establecerlas,***
y
- d) **Que esas causales de responsabilidad sean “necesarias para asegurar” los mencionados fines.** Todos estos requisitos deben ser atendidos para que se dé cumplimiento cabal al artículo 13.2.*

Esta norma precisa que es la ley la que debe establecer las restricciones a la libertad de información y solamente para lograr fines que la propia Convención señala. Por tratarse de restricciones en el sentido en que quedó establecido (supra 35) la definición legal debe ser necesariamente expresa y taxativa».

Expresado de otro modo, la restricción al derecho a la libertad de expresión, en forma de responsabilidad (civil o penal) *ex post*, es legítima, pero en contextos excepcionales, y bajo el cumplimiento de requisitos taxativos, como la tipificación de causales en la ley, y la necesidad de la medida

legislativa para la consecución de los fines autorizados por la misma CADH, es decir, (i) el respeto a los derechos o a la reputación de los demás o (ii) la protección de la seguridad nacional, el orden público o la salud o la moral públicas.

Ahora bien, en relación con los estándares para que una limitación sea admisible, y sobre lo que debe entenderse como un *objetivo legítimo* a la luz de las disposiciones de la CADH, se señaló:

«La forma como está redactado el artículo 13 de la Convención Americana difiere muy significativamente del artículo 10 de la Convención Europea, que está formulado en términos muy generales. En este último, sin una mención específica a lo "necesari(o) en una sociedad democrática", habría sido muy difícil delimitar la larga lista de restricciones autorizadas.

*En realidad, el artículo 13 de la Convención Americana al que sirvió de modelo en parte el artículo 19 del Pacto, **contiene una lista más reducida de restricciones que la Convención Europea y que el mismo Pacto, sólo sea porque éste no prohíbe expresamente la censura previa.***

*Es importante destacar que la Corte Europea de Derechos Humanos al interpretar el artículo 10 de la Convención Europea, concluyó que "necesarias", sin ser sinónimo de "indispensables", implica la "existencia de una necesidad social imperiosa" y que para que una restricción sea "necesaria" no es suficiente demostrar que sea "útil", "razonable" u "oportuna". (Eur. Court H. R., The Sunday Times case, judgment of 26 April 1979, Series A no. 30, párr. no. 59, págs. 35-36). **Esta conclusión, que es igualmente aplicable a la Convención Americana, sugiere que la "necesidad" y, por ende, la legalidad de las restricciones a la libertad de expresión fundadas sobre el artículo 13.2, dependerá de que estén orientadas a satisfacer un interés público imperativo.***

Entre varias opciones para alcanzar ese objetivo debe escogerse aquélla que restrinja en menor escala el derecho protegido. Dado este estándar, no es suficiente que se demuestre, por ejemplo, que la ley cumple un propósito útil u oportuno; para que sean

compatibles con la Convención las restricciones deben justificarse según objetivos colectivos que, por su importancia, preponderen claramente sobre la necesidad social del pleno goce del derecho que el artículo 13 garantiza y no limiten más de lo estrictamente necesario el derecho proclamado en el artículo 13.

Es decir, la restricción debe ser proporcionada al interés que la justifica y ajustarse estrechamente al logro de ese legítimo objetivo. (The Sunday Times case, supra, párr. no. 62, pág. 38; ver también Eur. Court H. R., Barthold judgment of 25 March 1985, Series A no. 90, párr. no. 59, pág. 26). 47. El artículo 13.2 tiene también que interpretarse de acuerdo con las disposiciones del artículo 13.3, que es el más explícito en prohibir las restricciones a la libertad de expresión mediante “vías o medios indirectos... encaminados a impedir la comunicación y la circulación de ideas y opiniones”. Ni la Convención Europea ni el Pacto contienen una disposición comparable. Es, también, significativo que la norma del artículo 13.3 esté ubicada inmediatamente después de una disposición -el artículo 13.2- que se refiere a las restricciones permisibles al ejercicio de la libertad de expresión. Esa circunstancia sugiere el deseo de asegurar que los términos del artículo 13.2 no fuesen mal interpretados en el sentido de limitar, más allá de lo estrictamente necesario, el alcance pleno de la libertad de expresión».

Conforme con dichos lineamientos, también se ha aseverado que la imposición de penas o prestaciones indemnizatorias por la divulgación de información u opiniones debe cumplir con el denominado *test tripartito*¹¹, según el cual (i) «la limitación **debe haber sido definida en forma precisa y clara a través de una ley en sentido formal y material**», (ii) «la limitación debe estar orientada al logro de objetivos imperiosos autorizados por la [CADH]», y (iii) «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», siendo

¹¹ Marco Jurídico Interamericano sobre la Libertad de Expresión, Relatoría Especial para la Libertad de Expresión, 2010. Disponible en: http://www.oas.org/es/cidh/expresion/docs/cd/sistema_interamericano_de_derechos_humanos/index_MJIAS.html

inadmisible argüir criterios diferentes para la imposición de restricciones –directas o indirectas– a esta libertad.

En ese sentido, en el caso *Herrera Ulloa vs Costa Rica*, la Corte IDH estudió la convencionalidad de las sanciones penales y civiles impuestas a un periodista que, en ejercicio de su labor, publicó artículos que reproducían parcialmente información de periódicos europeos sobre supuestas actividades ilícitas de un ciudadano, que, para la época de los hechos, era funcionario del cuerpo diplomático de dicho país. En punto de lo anterior, destacó que

«(...) los medios de comunicación social juegan un rol esencial como vehículos para el ejercicio de la dimensión social de la libertad de expresión en una sociedad democrática, razón por la cual es indispensable que recojan las más diversas informaciones y opiniones. Los referidos medios, como instrumentos esenciales de la libertad de pensamiento y de expresión, deben ejercer con responsabilidad la función social que desarrollan.

Dentro de este contexto, el periodismo es la manifestación primaria y principal de esta libertad y, por esa razón, no puede concebirse meramente como la prestación de un servicio al público a través de la aplicación de los conocimientos o la capacitación adquiridos en la universidad. Al contrario, los periodistas, en razón de la actividad que ejercen, se dedican profesionalmente a la comunicación social. El ejercicio del periodismo, por tanto, requiere que una persona se involucre responsablemente en actividades que están definidas o encerradas en la libertad de expresión garantizada en la Convención.

En este sentido, la Corte ha indicado que es fundamental que los periodistas que laboran en los medios de comunicación gocen de la protección y de la independencia necesarias para realizar sus funciones a cabalidad, ya que son ellos quienes mantienen informada a la sociedad, requisito indispensable para que ésta goce de una plena libertad y el debate público se fortalezca.

(...) *Es importante destacar que el derecho a la libertad de expresión no es un derecho absoluto, este puede ser objeto de restricciones, tal como lo señala el artículo 13 de la Convención en sus incisos 4 y 5. Asimismo, la Convención Americana, en su artículo 13.2, prevé la posibilidad de establecer restricciones a la libertad de expresión, que se manifiestan a través de la aplicación de responsabilidades ulteriores por el ejercicio abusivo de este derecho, las cuales no deben de modo alguno limitar, más allá de lo estrictamente necesario, el alcance pleno de la libertad de expresión y convertirse en un mecanismo directo o indirecto de censura previa. **Para poder determinar responsabilidades ulteriores es necesario que se cumplan tres requisitos, a saber: 1) deben estar expresamente fijadas por la ley; 2) deben estar destinadas a proteger ya sea los derechos o la reputación de los demás, o la protección de la seguridad nacional, el orden público o la salud o moral pública; y 3) deben ser necesarias en una sociedad democrática (...).***

*Ahora bien, una vez que se ha determinado el contenido del derecho a la libertad de pensamiento y de expresión, se ha resaltado la importancia de la libertad de expresión en un régimen democrático y el rol de los medios de comunicación y el periodismo, y se han establecido los requisitos para que las restricciones de que puede ser objeto el derecho mencionado sean compatibles con la Convención Americana. Cabe analizar, a la luz de los hechos probados en el presente caso, si las restricciones permitidas a la libertad de expresión a través de la aplicación de responsabilidades ulteriores fueron o no compatibles con la Convención. **En este sentido, es imprescindible señalar que el señor Herrera Ulloa era un periodista que estaba expresando hechos u opiniones de interés público.***

*La Corte Europea de Derechos Humanos ha sostenido de manera consistente que, con respecto a las limitaciones permisibles sobre la libertad de expresión, **hay que distinguir entre las restricciones que son aplicables cuando el objeto de la expresión se refiera a un particular y, por otro lado, cuando es una persona pública como, por ejemplo, un político.** Esa Corte ha manifestado que: Los límites de la crítica aceptable son, por tanto, respecto de un político, más amplios que en el caso de un particular.*

A diferencia de este último, aquel inevitable y conscientemente se abre a un riguroso escrutinio de todas sus palabras y hechos por parte de periodistas y de la opinión pública y, en consecuencia, debe demostrar un mayor grado de tolerancia. Sin duda, el artículo

10, inciso 2 (art.10-2) permite la protección de la reputación de los demás –es decir, de todas las personas- y esta protección comprende también a los políticos, aún cuando no estén actuando en carácter de particulares, pero en esos casos los requisitos de dicha protección tienen que ser ponderados en relación con los intereses de un debate abierto sobre los asuntos políticos. La libertad de prensa proporciona a la opinión pública uno de los mejores medios para conocer y juzgar las ideas y actitudes de los dirigentes políticos. En términos más generales, la libertad de las controversias políticas pertenece al corazón mismo del concepto de sociedad democrática.

*En otra Sentencia, esa Corte sostuvo que [...] la libertad de expresión e información [...] debe extenderse no solo a la información e ideas favorables, consideradas como inofensivas o indiferentes, sino también a aquellas que ofenden, resulten chocantes o perturben. [...] Los límites de críticas aceptables son más amplios con respecto al Estado que en relación a un ciudadano privado e inclusive a un político. En un sistema democrático, las acciones u omisiones del Estado deben estar sujetas a un escrutinio riguroso, no sólo por parte de las autoridades legislativas y judiciales, sino también por parte de la prensa y de la opinión pública. **El control democrático, por parte de la sociedad a través de la opinión pública, fomenta la transparencia de las actividades estatales y promueve la responsabilidad de los funcionarios sobre su gestión pública, razón por la cual debe existir un margen reducido a cualquier restricción del debate político o del debate sobre cuestiones de interés público».***

De lo extractado se infiere que, además de las exigencias sobre las limitaciones al ejercicio de la libertad de expresión –y, en consecuencia, la de información y de prensa–, es imperativo diferenciar los eventos en que la información aparentemente lesiva está relacionada con personas *particulares*, de aquellos casos que refieren a quienes desempeñan funciones *públicas*, comoquiera que sobre estos últimos recae un **«riguroso escrutinio de todas sus palabras y hechos por parte de periodistas y de la opinión pública»**, de modo que deben demostrar un mayor grado de tolerancia, incluso

si se trata de expresiones ofensivas, chocantes o perturbadoras¹². En ese contexto,

*«es lógico y apropiado que las expresiones concernientes a funcionarios públicos o a otras personas que ejercen funciones de una naturaleza pública deben gozar, en los términos del artículo 13.2 de la Convención, de un margen de apertura a un debate amplio respecto de asuntos de interés público, **el cual es esencial para el funcionamiento de un sistema verdaderamente democrático**. Esto no significa, de modo alguno, que el honor de los funcionarios públicos o de las personas públicas no deba ser jurídicamente protegido, sino que éste debe serlo de manera acorde con los principios del pluralismo democrático».*

6. La sentencia SU-274 de 2019 y los «discursos especialmente protegidos en el ejercicio de la libertad de expresión».

En el citado fallo de unificación, la Corte Constitucional efectuó importantes precisiones relacionadas con la libertad de expresión de los periodistas, y su eventual tensión con el derecho al buen nombre, la honra o el debido proceso de funcionarios públicos investigados, siendo de tal

¹² «En principio, todas las formas de discurso están protegidas por el derecho a la libertad de expresión, independientemente de su contenido y de la mayor o menor aceptación social y estatal con la que cuentan. Esta presunción general de cobertura de todo discurso expresivo se explica por la obligación primaria de neutralidad del Estado ante los contenidos y, como consecuencia, por la necesidad de garantizar que, en principio, no existan personas, grupos, ideas o medios de expresión excluidos a priori del debate público. De particular importancia es la regla según la cual la libertad de expresión debe garantizarse no sólo en cuanto a la difusión de ideas e informaciones recibidas favorablemente o consideradas inofensivas o indiferentes, sino también en cuanto a las que ofenden, chocan, inquietan, resultan ingratas o perturban al Estado o a cualquier sector de la población. Así lo exigen el pluralismo, la tolerancia y el espíritu de apertura, sin los cuales no existe una sociedad democrática. En este sentido, se ha señalado la especial importancia que [tiene proteger la libertad de] expresión “en lo que se refiere a las opiniones minoritarias, incluyendo aquéllas que ofenden, resultan chocantes o perturban a la mayoría”; y se ha enfatizado que las restricciones a la libertad de expresión “no deben perpetuar los prejuicios ni fomentar la intolerancia”. En igual orden de ideas, resulta claro que el deber de no interferir con el derecho de acceso a la información de todo tipo, se extiende a la circulación de información, ideas y expresiones que puedan o no contar con el beneplácito personal de quienes representan la autoridad estatal en un momento dado». Marco Jurídico Interamericano sobre la Libertad de Expresión, Relatoría Especial para la Libertad de Expresión, 2010, *supra*. Disponible en: http://www.oas.org/es/cidh/expresion/docs/cd/sistema_interamericano_de_derechos_humanos/index_MJIAS.html.

trascendencia para la presente controversia que ameritan ser íntegramente reproducidas:

*«Si bien todo ejercicio comunicativo, cualquiera sea su contenido, valor y forma de expresión, está prima facie amparado por la libertad de expresión, se ha reconocido que ciertos discursos son merecedores de especial protección constitucional, debido a su importancia para promover la participación ciudadana, el debate y el control de los asuntos públicos. **Así, los discursos políticos, que comprenden no sólo aquellos de contenido electoral sino toda expresión relacionada con el gobierno de la polis y, en particular, las críticas hacia el Estado y los funcionarios públicos, son objeto de especial consideración y cualquier intento de restricción es vista con sospecha, debido a que:** (i) a través de ellos no sólo se manifiesta el estrecho vínculo entre democracia y libertad de expresión, sino que se realizan todas las demás finalidades por las cuáles se confiere a ésta una posición preferente en los estados constitucionales; (ii) este tipo de discursos suelen ser los más amenazados, incluso en las democracias más vigorosas, por cuanto quienes detentan mayor poder social, político o económico pueden llegar a ser afectados por tales formas de expresión y, en consecuencia, verse tentados a movilizar su poder para censurar dichas manifestaciones y reprimir a sus autores¹³.*

El carácter de derecho de ‘doble vía’ que se predica de la libertad de expresión cobra todo su sentido en presencia de este tipo de discursos, pues en tales casos la libertad de expresión no sólo ampara el derecho de quienes transmiten información y opiniones críticas sobre los gobernantes y funcionarios públicos, sino también, y muy especialmente, el derecho de todos los ciudadanos a tener acceso a estos discursos¹⁴. Al respecto, también ha indicado que “[e]n principio todo tipo de discursos o expresiones

¹³ «En la ya citada sentencia C-391 de 2007 (MP. Manuel José Cepeda Espinosa, SV. Rodrigo Escobar Gil), la Corte efectuó una detallada presentación de las razones y de los antecedentes que, en el derecho local y comparado, justifican la especial protección constitucional de los discursos políticos y, en particular, de los que tienen por objeto la crítica de los poderes y funcionarios públicos. En la sentencia T-218 de 2009 (MP. Mauricio González Cuervo) se sintetizan algunos leading cases en la jurisprudencia comparada» (referencia propia del texto citado).

¹⁴ «Sentencia T-904 de 2013. La Corte estudió la acción de tutela instaurada por una ciudadana que se desempeñaba como Contralora General de la República, contra un medio de comunicación que divulgó un video en el que se registraba la imagen de sus hijos menores mientras jugaban fútbol en la vivienda, así como la imagen de uno de los escoltas y las placas del vehículo en el que se movilizaba, esto, con ocasión de una querrela por el ruido que se producía en el hogar de la accionante. Esta Corporación concedió la protección del derecho a la intimidad de los menores, pero no accedió a las pretensiones relacionadas con la información de la querrela» (referencia propia del texto citado).

están protegidas por la libertad de expresión con independencia de su contenido y de la mayor o menor aceptación social y estatal con la que cuenten. No obstante, hay cierto tipo de discursos que reciben una protección más reforzada que otros, como lo son el discurso político, el debate sobre asuntos de interés público y la opinión sobre funcionarios y personajes públicos. Los discursos políticos o sobre temas de interés público hacen referencia no sólo a aquellos de contenido electoral sino a todas las expresiones relevantes para el desarrollo de la opinión pública sobre los asuntos que contribuyan a la vida de la Nación, incluyendo las críticas hacia el Estado y los funcionarios públicos”¹⁵.

En todo caso, la Corte ha aclarado que si bien la especial importancia y potencial riesgo de amenaza que recae sobre los discursos que tienen por objeto la crítica de los funcionarios públicos, ha llevado a considerar que, en principio, cualquier intento de restricción, previa o posterior, de estas modalidades de expresión constituye censura, ello no implica que la libertad de expresión esté desprovista de limitaciones en ese campo, sino que “se traduce en la reducción del margen del que disponen las autoridades para establecer límites a este tipo de discursos y en la imposición de cargas argumentativas y probatorias reforzadas para efectos de justificar eventuales restricciones”¹⁶

A pesar del riesgo que asumen los personajes públicos a ser afectados por críticas u opiniones adversas, la relevancia del contenido que se divulga por la labor, el cargo o las actividades que desempeñan “prima facie no puede versar sobre cualquier tipo de información relacionada con la persona pública porque el riesgo de afectar la intimidad, el honor o cualquier otro derecho quedaría siempre latente”¹⁷.

Ahora bien, en el ámbito internacional, la Relatoría Especial para la Libertad de Expresión de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos indicó que si bien todas las formas de

¹⁵ «Sentencia T-155 de 2019. Este Tribunal revisó la acción de tutela instaurada por un ciudadano -servidor público y subgerente de un hospital- por la presunta vulneración de sus derechos fundamentales al buen nombre, a la honra y a la intimidad, debido a una publicación en la red social Facebook donde se indicaba que él pertenecía a un cartel de la corrupción. // La Corte resolvió negar el amparo invocado, al considerar que “no se violan los derechos fundamentales al buen nombre, a la honra o a la intimidad de un servidor público cuando una persona, en ejercicio de su libertad de expresión y de su derecho a ejercer control al poder político, lo cuestiona y relaciona con la comisión de actuaciones contrarias a la ley, si sus afirmaciones representan una opinión (que expresa, por ejemplo, una manifestación de protesta, indignación o inconformidad con determinada situación de interés público) y no una supuesta información (una acusación concreta sobre una persona determinada)”» (referencia propia del texto citado).

¹⁶ «Ibídem» (referencia propia del texto citado).

¹⁷ «Sentencia SU-1723 de 2000» (referencia propia del texto citado).

expresión están, en principio, protegidas por la libertad consagrada en el artículo 13 de la Convención Americana, existen ciertos tipos de discurso que reciben una protección especial, por su importancia para el ejercicio de los demás derechos humanos o para la consolidación, funcionamiento y preservación de la democracia, a saber: i) el discurso político y sobre asuntos de interés público; ii) el discurso sobre funcionarios públicos en ejercicio de sus funciones y sobre candidatos a ocupar cargos públicos; y iii) el discurso que configura un elemento de la identidad o la dignidad personales de quien se expresa.

La Corte Interamericana de Derechos Humanos, resolvió el caso Kimel vs. Argentina en sentencia del 2 de mayo de 2008. En esa decisión, la Corte IDH reiteró que respecto al derecho a la honra, las expresiones concernientes a la idoneidad de una persona para el desempeño de un cargo público o a los actos realizados por funcionarios públicos en el desempeño de sus labores “gozan de mayor protección, de manera tal que se propicie el debate democrático. La Corte ha señalado que en una sociedad democrática los funcionarios públicos están más expuestos al escrutinio y 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 se asienta en la calidad del sujeto, sino en el interés público de las actividades que realiza (...). El control democrático a través de la opinión pública fomenta la transparencia de las actividades estatales y promueve la responsabilidad de los funcionarios sobre su gestión pública. De ahí la mayor tolerancia frente a afirmaciones y apreciaciones vertidas por los ciudadanos en ejercicio de dicho control democrático”.

Asimismo, la CIDH ha señalado que la libertad de expresión cumple una triple función, a saber: a) como derecho individual que refleja la virtud humana de pensar el mundo desde una perspectiva propia y comunicarse entre sí; b) como medio para la deliberación abierta y desinhibida sobre asuntos de interés público; c) como instrumento esencial en la garantía de otros derechos humanos, incluyendo la participación política, la libertad religiosa, la educación, la cultura, la igualdad, entre otros.

Lo anterior, también ha sido reconocido en el derecho comparado, como sucedió en el caso New York Times vs. Sullivan (1964) decidido por la Corte Suprema de los Estados Unidos, relacionado

con un aviso de prensa en el que el Comité para la Defensa de Martin Luther King denunciaba supuestas arbitrariedades realizadas por la policía del estado de Alabama.

El Comisionado de Alabama, M.L. Sullivan consideró que esas denuncias se referían a su gestión, por lo que alegó que esa publicación era falsa y difamatoria. La Corte señaló que el análisis de la situación propuesta debía partir del principio de que en una democracia “la discusión sobre los asuntos públicos debía ser desinhibida, sin trabas, vigorosa y abierta, pudiendo incluir ataques vehementes, cáusticos y a veces desagradablemente agudos contra el gobierno y los funcionarios públicos”. Luego, estableció la llamada teoría de la “actual malice”, que se expresa sobre la base de una profunda protección a la libertad de expresión y de opinión ante manifestaciones inexactas o difamatorias, “a menos que se compruebe que ellas fueron hechas con real malicia, es decir, con conocimiento de que ésta era falsa o con temeraria despreocupación, acerca de su verdad o falsedad”.

La Corte Suprema de Justicia de la Nación Argentina, en el caso “Patitó, José Ángel y otro c/ Diario La Nación y otros”, se pronunció sobre la doctrina de la real malicia en las informaciones referidas a funcionarios públicos. Esa Corporación consideró que “el principio de real malicia -a diferencia del test de veracidad- no opera en función de la verdad o falsedad objetiva de las expresiones, pues entra en acción cuando ya está aceptado que se trata de manifestaciones cuya verdad no ha podido ser acreditada, son erróneas o incluso falsas; y lo que es materia de discusión y prueba para la aplicación de la real malicia es el conocimiento que el periodista o medio periodístico tuvo (o debió tener) de esa falsedad o posible falsedad”.

Entonces, explicó que para juzgar las difamaciones ocasionadas mediante puras opiniones se aplica el estándar de la real malicia, “pues una conclusión diversa debe ser prevenida recordando que en el marco del debate público sobre temas de interés general, y en especial sobre el gobierno, toda expresión que admita ser clasificada como una opinión, por sí sola, no da lugar a responsabilidad civil o penal a favor de las personas que ocupan cargos en el Estado, no dañándose la reputación de éstas mediante opiniones o evaluaciones, sino exclusivamente a través de la difusión maliciosa de información falsa”. Al respecto, indicó que “no puede haber responsabilidad alguna por la crítica o la disidencia, aun cuando sean expresadas ardorosamente, ya que toda sociedad plural y diversa necesita del debate democrático, que se nutre de las opiniones teniendo como meta la paz social”.

Finalmente, la doctrina sobre este punto ha manifestado que “el honor de las personas se transforma -cuando aquellas ocupan posiciones de relevancia pública- en un límite externo de la libertad de información más débil que cuando se enfrenta a informaciones relativas a personas privadas. De un lado, la incorporación a la arena pública es un acto, por lo común voluntario, en el que debe ir implícita la aceptación, en un sistema democrático de someterse a un escrutinio más directo y estrecho de los medios de comunicación; por otra parte, el derecho de información se refuerza en estos casos con otros valores constitucionales, como la democracia y el pluralismo, capaces todos juntos de situarse en una posición preferente respecto del derecho al honor que, cuando lo esgrime un hombre público, por fuerza tiene que debilitarse frente a los intereses superiores a los que sirve la información”¹⁸.

En definitiva, el ejercicio del derecho a la libertad de expresión y los aspectos que le son inherentes, en ciertas situaciones puede dar lugar a tensiones con otras prerrogativas ius fundamentales, por ejemplo, el buen nombre, la honra o la privacidad, circunstancias en las cuales, prima facie, no puede pregonarse una prevalencia de un derecho sobre otro, pues en cada caso deberá la autoridad competente analizar los diferentes factores que median en la discusión. Al respecto, piénsese en los fines perseguidos y en la esencia misma de la reserva que se imprime a ciertas actuaciones judiciales que escapan al dominio colectivo. Por otro lado, se encuentran los llamados “discursos especialmente protegidos” en los cuales la privacidad y otros derechos de personalidades públicas deben ceder a costa del interés que la comunidad pueda tener legítimamente sobre algunas de sus actuaciones».

7. Caso concreto.

7.1. La información cuestionada.

Es pertinente indicar que, en la sentencia de 15 de octubre de 2020, la autoridad judicial encartada fustigó a las

¹⁸ «Muñoz, Machado, *Libertad de prensa y procesos por difamación*, p. 154. Citado en ZANNONI, Eduardo A. y BÍSCARO, Beatriz R. *Responsabilidad de los medios de prensa*. Editorial Astrea de Alfredo y Ricardo de Pala. Buenos Aires. 1993. Pág. 74» (referencia propia del texto citado).

accionantes por el contenido de la información que se hizo pública en el programa matutino de la emisora “La FM”, que se transmitió los días 6 y 14 de mayo de 2014. Sin embargo, acudiendo a la herramienta de la corrección de providencias, dicha colegiatura precisó luego que *«la orden [de reparación] lo es solo en lo que concierne a la noticia emitida el día 14 de mayo de 2014»*.

Por consiguiente, la Corte se limitará a transcribir el diálogo que sostuvieron en esa última calenda la periodista Dávila Hoyos y el general Yesid Vásquez Prada, así como una opinión conclusiva que aquella expuso luego de finalizar su conversación con el uniformado:

«Vicky Dávila (VD): nueve y veinticuatro minutos. Saludamos al Inspector de la Policía, general Yesid Vásquez. General, buenos días.

General Yesid Vásquez (GV): Vicky, buenos días.

VD: Gracias por acompañarnos. Nos reportan que ya la inspección tiene abierto (sic) una investigación contra el coronel Jorge Hilario Estupiñán, nuevo comandante de Casanare.

GV: Sí, Vicky. El 1° de abril, con el número de inspección general 164 del 2014, se apertura (sic) una investigación a una queja que, se acerca aquí el señor intendente Luis Ernesto Pulecio Díaz, se le escucha inicialmente ...ya se le escuchó en ampliación, él ha hecho llegar unas pruebas

VD: ¿Le hizo llegar las grabaciones?

GV: Sí, están las grabaciones anexadas al expediente y la cuantía de ese contrato por \$46.000.000, y ya se inició la investigación, como le dije, desde el 1° de abril.

VD: Ah, bueno... ¿Entonces usted ya las oyó?

GV: *No, yo no las he escuchado Vicky, porque no soy el investigador en este momento, y el funcionario que las tiene las está analizando, que es la misión que ellos cumplen. Yo tengo la primera instancia del caso, pero ya cuando se adelanten algunas diligencias con el expediente.*

VD: *Ya le entiendo. Es decir, ¿no necesitan que mandemos las grabaciones a la Policía, las que hemos presentado esta mañana, porque usted las tiene desde el primero de abril en la inspección?*

GV: *No, las hizo llegar después de una segunda ampliación que se le hizo al intendente Luís Ernesto Pulecio Díaz.*

VD: *Por eso, pero ya las tienen, ¿ya las tienen allá?*

GV: *En el expediente, sí señora.*

VD: *Ah, ya le entiendo. Mire general, la verdad es que una investigación que empieza el 1° de abril y ya estamos a 14 de mayo no ha arrojado ningún resultado, cuando las grabaciones son contundentes.*

GV: *Vicky, lo que pasa es que en toda investigación hay que dar espacio para que estas personas, por ejemplo, el Intendente Pulecio, está dando unos testigos que son también uniformados, los estamos llamando, los estamos escuchando; posteriormente se le corre el pliego de cargos al señor coronel Estupiñán, y él entrará a defenderse. Hay que dar el tiempo para que estas investigaciones cursen con todos los parámetros legales que se tienen que dar, para evitar precisamente, de pronto, que se vayan a dar situaciones anormales dentro de la investigación, y que alguna de las dos partes quede insatisfecha con las decisiones que se vayan a tomar.*

VD: *Bueno, pensaría uno que mínimamente lo tendrían que relevar del cargo. Es que oiga esto, general, es que sinceramente, oiga esto [reproduce el audio de una conversación entre el coronel (r) Estupiñán, el intendente Pulecio y la mayor Blanca Castro¹⁹]:*

“Coronel Estupiñán: Yo le dije a un señor que cotizara ahí a unos precios, ustedes le dijeron que no, que esos precios no ...el señor se confió de esos precios mas altos, cotizó, el hombre tiene un fabrica que lo conozco con productos de

¹⁹ Esta transcripción corresponde a la presentada por el apoderado de la accionante Victoria Eugenia Dávila Hoyos, pues sobre el punto no se dejó registro en la sentencia del tribunal.

calidad ...no quiero tener problemas con él porque ya me cansé de ver tanta huevonada (sic) suya.

Intendente Pulecio: De pronto el señor se equivocó, la cotización era para hacer el estudio y yo vine y le mostré a mi coronel la cotización, la invitación era otra, que el señor tenía que bajar. Yo no le puedo decir cuánto vale eso ...o sea, él es el que tiene que saber hasta cuanto se ha podido bajar, yo le dije, tiene que ofrecer el menor valor de cada elemento

Mayor Castro: Pero lo que yo quiero que mi coronel mismo me entienda es que nosotros no podemos manejar ...eso no se puede manejar”.

VD: Estos son apenas algunos apartes generales. ¿No le parece contundente que el señor coronel Estupiñán está queriendo direccionar la contratación en su departamento? digamos, por lo menos esto, mínimamente, ya lo han debido suspender de ese cargo.

GV: Bueno Vicky, yo con respecto a la grabación, primero no la escucho muy bien, sinceramente, le digo y no podría hacer ninguna calificación porque puedo viciar la investigación. Lo que le puedo manifestar yo ...deje que el transcurso de la investigación ...aquí se han tomado unas decisiones drásticas. Hoy la Inspección General tiene esa posibilidad de investigar, y tendrán que dar resultados para bien o para mal del coronel, y tendrán que tomarse decisiones si él es el responsable, pero yo no podría, por ejemplo, en estos momentos, decir qué decisión se va a tomar, o por qué no se han tomado algunas decisiones.

VD: General pues le agradecemos en todo caso, pero la grabación es contundente y ya lleva en manos de la Policía un mes, ya debería de haber alguna decisión, mínimamente (sic) de tener a este señor separado del cargo para que no haga más contrataciones, porque evidentemente está queriendo direccionar la contratación en ese departamento y eso es corrupción. Eso no tiene vuelta de hoja. Mil gracias general

GV: Bueno listo muchas gracias.

VD [dirigiéndose a la audiencia]: ¿necesitan ustedes una prueba más contundente? A ver, primero de abril se abre la investigación, el señor intendente fue hasta la Policía, puso las denuncias, radicó las grabaciones. O sea, ellos tienen las grabaciones, tienen todo, ¿que más quieren? Yo entiendo que se necesite un trámite,

perfecto, todo el mundo tiene derecho a defender (sic). Pero están llamando a los testigos y ni siquiera han llamado al coronel, por lo que le escuché al general, y sigue en el cargo el coronel Estupiñán en Casanare».

7.2. El análisis del tribunal acerca de la conducta de la señora Dávila Hoyos.

7.2.1. Con el propósito de evidenciar la conducta culposa de la señora Dávila Hoyos, la corporación accionada argumentó:

*«La primera emisión de noticias que fuera transmitida el 6 de mayo de 2014, se limitó a reproducir dichas grabaciones, sin embargo, la emisión del día 14 de mayo subsiguiente a cargo de la periodista Victoria Eugenia Dávila Hoyos, **buscó ir más allá de la labor propiamente informativa**, como se evidencia en la transcripción de su intervención en la mencionada fecha en el programa radial,*

*De la anterior transcripción encuentra la Sala (...) que en el programa radial LA FM, dirigido por la demandada Dávila Hoyos, [esta] **presionó, increpó, exhortó a la entidad investigadora del aquí demandante, no solo para que lo apartara del cargo inmediatamente, sino que además prejuzgó su conducta tildándolo de “corrupto”. Censuró de manera displicente** el tiempo que había durado la investigación, no obstante a que la misma ni siquiera habían pasado mas de 3 meses*

*Es cierto que la periodista contaba con la versión de un denunciante, sustentada en algunos audios que, en principio, probaban la injerencia indebida en contratación pública por parte del entonces coronel Estupiñán, hoy actor dentro de este proceso, sin embargo, contrario a lo sostenido por el a quo, esta conducta se torna, no solo antiética, sino descontextualizada desde la óptica periodística. **La función social de esta profesión es informar, pero de manera alguna puede ser báculo para el ejercicio de presión infundada a cualquier ente judicial y administrativo.** Son los jueces y funcionarios por ley investidos de la investigación disciplinaria en ese caso iniciada, los únicos legitimados para condenar o absolver, sancionar o no por*

conductas de orden disciplinario, luego de verificados los hechos, las pruebas, el ejercicio pleno de defensa del investigado, y desde luego la presunción de inocencia de la cual goza cualquier investigado.

La periodista obró con falta de diligencia profesional, pues de manera inexplicable y totalmente inquisidora presionó, con ironía, sarcasmo en sus preguntas, encaminadas a presionar que un proceso disciplinario se acelerara al punto de apartar del cargo a un funcionario de la Policía Nacional, función que, desde luego, desdibuja los fines y propósitos periodísticos, que un prejuizgamiento de quien no está legitimado para ello, que libera una estigmatización social en masa, repercutiendo negativamente en el ámbito laboral, familiar y social al sujeto pasivo de dichas acusaciones.

Se debió entonces actuar con prudencia, como quiera que los elementos probatorios constituían reserva legal por virtud de la investigación disciplinaria. El actuar de las demandadas fue irresponsable, pues se pretendió inmiscuir en el trámite de una investigación que desde todo punto de vista se refleja el coercitivo ejercicio periodístico, pretendiendo interferir en la actividad autónoma de los funcionarios encargados de la investigación.

Enfatícese que la actividad informativa debe limitarse a comunicar, en tal virtud, y en una generosa introspección a la vida privada del demandante, las demandadas debieron apenas informar la existencia de la denuncia, más no asegurar, prejuizar, acusar e incluso condenar una conducta de la cual nada les constaba.

*No es cierto que la actividad periodística se enmarcó dentro de las posibilidades judiciales y disciplinarias que debía enfrentar el coronel en atención a la grabación que lo incriminaba en posibles actos de corrupción contractual, pues, tal y como quedó visto en la transcripción ya efectuada, la periodista Victoria Eugenia Dávila Hoyos **aseguró categóricamente la incursión en el delito y la falta disciplinaria por la cual se le investigaba, lo calificó de “corrupto”, conducta reprochable por pretender se pretermitiera cualquier trámite probatorio,** pues en su parecer las grabaciones que en su poder tenía eran suficientes para “condenarlo”. Alcance que por los menos sí logró en su ejercicio comunicativo, y que, desde luego, repercutió en su vida diaria.*

La falta de diligencia profesional se vio aún más reflejada cuando las investigaciones arrojaron la absolución penal y disciplinaria del coronel Estupiñán Carvajal, lográndose certificar que las autoridades no encontraron tipificadas las conductas que se le enrostraron, haciendo que las acusaciones se tornaran tendenciosas y ajenas a la realidad.

De allí, que puede encontrarse probado el elemento subjetivo que impone la jurisprudencia respecto a la culpa, pues se itera, la información transmitida por el programa radial LA FM., fue inexcusablemente inexacta y apresurada, y dígase, no es cierto que el uso de una grabación aparentemente demostrativa de un delito es suficiente para la información divulgada, pues, recuérdese, toda actividad probatoria tendiente a la declaración de culpabilidad, debe regirse bajo el estricto apego del debido proceso, asegurándose que el investigado haya hecho valer el ejercicio de sus derechos reconocidos constitucionalmente».

7.2.2. Con relación al daño alegado, dijo:

«Sin duda alguna los demandantes han sufrido padecimientos emocionales por la divulgación de la noticia, así lo relataron la señora Helen Judith Vásquez Campos y la señorita Diana Carolina Estupiñán Vásquez, los cuales son atribuibles a los demandados, puesto que transgredieron los principios que rigen la actividad periodística, por lo que, en tal virtud, deben ser indemnizados.

En el mismo sentido, y en atención a lo expresado por las mencionadas demandantes, es claro que la conducta que asumieron los docentes, compañeros, amigos y, en general, el círculo social de los actores fue provocada por la demandada, pues fue precisamente la incidencia en su perspectiva de opinión la que generó tal desmedro en el aspecto social exterior de los demandantes.

A su turno, la psicóloga Carolina María Vélez Mendoza, certificó que como profesional se encontraba a cargo del tratamiento psicoterapéutico de los aquí actores, el cual se inició desde el mes de enero de 2016 “y se han trabajado temáticas como resolución de conflictos, tolerancia a la frustración, comunicación asertiva, escuchas activas y diferentes temáticas relevantes para el caso de la familia”.

A no dudar, el demandante fue objeto de mayor agravio en su honra y buen nombre, pues la periodista, a través del medio de comunicación violentó el principio de inocencia, en tanto toda persona debe ser considerado (sic) inocente hasta que no se establezca su responsabilidad por medio de una sentencia, tal y como lo establece el artículo 29 de la Carta Política. En este sentido, “dentro del estado de la persona, la presunción de inocencia tiene tres dimensiones: primero, está la relación de cómo debe determinarse la responsabilidad penal con la carga de la prueba; segundo, la imputación de responsabilidad penal o la participación del investigado en hechos delictivos del quien todavía no ha sido juzgado; y tercero, está el trato que se la da a las personas investigadas o presos sin condena”.

7.2.3. Ya en lo que tiene que ver con el nexo o factor de atribución causal entre la conducta de la enjuiciada Dávila Hoyos y el daño padecido por el coronel (r) Estupiñán Carvajal y su círculo familiar, la colegiatura de segundo grado sostuvo:

*«En el presente caso, es evidente que la conducta desplegada por la periodista Dávila Hoyos, quien además representa en su voz a la cadena radial demandada, generó un daño al demandante, **pues transmitió una información de la que no tenía certeza sobre su veracidad**, y le condenó sin que admitiera la existencia de un juicio válido. Luego entonces, es claro que el daño es producto del actuar del agente periodístico, y por ende es responsable».*

7.2.4. Para finalizar, en el fallo que puso término a las instancias ordinarias, se tasaron los perjuicios morales así:

«Hay que precisar que, en materia de indemnización, los elementos de juicios (sic) son los que ofrecen directamente un panorama frente a la configuración del débito aludido, no así respecto del daño moral, pues no existe ningún elemento de juicio que permita demostrar ni determinar el quantum de una pena íntimamente ligada a la psiquis de la o las víctimas (...).

[P]ara el reconocimiento y prueba de la existencia del daño moral, por la jurisprudencia se ha edificado una presunción judicial de padecimiento cuando dicho perjuicio es reclamado por los familiares cercanos de la víctima, con quienes se infiere existen importantes lazos de afecto. A la luz de las pautas jurisprudenciales, esta presunción cobija al “primer círculo familiar”, extendiéndose su alcance a los parientes hasta el segundo grado de consanguineidad.

Bajo esa presunción habrá lugar a reconocer los perjuicios extrapatrimoniales a título de daño moral a favor de la víctima, de su cónyuge y sus hijos. Para la tasación de la compensación a título de daño moral, se acudirá a los montos reconocidos por la jurisprudencia, por lo que indemnizará a la víctima con la suma de \$60.000.000, a la cónyuge e hijos con la suma de \$35.000.000, los cuales corresponden al círculo más próximo».

8. Análisis de procedencia del amparo constitucional.

8.1. Precisiones relevantes.

Antes de profundizar sobre los cuestionamientos planteados por las accionantes, es menester evidenciar que algunas expresiones que se incluyeron –tal vez al desgaire– en el fallo del tribunal, inciden de forma negativa en el ejercicio del derecho a la libre expresión, y podrían tener el efecto de desestimular la labor de investigación de la prensa, que es de suma importancia para el debate democrático. En ese sentido, se torna imperativo que la Corte precise lo siguiente:

(i) Preliminarmente, debe recalcar que los estándares internacionales sobre el ejercicio del bien *iusfundamental* mencionado reconocen a todas las personas,

sin distinciones de ningún tipo, los derechos de transmitir información y de emitir opiniones. Ello quiere decir que la labor de los comunicadores no está “limitada” a reproducir los hechos noticiosos, como lo afirmó el tribunal.

Aquellos profesionales pueden, como cualquier otro individuo, exponer sus apreciaciones dentro de un amplio marco de libertad, que solo cabe restringir en situaciones ciertamente excepcionales, como las que se explicaron en los acápites precedentes, y mediante la imposición de responsabilidades ulteriores (civiles o penales), pues está proscrita la censura previa²⁰.

(ii) Por esa misma senda, no resulta admisible calificar la conducta de un periodista a partir de la forma en la que expresó su opinión, por muy vehemente, incisiva o mordaz que haya sido. Al interior de un sistema democrático coexisten voces muy diversas; algunas se sirven del humor o la caricaturización, otras se preocupan de exponer profundas reflexiones acerca del acontecer diario, y varias más participan en el debate público sin meticulosidad o ecuanimidad. Y si bien puede preferirse una forma de comunicación por sobre otras, el juez debe evitar, a toda costa, que su elección personal se transforme en una descalificación automática de las expresiones divergentes.

Es innegable que, según las preferencias de cada persona, ciertas formas de comunicación lucirán más

²⁰ Toda la normativa y la jurisprudencia sobre el tema parecieran promover «*ser hospitalario con opiniones ajenas y posiblemente adversas a las que profesa uno*», como lo señalara Borges (En: BORGES, Jorge Luis y FERRARI, Osvaldo. *Diálogo*. Siglo XXI Editores, México D.F. 2005, p. 216).

provechosas para el espíritu que otras; pero, así como sería inadmisibile que, so pretexto de fomentar la lectura de los clásicos, las autoridades prohibieran la difusión de otro tipo de literatura, la jurisdicción, por vía general, no debe elegir cuáles estilos periodísticos son admisibles, y cuáles ameritan proscripción.

Dicho de otro modo, aun asumiendo, en gracia de discusión, que una sociedad obtiene beneficios al exigir que todas las opiniones publicadas sean mesuradas y carentes de sesgos o apasionamientos, ese fin no debiera alcanzarse a través de la injerencia de las autoridades en el devenir del derecho fundamental a la libre expresión. Cuando esa intervención se habilita, so pretexto de un noble fin, tácitamente se franquea el paso a futuras restricciones más severas, con propósitos que no pueden preverse a cabalidad.

(iii) En la sentencia del tribunal parece subyacer la idea de que las denuncias relacionadas con presuntos actos de corrupción deben estar fundadas en la certeza acerca de la comisión de un ilícito, la cual se obtendría con el fallo condenatorio correspondiente. No obstante, tal forma de razonar carece de asidero, y más bien constituye una inadecuada cortapisa a una de las funciones sociales de la prensa, que consiste, precisamente, en evidenciar –con bases fundadas, desde luego– supuestas actuaciones irregulares de quienes desempeñan funciones públicas.

Cabe añadir que, por regla general, no deberían existir temas sobre los cuales no sea posible emitir una opinión; y

si bien hacerlo acerca de hechos que se encuentran siendo investigados o juzgados por las autoridades competentes crea una evidente tensión con otros principios constitucionalmente relevantes, como la presunción de inocencia, el debido proceso y la imparcialidad judicial, esta no puede resolverse indefectiblemente mediante la limitación radical de la libertad de expresión.

En punto a ello, la Corte Constitucional ha señalado que

«(...) “la reivindicación de la publicidad como forma de control externo e interno de la actividad judicial constituye una de las contribuciones más meritorias del pensamiento ilustrado del siglo XVIII”²¹. Dicho también de la siguiente manera: “la publicidad del proceso judicial constituye toda una conquista del pensamiento liberal respecto del anterior sistema inquisitivo, concibiéndose como una exigencia jurídico - formal del proceso a modo de garantía de control sobre el funcionamiento de la Administración de Justicia”²².

Aunque es cierto que los sujetos activos de dicho control son los ciudadanos, también lo es que aquel no puede efectuarse sin la intervención de los medios de comunicación o, en otras palabras, “de ahí la necesidad de una intervención inmediadora de los medios de comunicación quienes son, en puridad, los que se encargan de vincular al poder judicial con el medio social. Es la prensa, la radio y la televisión los que se han atribuido la función de informar al público acerca de la justicia”²³. Bien se ha sostenido que “un instrumento fundamental de formación de la opinión pública son los medios de comunicación, de modo que la opinión

²¹ «Junoy, Joan Picó (director). *Problemas actuales de la justicia penal. Capítulo: La justicia penal y los medios de comunicación: los juicios paralelos*. Javier Hernández García. JOSÉ MARÍA BOSCH EDITOR. Barcelona, España. 2001. Pág. 72» (referencia propia del texto citado).

²² «Montalvo Abiol, Juan Carlos. *Los juicios paralelos en el proceso penal: ¿anomalía democrática o mal necesario?* Universitas Revista de Filosofía, Derecho y Política, nº 16, julio 2012, ISSN 1698-7950. Pág. 105» (referencia propia del texto citado).

²³ «Junoy, Joan Picó (director). *Problemas actuales de la justicia penal. Capítulo: La justicia penal y los medios de comunicación: los juicios paralelos*. Javier Hernández García. José María Bosch Editor. Barcelona, España. 2001. Pág. 73» (referencia propia del texto citado).

que la sociedad tenga de la justicia y de los sucesos a examinar por esta, va a estar condicionada, en parte, por la información por ellos transmitida”²⁴ (CC, SU-274/19, ya citada).

Y más adelante, agregó:

*«[E]s preciso señalar que, en efecto, los medios de comunicación inciden, o pueden hacerlo, sobre la imparcialidad del juez; entonces, “[a] primera vista, la solución sería la prohibición a los medios de información de tratar temas sometidos a investigación judicial, **pero, qué duda cabe que tal vía no es aceptable dentro de los parámetros de un Estado social y democrático de derecho, guiado, lógicamente, por el valor superior de la libertad**”²⁵. Se trata de una problemática cuya solución resulta realmente compleja y así lo ha identificado la doctrina sobre la materia:*

“Por una parte, es preciso reconocer el derecho de toda persona a expresarse libremente, por lo que ha de permitírsele hablar, mostrar su opinión, debatir, contradecir, en relación con cualquier tema, incluso aquellos que están sometidos a investigación judicial. Además, por otra parte, todos los ciudadanos de un Estado de derecho han de tener (...) el derecho a recibir una información completa y veraz.

Ahora bien, no debe pensarse que no es posible la coexistencia de todos estos derechos, pues, si bien es importante el derecho a la libertad de expresión en sus dos facetas -activa y pasiva- no debe minimizarse la trascendencia del derecho a un juicio justo por un Tribunal imparcial, derecho que no solo importa al individuo en concreto sino que irradia sus derechos sobre toda la colectividad, dado que esta espera que sus ciudadanos sean juzgados imparcialmente.

Nos encontramos por consiguiente ante una encrucijada de derechos que es preciso resolver. Así pues, la libertad de expresión o la de recibir información no solo pueden ser limitadas por consideraciones individuales (intimidad, etc.), sino también en

²⁴ «De Vega Ruiz, José Augusto. *Libertad de expresión, información veraz, juicios paralelos y medios de comunicación*. Editorial Universitas S.A. 1998. Pág. 69» (referencia propia del texto citado).

²⁵ «LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, Jacobo. *Tratado de Derecho Procesal Penal. Capítulo IX: Los procesos judiciales y los medios de comunicación*. Editorial Thomson Aranzadi. 2005. Página 274» (referencia propia del texto citado).

virtud de estimaciones generales (la correcta Administración de Justicia), sin perjuicio, de que éstas, a su vez, tengan una proyección de carácter individual”²⁶.

No toda información sobre materia sometida a decisión judicial puede afectar la imparcialidad del juez, pero el problema que se presenta “es el de concretar cuáles son los criterios que proporcionarán las reglas para distinguir entre aquellos supuestos en los que resulta admisible restringir la publicidad, limitando por tanto el derecho a la información; aquellos otros en los que puede impedirse absolutamente a los medios de comunicación que proporcionen información; y, por último, aquellos en los que sin impedir la información, deban adoptarse medidas que preserven la imparcialidad del juzgador”²⁷.

Entonces, ¿cuáles serían esos límites y cómo influyen en el ejercicio del derecho a la libertad de expresión y de información? A juicio de la Sala, la respuesta a este interrogante dependerá de las circunstancias propias de cada caso y de los derechos involucrados que necesariamente deberán ser sometidos a un ejercicio de ponderación».

Sirvan estas breves líneas al propósito de clarificar los alcances de la mediación judicial en la actividad periodística, especialmente en aquella que tiene que ver con la investigación de actividades irregulares de quienes desempeñan funciones públicas.

8.2. La procedencia del amparo reclamado.

Preliminarmente, cabe precisar que las razones de procedencia del resguardo solicitado por ambas accionantes

²⁶ «LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, Jacobo. *Tratado de Derecho Procesal Penal. Capítulo IX: Los procesos judiciales y los medios de comunicación*. Editorial Thomson Aranzadi. 2005. Páginas 274 y 275» (referencia propia del texto citado).

²⁷ «LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, Jacobo. *Tratado de Derecho Procesal Penal. Capítulo IX: Los procesos judiciales y los medios de comunicación*. Editorial Thomson Aranzadi. 2005. Páginas 277» (referencia propia del texto citado).

tienen un núcleo común, referido, puntualmente, al juicio de culpabilidad de la señora Dávila Hoyos y a la extensión de esa responsabilidad a la propietaria de la emisora LA FM, esto es, RCN. Sin embargo, la Corte concentrará su análisis en el primer aparte de esas acusaciones –y, además, en la falta de motivación de la extensión del daño, alegada en el escrito de tutela primigenio–, pues ese reclamo reviste trascendencia constitucional y repercute en la anulación del fallo del tribunal, efecto que se pidió tanto en la demanda principal, como en la acumulada.

Precisado lo anterior, se advierte que a pesar de enfrentarse a un asunto de singular complejidad, la corporación accionada no fundamentó, con la prolijidad necesaria, la sentencia condenatoria que ahora ocupa la atención de la Corte; además, desconoció sólidos precedentes sobre la materia, incurriendo así en dos motivos específicos de procedencia de la acción de tutela contra providencias judiciales.

En efecto:

(i) Aunque al construir el marco jurídico del debate el cuerpo colegiado se refirió, someramente, al artículo 13 de la CADH, en el estudio del caso concreto obvió la totalidad de las pautas que ha decantado la Corte IDH –y reiterado la Corte Constitucional– a partir de esa normativa, con relación a la libertad de expresión y la responsabilidad por la difusión de información u opiniones.

Sobre el particular, téngase en cuenta que

*«los precedentes “de las instancias internacionales, encargadas de interpretar esos tratados [de derechos humanos], constituyen un criterio hermenéutico relevante para establecer el sentido de las normas constitucionales sobre derechos fundamentales”. En este sentido, **la Corte, en aplicación de la función interpretativa del bloque de constitucionalidad, de forma reiterada ha utilizado las decisiones de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, los comités de monitoreo de tratados de Naciones Unidas así como las recomendaciones de los comités de monitoreo de Naciones Unidas, las recomendaciones generales de estos mismos órganos y los reportes emitidos en el marco del sistema interamericano, entre otros, como criterio hermenéutico relevante para establecer el alcance de la protección de los derechos fundamentales.***

(...) Específicamente, sobre las decisiones de la Corte IDH, este Tribunal afirmó en la sentencia C-010 de 2000, que al ser la Corte IDH el “órgano judicial autorizado para interpretar autorizadamente” la Convención Americana de Derechos Humanos, se deben tener en cuenta sus fallos para fijar el alcance y contenido de los derechos constitucionales, pero eso no implica que deba concluir exactamente lo mismo que precisó la Corte IDH, pues puede apartarse de esa interpretación.

*En concordancia, en la sentencia C-370 de 2006, al estudiar los derechos de las víctimas a la justicia, a la verdad, a la reparación y a la no repetición en el marco de graves atentados contra el Derecho Internacional de los Derechos Humanos y el Derecho Internacional Humanitario, tomó como referencia algunas de las decisiones adoptadas por la Corte IDH, por considerar que éstas son una fuente de derecho internacional vinculante para Colombia, ya que son decisiones que expresan la interpretación auténtica de los derechos protegidos por la Convención Americana de Derechos Humanos. En dicha oportunidad también sostuvo: “si un tratado internacional obligatorio para Colombia y referente a derechos y deberes consagrados en la Constitución prevé la existencia de un órgano autorizado para interpretarlo, como sucede por ejemplo con la Corte Interamericana de Derechos Humanos, creada por la Convención Interamericana de Derechos Humanos, **su***

jurisprudencia resulta relevante para la interpretación que de tales derechos y deberes se haga en el orden interno".

(...). *En conclusión, la línea jurisprudencia trazada por la Corte ha sido pacífica y reiterada en afirmar que la jurisprudencia proferida por organismos internacionales, y en este caso en particular por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, sirve como criterio relevante **que se debe tener en cuenta para fijar el alcance y contenido de los derechos y deberes que se encuentran consagrados en el ordenamiento jurídico interno**. No obstante, también ha dicho que el alcance de estas decisiones en la interpretación de los derechos fundamentales debe ser sistemática, en concordancia con las reglas constitucionales y que además cuando se usen precedentes de derecho internacional como criterio hermenéutico se deben analizar las circunstancias de cada caso particular para establecer su aplicabilidad» (CC, C-327 de 2016).*

La labor del juez civil, en asuntos como este, no puede limitarse a averiguar si quien emitió la información u opinión «*incurrió en culpa*», conforme al estándar general de la legislación civil (replicado en el artículo 55 de la Ley 29 de 1944²⁸), pues ese criterio subjetivo, aisladamente considerado, no es del todo compatible con el bloque de constitucionalidad actual, puntualmente, con las reglas del SIDH que habilitan la imposición de penas o reparaciones a cargo de quien publica un dato o un juicio de valor.

Dicho de otro modo, para calificar la adecuación subjetiva de la conducta del periodista enjuiciado, la regulación interna que versa sobre la responsabilidad por la “divulgación de opiniones” no ha de interpretarse de manera insular, sino que debe compaginarse con las normas de la

²⁸ A cuyo tenor: «*Independientemente de la responsabilidad penal a que se refieren los artículos anteriores, todo el que por cualquier medio eficaz para divulgar el pensamiento, por medio de la imprenta, de la radiodifusión o del cinematógrafo, cause daño a otro estará obligado a indemnizarlo, salvo que demuestre que no incurrió en culpa*».

Constitución Política y de la CADH, observando, cuando sea adecuado y conducente, los desarrollos de los distintos órganos judiciales o consultivos que integran nuestro sistema regional de derechos humanos.

A modo de ilustración, recientemente la Sala de Casación Civil se pronunció acerca de la culpa periodística y la problemática de revelación de fuentes periodísticas, tarea para la cual fue necesario acudir a las pautas convencionales sobre la materia, así:

«Con el fin de materializar los derechos fundamentales a la información, libertad de expresión y de prensa (artículo 20 de la Constitución Nacional), el Estado ha asumido los compromisos de garantizar a quienes ejercen la actividad periodística «su libertad e independencia profesional» y salvaguardar la inviolabilidad de su secreto profesional (artículos 73 y 74, inciso 2º, ejusdem), lo que –entre otras hipótesis– supone defender la reserva de las fuentes de información del comunicador, sus registros de investigación, etc.

*Sobre el particular, el órgano de cierre de la jurisdicción constitucional ha decantado lo siguiente: “La reserva de las fuentes es una parte central de la libertad de información, y un derecho fundamental de quienes ejercen la profesión periodística, cuya libertad e independencia el Estado debe, de acuerdo con la Constitución Política, proteger especialmente (...). Una mirada a los estándares de protección interamericanos nos permite entender, con algo más de nitidez, el alcance amplio del derecho de los medios de comunicación a la reserva de las fuentes periodísticas. En efecto, como bien señala, en su concepto la Fundación para la Libertad de Prensa -FLIP-, la Declaración de Principios sobre Libertad de Expresión de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos establece, en su Principio No. 8: “Todo comunicador social **tiene derecho a la reserva de sus fuentes** de información, apuntes y archivos personales y profesionales” (...).*

*La Relatoría para la Libertad de Expresión de la CIDH, en su informe del 2016, señaló que estamos hablando del derecho de todo periodista **a negarse a revelar, entre otros, el producto***

de sus investigaciones a entidades privadas, terceros, autoridades públicas o judiciales. La garantía de este derecho hace parte, en concepto de esa Relatoría, de las obligaciones de prevención de los ataques al periodismo por parte de los Estados de la OEA” (CC, T-594 de 2017).

Coincidente con ello, la Convención Americana de Derechos Humanos (CADH)²⁹, en su artículo 13 numeral 2, dispone que el ejercicio de las libertades de prensa y expresión «(...) **no puede estar sujeto a previa censura sino a responsabilidades ulteriores**, las que deben estar expresamente fijadas por la ley»; garantía que abarca no solo la posibilidad de emitir informaciones, opiniones y, en general, cualquier tipo de expresión –que, sin duda, cuentan con presunción de cobertura ab initio³⁰–, sino también la obligación de los Estados parte de proteger esas prerrogativas tanto de forma activa (v. gr., a través de leyes de garantía) como pasiva (no interfiriendo en el ámbito propio de estas libertades), de lo que también se colige la prohibición de censura, una de cuyas modalidades es la indirecta, relacionada con el uso de mecanismos «discretos» de trasgresión, tales como las «leyes de desacato y difamación criminal»³¹, entre otros, temas que ya han sido decantados por los órganos del SIDH.

Sobre esta temática, la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH), intérprete por vía de autoridad del precitado tratado de derechos, ha sostenido de manera pacífica y reiterada que existen tres deberes principales del Estado en relación con la protección de los comunicadores o periodistas cuando ejercen el oficio informativo, a saber: (i) prevención, que incluye la garantía de reserva de las fuentes, apuntes y archivos personales y profesionales; (ii) protección, por cuanto este quehacer no debe sufrir injerencias desproporcionadas; y (iii) procuración de justicia, en los eventos en que aquellos sean víctimas de ataques. Estas pautas buscan facilitar el ejercicio periodístico, habida cuenta que se trata de una garantía de doble vía, en tanto refuerza la

²⁹ «La Convención Americana de Derechos Humanos o Pacto de San José de Costa Rica fue ratificado por el Estado colombiano mediante la Ley 16 de 1972 y, de esta manera, hace parte del bloque de constitucionalidad conforme al artículo 13 de la Carta Política» (referencia propia del texto citado).

³⁰ «La presunción de cobertura ab initio ha sido definida por los órganos del SIDH como la garantía de protección de todo tipo de discursos, incluyendo los que pudieren resultar «chocantes, ofensivos o perturbadores», que se materializa con el deber de neutralidad del Estado frente a cualquier contenido; es decir, «en principio, no pueden existir personas, grupos, ideas o medios de expresión excluidos a priori del debate público». Ver: Informe Anual de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (2009)» (referencia propia del texto citado).

³¹ «Informe de la Relatoría Especial para la Libertad de Expresión (RELE) de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH), sobre leyes de desacato y difamación criminal como límites a la libertad de expresión, de prensa y de información (2004). Disponible en: <http://www.oas.org/es/cidh/expresion/docs/informes/desacato/Informe%20Anual%20Desacato%20y%20difamacion%202004.pdf>» (referencia propia del texto citado).

posibilidad del titular no solo de comunicar, sino de la sociedad de recibir tales informaciones.

Asimismo, el amparo de las fuentes periodísticas ha ocupado un lugar privilegiado en la consolidación de la libertad de información, de prensa y de expresión, pues, además, la reserva legal que consagra la CADH supone que, cuando se pretenda intervenir prima facie en uno de estos aspectos esenciales, cualquier medida que se adopte, sin previa regulación, se presuma ilegítima.

De esta manera, es claro que «(...) quienes buscan información de interés público pueden ampararse en la reserva de la fuente para poder acceder, buscar e investigar sobre temas de interés público»³², como dispone el artículo 8 de la Declaración de Principios sobre Libertad de Expresión de la CIDH³³, sin que sean admisibles limitaciones no previstas expresamente en la ley. Incluso, la Corte IDH ha aceptado que, en eventos en que el comunicador accede a información reservada, aquel no está cometiendo un acto ilícito y que, por tanto, no puede ser responsable por revelarla, y tampoco se le puede pedir que indique la fuente. El resguardo de las fuentes, entonces, es uno de los pilares de la libertad de prensa, conforme lo señala el desarrollo de la Carta Política, y lo refrendan varios instrumentos internacionales relacionados con el ejercicio de la actividad periodística. Por esa vía, exigir a quienes desempeñan esa profesión que revelen sus fuentes, disuadiría a estas de proporcionar información a aquellos y, por lo mismo, podría constituir una talanquera para el adecuado ejercicio de la labor de divulgación de los sucesos socialmente relevantes» (CSJ AC2130-2020, 7 sep.)

Ahora bien, contrariando ese deber de integración, y sin reparar en la pertinencia del control de convencionalidad en este caso puntual, el tribunal accionado se limitó a considerar un estándar de culpa simple, conforme la regla de

³² «Corte IDH, Estándares internacionales de libertad de expresión: Guía básica para operadores de justicia en América Latina (2017)» (referencia propia del texto citado).

³³ «Existen múltiples instrumentos internacionales de protección (universales e interamericanos) que consagran la protección de esta garantía, bien de forma expresa, ora implícitamente: (i) artículo 19 de la Declaración Universal de Derechos Humanos (1948); (ii) artículo 19 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (1966); (iii) artículo 4 de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre (1948); (iv) artículo 13 de la CADH (1969); y el (v) artículo 4 de la Carta Democrática Interamericana (2001)» (referencia propia del texto citado).

responsabilidad de los periodistas que prevé el artículo 55 de la Ley 29 de 1944, obviando otros elementos de juicio relevantes –en el marco del SIDH– para evaluar ese parámetro conductual, como la satisfacción del “test tripartito” de restricciones a la libertad de expresión, establecido por la jurisprudencia de la Corte IDH, y reiterado por el precedente consolidado de la Corte Constitucional, pese a que este es un requisito *sine qua non* para legitimar la imposición de condenas o sanciones en asuntos de contornos fácticos similares a este.

En adición, para determinar la procedencia de las “responsabilidades ulteriores” a las que se refiere el artículo 13.2 de la CADH (así como el precepto 19 del PIDCP), aquellas «*deben estar expresamente fijadas por la ley y ser necesarias para asegurar: a) el respeto a los derechos o a la reputación de los demás, o b) la protección de la seguridad nacional, el orden público o la salud o la moral públicas*», lo que sugiere que elucidar tales aspectos es un paso previo ineludible para imponer prestaciones indemnizatorias a cargo de quien expresa una opinión. Sin embargo, se reitera, sobre este punto el tribunal guardó silencio.

Tampoco dijo nada la corporación querellada acerca de los discursos especialmente protegidos (temática sobre la que se ahondará seguidamente), ni se detuvo a evaluar los demás estándares de protección del derecho a la libertad de expresión que, a espacio, se explicaron *supra*, lagunas argumentativas de tal calado que estructuran el defecto de

insuficiente motivación, franqueando el paso a la tutela constitucional reclamada.

Estos vacíos, además, se hicieron extensivos al análisis de la prueba del nexo de causalidad entre la transmisión radial de que se viene hablando, las implicaciones de las expresiones utilizadas y las afectaciones emocionales que se dieron por probados en el fallo de segundo grado, asunto sobre el cual se expusieron apenas afirmaciones genéricas; asimismo, al fijar el monto de la condena a título de daños morales, dicha corporación se limitó a afirmar que «*se acudirá a los montos reconocidos por la jurisprudencia*», sin mencionar a cuál precedente se refería, ni explicar, siquiera brevemente, los fundamentos fácticos y jurídicos de su ejercicio de tasación.

(ii) Con similar orientación, el tribunal pasó por alto en su motivación que la jurisprudencia de la Corte IDH y la Corte Constitucional han reconocido una especial protección a los discursos que involucran funcionarios públicos en ejercicio de sus funciones, «*en los cuales la privacidad y otros derechos de personalidades públicas **deben ceder a costa del interés que la comunidad pueda tener legítimamente sobre algunas de sus actuaciones***».

Y si bien esto no puede entenderse como una patente de corso para transmitir todo tipo de opiniones, pues existen discursos no protegidos por el derecho a la libertad de expresión (*v.gr.* la apología al odio o la incitación a la violencia), sí conlleva una especial tolerancia a las

relacionadas con la –supuesta o hipotética– comisión de actos de corrupción por parte de un funcionario público concreto, que se basan en un trabajo investigativo previo³⁴, lo cual es incompatible con los criterios que empleó el tribunal para evaluar la conducta de la señora Dávila Hoyos.

Con respecto a este puntal del debate, el órgano de cierre de la jurisdicción constitucional recientemente explicó que

*«(...) hay cierto tipo de discursos que reciben una protección más reforzada que otros, como lo [es] **la opinión sobre funcionarios y personajes públicos** (...). Para la Corte **este discurso es fundamental en una sociedad democrática, pues permite ejercer un control sobre las actuaciones del Estado, por lo que ha sostenido:** “La libertad de expresión permite que las personas protesten de forma pacífica frente a las actuaciones arbitrarias, inconvenientes o abusivas del Estado. Tal actitud contribuye a disuadir a los gobernantes de conductas contrarias al bien común. Una sociedad democrática, respetuosa del principio de la libertad de expresión, **permite a los ciudadanos que se expresan poner sobre aviso al resto de la comunidad acerca de aquellas actuaciones estatales que sean reprochables e inaceptables.** Además, la probabilidad de que un abuso sea conocido, divulgado y criticado desestimula a quienes ejercen algún poder de incurrir en excesos o atropellos”.*

(...) La Relatoría Especial para la Libertad de Expresión de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, en publicación denominada “Marco jurídico interamericano del derecho a la libertad de expresión”, afirmó: “la jurisprudencia interamericana ha definido la libertad de expresión como, ‘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’; ha enfatizado que la libertad de expresión es una de las formas más eficaces de denuncia de la corrupción; y ha señalado que en el debate sobre asuntos de interés público, se protege tanto la emisión de

³⁴ Asunto distinto a la comunicación de imputaciones abstractas, maliciosas o absolutamente carentes de fundamento (Cfr. CC, T-155/19).

expresiones inofensivas y bien recibidas por la opinión pública, como aquellas que chocan, irritan o inquietan a los funcionarios públicos, a los candidatos a ejercer cargos públicos, o a un sector cualquiera de la población”.

Como consecuencia de lo anterior, la Corte ha resaltado la importancia de proteger las expresiones o discursos sobre funcionarios o personajes públicos “a quienes por razón de sus cargos, actividades y desempeño en la sociedad se convierten en centros de atención con notoriedad pública e inevitablemente tienen la obligación de aceptar el riesgo de ser afectados por críticas, opiniones o revelaciones adversas, por cuanto buena parte del interés general ha dirigido la mirada a su conducta ética y moral. Además, su mayor exposición ante el foro público fomenta la transparencia de las actividades estatales y promueve la responsabilidad de los funcionarios sobre su gestión”.

La Corte ha justificado esta amplitud en la protección que se debe garantizar a los discursos dirigidos en contra de estas personas, además del interés público que generan las funciones que realizan, en el hecho de que se han expuesto voluntariamente a una mayor visibilidad al ocupar un determinado cargo y porque tienen una enorme capacidad de controvertir la información a través de su poder de convocatoria pública.

*(...) De otro lado, la Corte ha señalado que tanto los medios de comunicación como los ciudadanos, “**tienen derecho a denunciar públicamente los hechos y actuaciones irregulares de los que tengan conocimiento en virtud de su función, por lo que no están obligados a esperar a que se produzca un fallo para comunicar al respecto**”. En Sentencia T-213 de 2004, en la que se estudió un caso en el que a través de un libro se cuestionaba la conducta y el desempeño de una Fiscal, esta Corporación admitió que **la sociedad tiene el derecho de reprochar una conducta de un funcionario público que se considere irregular, amañada o maliciosa, pese a que la situación haya sido ya dirimida en sentido contrario ante los órganos jurisdiccionales del Estado, por cuanto no puede existir un monopolio sobre la verdad en cabeza del sistema jurídico**. Dijo la Corte:*

“Ya se indicó antes que en una sociedad multicultural y pluralista no existe un monopolio sobre la verdad (Fundamento 18). En la democracia constitucional el respeto por el pluralismo valorativo de la sociedad, no puede conducir a que se entienda que la definición de la corrección de la conducta de los funcionarios públicos se

limite a su conformidad con la ley. La sociedad tiene derecho a (y requiere) controlar la actuación de tales funcionarios y de valorar si, a pesar de que no ha incurrido en conductas irregulares en términos jurídicos, su comportamiento resulta inaceptable en otros términos sociales.

*De una parte, **que en una democracia constitucional no es posible centralizar en el sistema jurídico la calificación de la conducta de las personas.** La separación entre derecho y moral, así como del derecho del sistema de valores religiosos, (separación indispensable para lograr una sociedad plural), **obliga a aceptar que a partir de cada sistema social es posible realizar juicios de valor respecto de la conducta de las personas y, en particular, de los funcionarios estatales.** (...) Pretender un monopolio absoluto sobre el reproche en cabeza del sistema jurídico, conduciría a paralizar el proceso de transformación del sistema de valores de la sociedad, en la medida en que sólo resultarían legítimos los reproches jurídicamente sancionados”.*

*No obstante todo lo anterior, la Corte ha establecido que, si bien el discurso sobre asuntos de interés público o que involucra cuestionamientos a funcionarios públicos se encuentra especialmente protegido por la libertad de expresión, toda información que se profiera debe partir de un mínimo de plausibilidad, entendida como condiciones de veracidad y credibilidad **y no sobre información falsa o meramente hiriente.** En la citada sentencia T-213 de 2004 se indicó: “Críticas de este tipo han de soportarse en una democracia constitucional. Por ello se avanzó sobre la imposibilidad de que se prohíba o restrinja el ejercicio de la libertad de opinión respecto de la administración de justicia misma. La cuestión es cuál debe ser el límite de la libertad de expresión. Para la Corte, dicho límite se define con base en la plausibilidad (la Corte advierte que no se trata de corrección) de tales opiniones a partir del contexto descrito. Según se ha precisado en la sentencia C-489 de 2002, la afectación del buen nombre parte de informaciones falsas o erróneas, que distorsionan el concepto público sobre un individuo. También se indicó que bajo el amparo del derecho al buen nombre, las opiniones meramente insultantes, están proscritas (fundamento 15)”.*

Así entonces, aunque no se puede exigir que una información dada a conocer por un ciudadano tenga un grado de certeza equiparable a la convicción judicial, pues no se requiere que una persona tenga una certidumbre

absoluta sobre las afirmaciones que realice, “quien haga uso de medios masivos de comunicación (las redes sociales están incluidas) debe realizar previamente una diligente labor de constatación y confirmación de la información” esto es, debe verificar razonablemente si la información que difundió contaba con un mínimo de fundamentación fáctica» (Sentencia T-155 de 2019).

Todas estas previsiones, que constituyen precedente constitucional consolidado, no solamente fueron obviadas por la autoridad accionada, sino que riñen abiertamente con la motivación de la sentencia confutada, debiéndose tener en cuenta que, en dicha providencia, el tribunal no expuso ningún argumento para justificar la inaplicación de tan sólida línea jurisprudencial.

Esa omisión también es trascendente, porque

*«la carga argumentativa del juez que se desliga del precedente implica una exigencia tal, **que si él no realiza una debida justificación de las razones que lo alejaron de tal precedente constitucional se genera un defecto que puede viciar la decisión.** El desconocimiento, sin debida justificación, del precedente judicial configura un defecto sustantivo, en la medida en que su respeto es una obligación de todas las autoridades judiciales» (CC, SU-354/17).*

(iii) A ello cabe añadir que, contrariando los estándares precitados, el tribunal no exteriorizó el análisis probatorio que le permitió inferir que la información divulgada fue **«inexcusablemente inexacta y apresurada»**, pues más allá de referirse a los resultados de algunas actuaciones penales y disciplinarias, no detalló ninguna labor orientada a desvirtuar la autenticidad o veracidad de las grabaciones sobre las que la señora Dávila Hoyos expresó su opinión.

Dicho de otro modo, la colegiatura de segundo grado censuró a la citada periodista por considerar que sus opiniones no armonizaban con una visión particular de la labor de los comunicadores, derivando de allí la culpa endilgada, sin desarrollar el complejo ejercicio de ponderación entre la libertad de expresión y opinión de aquella, y los bienes legales y constitucionales cuya infracción denunció el coronel (r) Estupiñán Carvajal, vacíos argumentativos que franquean el paso a la tutela.

Cabe insistir, además, en que la discrepancia objetiva (comprobada *ex post*) entre la información transmitida y la realidad es insuficiente para estructurar la culpa del comunicador, máxime cuando se trata de la emisión de *opiniones*³⁵. Existen parámetros adicionales para evaluar la

³⁵ Sobre el particular, la jurisprudencia de esta Sala tiene sentado que «(...) la nueva Carta Política trajo un criterio más amplio y genérico de lo que antiguamente se definía, *stricto sensu*, como libertad de prensa, para incrustarla dentro de la libertad de expresión y de pensamiento; precisión conceptual que, según doctrina autorizada, obedece, antes que a un cambio sustancial, a una adaptación o replanteamiento del concepto de libertad de prensa que, acuñado en sus orígenes próximos como mecanismo de equilibrio frente a la tenaza que cerníase con la censura, evolucionó al compás de los progresos experimentados por la humanidad, lo que en últimas justificaba una denominación más exacta de esa libertad (...). Tal responsabilidad pone al descubierto que el informar libremente no es un derecho absoluto y que en un momento dado conoce límites; de ahí que si bien debe proibirse la censura previa para que su ejercicio sea cabal, no es posible pasar por alto unas limitantes cuyo fundamento se halla en la preservación del orden democrático.

Linderos los hay: Así en el contenido mismo de la información, en la que ha de estar actuante en el periodista la inclinación natural del hombre hacia la verdad; cómo echar al olvido, evidentemente, lo que hoy se acepta por todos, en el sentido de que el derecho de información se concibe de doble vía, y despunta allí, con ribetes de singular importancia, el derecho del hombre a estar informado, como ser que discierne y aspira legítimamente a nutrirse del conocimiento que lo haga trascendente e integrado a todo de lo que a todos incumbe; como una elongación del axioma según el cual la civilización va de la mano con la información, existe la aspiración generalizada a estar informados; más exactamente, por encima de estar informados, a estar bien informados. Y quien ejerza libertad semejante ha de procurar una información objetiva e imparcial, con todo y la dificultad que en el punto se reconozca, dado que si es el hombre el agente de la información -no se trata ya, pues, de la reproducción mecánica de sucesos-, siempre habrá allí un componente subjetivo cuya oscilación marca en últimas el riesgo de alteración de la verdad; así que, en estrictez, de lo que se trata es de evitar la parcialidad, la manipulación consciente, así en el contenido como en la presentación de la noticia.

Como también los hay por fuera de la información en sí, concretamente cuando el asunto se conecta, como lo sugiere el deber ser, con otros derechos, tales como el de la honra y el decoro de los demás, que bien pueden entrar en colisión con el ejercicio de aquel derecho.

exteriorización de ideas u opiniones, como por ejemplo el estándar de “*real malicia*”³⁶, al que han acudido de forma

Añádase, por otra parte, y para acercar ya del todo este marco teórico a lo que es objeto de decisión en este caso, que aun cuando la libertad de opinión y los derechos a informar y a recibir información encuentran simiente constitucional en un mismo precepto y tienen todos el mismo cariz fundamental, no constituyen una misma cosa, y hasta podría descubrirse en ellos contenidos con algo de desemejanza, lo cual se comprueba fácilmente al observar cómo, por ejemplo, lo que para la libertad de pensamiento puede constituir una limitación ilegítima, pierda en un momento dado ese carácter si es que se la mira desde la perspectiva del derecho de informar.

Atendida tal precisión, puede afirmarse que la libertad de expresar las ideas y opiniones se refiere al derecho que cabe a toda persona para comunicar libremente y por cualquier medio su propio pensamiento, sus concepciones y valoraciones, sin pretender presentar hechos o sucesos de manera objetiva; en lo cual no cabría en principio demarcar algunos mojonos predeterminados, aun cuando de hecho existan algunas restricciones fincadas en razones superiores dirigidas al mantenimiento de la paz o a garantizar los derechos sociales y a la defensa del Estado, todo en aras de la convivencia.

*Cuanto al derecho a informar, que constituye una condición necesaria para el libre y pleno ejercicio de la libertad de expresar aquellas ideas y opiniones, tiene, por contraste, como fin garantizar la libertad de indagar, elaborar y proporcionar al público una información no reformada ni retaceada, procurándose la imparcialidad que sea posible sobre los datos, hechos o sucesos que puedan ser noticia. En consecuencia, la veracidad y la imparcialidad, límites al derecho de informar, a los que explícitamente hace referencia la Carta, no tienen directa relación con la libertad de opinión, aunque ambos se encuentren estrechamente vinculados con el derecho a recibir información veraz e imparcial, lo que explica el trato distinto que ha de ministrárseles; entonces: **no es posible prohibir que cada cual tenga y exponga sus propias opiniones**» (CSJ, SC, exp. 7303, 13 dic. 2002).*

³⁶ Relatoría Especial para la Libertad de Expresión, Informe, Capítulo II – Evaluación sobre el Estado de la Libertad de Expresión en el Hemisferio (disponible en: <http://www.oas.org/es/cidh/expresion/showarticle.asp?artID=610&IID=2>): «El sistema dual de protección se traduce en la práctica en la imposición de sólo sanciones civiles en aquellos casos en que exista información falsa y producida con “real malicia”. En el caso *The New York Times c/ Sullivan* la Corte Suprema de Estados Unidos dijo: “Las garantías constitucionales requieren una norma federal que prohíba a un funcionario público ser indemnizado por razón de una manifestación inexacta y difamatoria referente a su conducta, como tal, a menos que pruebe que fue hecha con real malicia, es decir, con conocimiento de que eran falsas o con una gran despreocupación acerca de su verdad o falsedad”. Dicha doctrina a su vez ha sido consagrada en el caso *Vago c/ Ediciones La Urraca S.A. sobre daños y perjuicios*, en el cual la Suprema Corte de Justicia de la República Argentina señaló que “quienes se sienten afectados por una información falsa o inexacta deberán demostrar que el autor de la noticia procedió con malicia” En el informe de la Comisión sobre las leyes de desacato, si bien no se hace mención expresa a la doctrina de la real malicia, es posible concluir que ésta es aceptada por la Comisión, a partir del momento en que se reconoce el principio de mayor escrutinio de las figuras públicas y se afirma que la *exceptio veritatis* no es una defensa suficiente para garantizar adecuadamente la libertad de expresión».

Por su parte, la Relatoría especializada, en el Informe Anual de 2012 previó como recomendación a los Estados (lit. c del núm. 7 del cap. V) «**Promover la incorporación de los estándares interamericanos a la legislación civil de manera tal que los procesos civiles adelantados contra personas que han hecho declaraciones sobre funcionarios públicos o sobre asuntos de interés público apliquen el estándar de la actual o real malicia, de conformidad con lo dispuesto en el principio 10 de la Declaración de Principios y que resulten proporcionales y razonables**». Así mismo, allí indicó que «interpretando la Convención Americana, el Principio 10 de la Declaración de Principios dispone que “[l]as leyes de privacidad no deben inhibir ni restringir la investigación y difusión de información de interés público. La protección a la reputación debe estar garantizada sólo a través de sanciones civiles, en los casos en que la persona ofendida sea un funcionario público o persona pública o particular que se haya involucrado voluntariamente en asuntos de interés público. Además, en estos casos, debe probarse que en la difusión de las noticias el comunicador tuvo intención de infligir daño o pleno conocimiento de que se estaba difundiendo noticias falsas o se condujo con manifiesta negligencia en la búsqueda de la verdad o falsedad de las mismas”. 105. La Corte Interamericana ha tenido oportunidad de pronunciarse respecto a la aplicación del estándar de “real malicia”. Así, por ejemplo, en el caso *Usón Ramírez Vs. Venezuela*, la Corte Interamericana estimó que las afirmaciones por las cuales Usón fue condenado habían sido formuladas de manera condicional y, en consecuencia, no podía entenderse la existencia de una manifiesta intención de dañar: “[e]n el presente caso, al condicionar su opinión, se evidencia que el señor Usón Ramírez no

consistente los órganos del SIDH, y también esta Corporación, que en sentencia CSJ SC, 24 may. 1999, rad. 5244, reconoció expresamente que «*la responsabilidad civil extracontractual por los daños ocasionados en ejercicio de la actividad periodística por la divulgación informativa (...) implica, en primer lugar, la presencia de intención de perjudicar o deteriorar el buen nombre o la honra de una persona determinada o determinable con la información falsa o inexacta que a sabiendas se divulga*».

9. Conclusiones.

Además de incluir algunos argumentos carentes de motivación, afirmaciones imprecisas e inarmónicas con el panorama jurídico actual, el fallo del tribunal accionado no tuvo en cuenta los parámetros que establecen el SIDH y la jurisprudencia nacional (tanto de la Corte Suprema de Justicia como de la Constitucional), relacionados con las “responsabilidades ulteriores” que se derivan del ejercicio abusivo de la libertad de expresión, inadvertencia que redundó en que varias problemáticas trascendentes, como el desarrollo del “test tripartito”, o los alcances de los discursos que gozan de especial protección por parte de la Carta Política y la CADH, no fueran analizadas con suficiente detalle en las motivaciones de la sentencia atacada.

estaba declarando que se había cometido un delito premeditado, sino que en su opinión se habría cometido tal delito en el caso que resultara cierta la hipótesis sobre el uso de un lanzallamas. Una opinión condicionada de tal manera no puede ser sometida a requisitos de veracidad. Además, lo anterior tiende a comprobar que el señor Usón Ramírez carecía del dolo específico de injuriar, ofender o menospreciar, ya que, de haber tenido la voluntad de hacerlo, no hubiera condicionado su opinión de tal manera»
(<http://www.oas.org/es/cidh/expresion/docs/informes/anales/Informe%20Anual%202012.pdf>).

Esos yerros, según el precedente consolidado, constituyen causas de procedencia de la tutela contra providencias judiciales y, por lo mismo, justifican la intervención de esta Colegiatura, como juez constitucional, razón por la cual se otorgará el resguardo reclamado.

DECISIÓN

En mérito de lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia en Sala de Casación Civil, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

RESUELVE

PRIMERO. CONCEDER el amparo de los derechos fundamentales de Victoria Eugenia Dávila Hoyos y Radio Cadena Nacional S.A.S.

SEGUNDO. DEJAR SIN VALOR la sentencia dictada el 15 de octubre de 2020 por la Sala Civil del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, así como todas las actuaciones que deriven de dicho proveído.

TERCERO. ORDENAR a la autoridad judicial accionada que, en el término de veinte (20) días, contados a partir de la notificación de este fallo, proceda a resolver la alzada interpuesta por la parte demandante dentro del juicio de responsabilidad civil extracontractual sometido a su escrutinio, con expreso examen y desarrollo del marco

constitucional y convencional vigente, conforme se explicó en la parte motiva de esta providencia.

CUARTO. COMUNICAR lo aquí resuelto a las partes y, en caso de no ser impugnado el fallo, remitir las diligencias a la Corte Constitucional, para su eventual revisión.



FRANCISCO TERNERA BARRIOS
Presidente de Sala



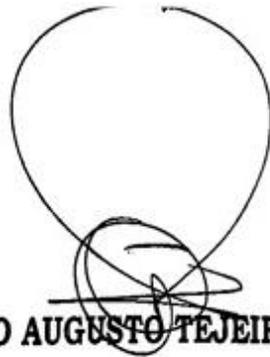
ÁLVARO FERNANDO GARCÍA RESTREPO
Magistrado



AROLDO WILSON QUIROZ MONSALVO
Magistrado



LUIS ALONSO RICO PUERTA
Magistrado



OCTAVIO AUGUSTO TEJEIRO DUQUE

MAGISTRADO



LUIS ARMANDO TOLOSA VILLABONA

Magistrado