

Expediente T-6.711.632

Sentencia T-007/20

ACCION DE TUTELA CONTRA MEDIOS DE COMUNICACION-Caso en que periódico publica en varias emisiones y sin consentimiento de la familia, una fotografía del féretro y la información sobre persona fallecida

LIBERTAD DE INFORMACION-Alcance/LIBERTAD DE INFORMACION-Límites

La jurisprudencia de esta Corporación ha establecido que la libertad de expresión es uno de los pilares sobre los cuales está fundado el Estado, que comprende la garantía fundamental y universal de manifestar pensamientos, opiniones propias y, a la vez, conocer los de otros. Este presupuesto también se extiende al derecho de informar y ser informado veraz e imparcialmente, con el objetivo de que la persona juzgue la realidad con suficiente conocimiento. Es por lo anterior que este mandato constitucional ha sido considerado como un derecho fundamental de doble vía porque involucra tanto al emisor como al receptor de actos comunicativos, agrupa un conjunto de garantías y libertades diferenciables en su contenido y alcance, tales como la libertad de expresar pensamientos y opiniones, la libertad de informar y recibir información veraz e imparcial, la libertad de fundar medios masivos de comunicación y el derecho de rectificación.

DERECHO A LA HONRA Y AL BUEN NOMBRE-Núcleo esencial

Los derechos a la honra y el buen nombre ostentan tanto en instrumentos internacionales como en el ordenamiento constitucional interno, un reconocimiento expreso. El primero, que busca garantizar la adecuada consideración o valoración de una persona frente a los demás miembros de la sociedad, ante la difusión de información errónea o la emisión de opiniones tendenciosas que producen daño moral tangible a su titular. El segundo, dirigido a proteger la reputación o el concepto que de un sujeto tienen las demás personas, ante expresiones ofensivas e injuriosas, o la propagación de informaciones falsas o erróneas que distorsionen dicho concepto.

DERECHO A LA HONRA Y AL BUEN NOMBRE-Diferencias

Aunque el derecho a la honra guarda una relación de interdependencia material con el

derecho al buen nombre, se diferencian en que, mientras el primero responde a la apreciación que se tiene de la persona a partir de su propia personalidad y comportamientos privados directamente ligados a ella, el segundo se refiere a la apreciación que se tiene del sujeto por asuntos relacionales ligados a la conducta que observa en su desempeño dentro de la sociedad.

DERECHO A LA IMAGEN-Derecho autónomo que puede ser lesionado con los derechos a la intimidad, a la honra y al buen nombre de su titular

La Corte Constitucional ha señalado que la imagen es un derecho fundamental y autónomo, que se deriva, además, de la dignidad humana y está íntimamente relacionado con el derecho al libre desarrollo de la personalidad. Así mismo, ha sostenido que corresponde a un concepto amplio que abarca, de un lado, la autodeterminación de la propia imagen en cabeza de todos los sujetos, y de otro, el derecho a disponer sobre la utilización y explotación de la propia imagen por parte de terceros

DERECHO A LA INTIMIDAD PERSONAL Y FAMILIAR-Protección constitucional

DERECHOS A LA HONRA, AL BUEN NOMBRE, A LA INTIMIDAD Y A LA IMAGEN DE PERSONA FALLECIDA-Alcance

La titularidad de los derechos a la honra, al buen nombre, a la imagen y a la intimidad recae también sobre una persona fallecida, razón por la cual los familiares de esta pueden solicitar su protección. Con ello, se busca proteger la memoria y la dignidad de quien ha fallecido y de su núcleo más cercano, bienes jurídicos que se ven afectados por acciones de terceros que invaden la esfera privada, personal y familiar

MEDIOS DE COMUNICACION-Responsabilidad social

La protección constitucional de la libertad de prensa no es indiferente a los excesos que su ejercicio pueda acarrear, de ahí que el constituyente de 1991 haya expresado que los medios de comunicación “tienen responsabilidad social”. Esta responsabilidad implica que en el ejercicio del derecho a la libertad de información, los periodistas y medios de comunicación deben respetar los derechos de terceros, entre ellos, la dignidad humana y la intimidad personal y familiar. Una intromisión indebida que atente contra estas u otras garantías

fundamentales, puede constituirse en un abuso del derecho a informar, razón por la cual juega un papel importante la autorregulación y el cuidado en el ejercicio de obtención de la información.

SOLICITUD DE RECTIFICACION ANTE MEDIOS DE COMUNICACION NO ES EXIGIBLE PARA PUBLICACIONES QUE AFECTAN DERECHOS A LA INTIMIDAD Y A LA IMAGEN

Toda persona tiene la posibilidad de solicitar la rectificación de informaciones inexactas o erróneas que atenten contra sus derechos, para lo cual deberá presentar la solicitud correspondiente ante el medio de comunicación o el particular que hizo la publicación, esto, como requisito previo para acudir a la acción de tutela en caso de no se acceda a esa rectificación o la misma no se efectúe en condiciones de equidad. Sin embargo, existen eventos en que la información no es susceptible de rectificación, como sucede con aquel contenido que lesiona el núcleo de la vida privada y que es difundido sin consentimiento de su titular; en tales casos, la lesión generada a la persona o a su familia no puede ser subsanada a través de la rectificación, razón por la cual la acción de tutela procede sin que aquella sea exigible.

Referencia: expediente T-6.711.632

Acción de tutela instaurada por Gisell Andrea Jiménez Fonseca -quien actúa en nombre propio, de su madre Bertha Fonseca Arias, y de sus hermanos Jairo Steven Jiménez Fonseca y César Augusto Jiménez Fonseca- contra el Grupo Editorial El Periódico S.A.S., propietario del periódico Extra Boyacá.

Magistrado Ponente:

Bogotá, D.C., veinte (20) de enero de dos mil veinte (2020).

La Sala Octava de Revisión de tutelas de la Corte Constitucional, integrada por los Magistrados Carlos Bernal Pulido, Alberto Rojas Ríos y José Fernando Reyes Cuartas, quien la preside, en ejercicio de sus competencias constitucionales y legales, profiere la siguiente:

SENTENCIA

Dentro del proceso de revisión del fallo dictado por el Juzgado 1º Laboral del Circuito de

Tunja, en la acción de tutela de la referencia.

I. Antecedentes

Hechos

1. La señora Gisell Andrea Jiménez Fonseca, quien actúa en nombre propio, de su madre Bertha Fonseca Arias y de sus hermanos Jairo Steven Jiménez Fonseca y César Augusto Jiménez Fonseca, instauró acción de tutela con el fin de obtener la protección de los derechos fundamentales a la intimidad personal y familiar.

2. Señaló que el 20 de noviembre de 2017, su padre Jairo Hugo Jiménez Jiménez murió en confusos hechos en el municipio de Paz de Ariporo, Casanare, “donde al parecer fue asesinado con arma de fuego por unos sujetos que le hurtaron una suma de dinero que portaba para realizar una compra de ganado”.

3. Sostuvo que un empleado del periódico Extra Boyacá llamado “Carlos” se contactó con su cuñada Aura Cristina Arenas Muñoz para que le facilitara una fotografía con el fin de publicarla en ese medio de comunicación. Ante esta petición la familia se rehusó y le indicó al periodista que era una situación difícil, que querían mantener en lo posible en la intimidad y privacidad de la familia.

4. Manifestó que el periodista insistió a través de llamadas telefónicas y mensajes de Whatsapp, hasta que su cuñada se vio en la necesidad de bloquear el número de celular del que recibía dichas llamadas y mensajes. A pesar de lo anterior, el empleado del periódico Extra Boyacá insistió desde diferentes números al punto de “amenazarla con que de no allegar una fotografía de mi padre, publicarían una foto donde se viera el estado en el que quedó el cuerpo una vez sucedió el hecho”.

5. Indicó que ante la negativa de suministrar la fotografía, el empleado o alguno de sus compañeros se acercaron a la funeraria donde se llevaba a cabo la velación y tomaron una foto al féretro de su padre resaltando su cara y “de forma abusiva e irrespetuosa el periódico publicó la foto” en la emisión del 23 de noviembre de 2017.

6. Resaltó que en las emisiones del 22 y 23 de noviembre de 2017, el mismo periódico publicó información relacionada con la edad de su progenitor, las circunstancias de lo

ocurrido el día del homicidio y la supuesta propiedad de un restaurante, la cual no corresponde con la realidad. Aclaró que, incluso, ellos como familia no conocían el informe rendido por la Fiscalía sobre los hechos investigados.

7. A juicio de la accionante, el periódico accionado “vulneró los derechos fundamentales tanto de los lectores como de las personas sobre las que escribe, puesto que no corrobora fuentes e información, y se vale de la amenaza y el chantaje para lograr una primicia”.

8. Con fundamento en lo expuesto, solicitó que se le ordenara al periódico Extra Boyacá: i) suspender la divulgación de la imagen del rostro de su padre, tanto en medios físicos como virtuales; ii) no difundir imágenes donde se trasgreda el derecho a la intimidad de las personas; iii) condenar en abstracto al accionado por los perjuicios ocasionados a la familia Jiménez Fonseca por la publicación de la fotografía del cadáver sin autorización; iv) pedir disculpas tanto personales como a través de una publicación en el mismo periódico y bajo iguales condiciones en que lo hizo la noticia (primera página, ocupando media hoja de la misma como información destacada y al interior del periódico), con el fin de que se abstenga de propiciar situaciones futuras del mismo contenido.

Nulidad de lo actuado

9. En un primer momento, el asunto fue decidido por el Juzgado Segundo Municipal para Adolescentes con Función de Control de Garantías de Tunja, que mediante sentencia del 2 de enero de 2018 declaró improcedente el amparo invocado.

10. Sin embargo, una vez verificadas las actuaciones realizadas en el trámite de la tutela, el Despacho del magistrado sustanciador encontró, por un lado, que la señora Gisell Andrea Jiménez Fonseca actuaba en nombre propio, de su madre y de sus hermanos; sin embargo, no señaló las razones por las cuales las personas agenciadas no podían acudir directamente a la acción de tutela, motivo por el que consideró necesario requerir a la accionante para que explicara por qué interpuso el amparo como agente oficiosa de sus familiares. Por otro lado, evidenció que no era posible establecer la debida notificación a la parte accionada, pues el auto admisorio de la demanda y la sentencia fueron comunicados a un correo electrónico que no correspondía a los datos suministrados por la accionante en el escrito de tutela.

Con fundamento en lo anterior, mediante Auto del 13 de junio de 2018 ordenó: i) a la señora

Gisell Andrea Jiménez Fonseca, explicar los motivos que justificaran la interposición del amparo constitucional como agente oficiosa de sus familiares y que le permitieran a la Corte identificar que los agenciados no se encontraban en condiciones físicas o mentales de promover su propia defensa; y ii) informar al periódico Extra Boyacá que la presente acción de tutela se encontraba en esta Corporación, para que se pronunciara sobre el asunto y, particularmente, indicara si tuvo conocimiento de este proceso de tutela.

11. Surtido el trámite correspondiente, la Oficial Mayor de la Secretaría General de la Corte Constitucional informó que al indagar por los datos de notificación del periódico accionado se pudo establecer que el periódico Extra Boyacá es un producto del Grupo Editorial El Periódico S.A.S., ubicado en la ciudad de Pasto, Nariño, lugar al que se enviaron las respectivas comunicaciones.

12. El 20 de junio de 2018, el señor Edgar Ríos Mora, Representante Legal del Grupo Editorial El Periódico S.A.S. allegó la respuesta al Auto del 13 de junio de 2018. Manifestó que a la fecha no habían sido notificados de la tutela de la referencia “ni para dar respuesta a la misma y tampoco de la sentencia emitida por el Juzgado Segundo Penal Municipal para Adolescentes con Función de Control de Garantías de Tunja”. Así mismo, puso de presente que “los correos (...) asesordjuridicogep@gmail.com y extraboyaca2012@gmail.com no corresponden a correos electrónicos de notificación judicial, pues como se puede ver en la cámara de comercio que se adjunta, la dirección física corresponde a la Calle 20 No. 25-81 en la ciudad de Pasto y correo electrónico tributaria@elperiodico.com.co”. Finalmente, sostuvo que en este caso “hay una indebida individualización del sujeto pasivo”, teniendo en cuenta que el diario Extra Boyacá es un producto noticioso del Grupo Editorial El Periódico S.A.S, persona jurídica habilitada para dar respuesta a este tipo de acciones y a quien debe notificarse, motivo por el cual “las acciones adelantadas hasta el momento están viciadas y convocan a una nulidad”.

13. Por lo anterior, a través del Auto 461 del 24 de julio de 2018, la Sala Octava de Revisión dispuso declarar la nulidad de todas las actuaciones surtidas por el Juzgado Segundo Penal Municipal para Adolescentes con Función de Control de Garantías de Tunja, desde el auto admisorio de la demanda, con el fin de vincular al Grupo Editorial El Periódico S.A.S. y demás partes que considerara pertinentes, y de verificar la legitimación en la causa por activa. Además, ordenó a ese despacho judicial reiniciar el proceso de tutela de manera preferente y

expedita, y una vez se dictaran las respectivas sentencias de instancia, enviar el expediente al despacho del magistrado sustanciador para su revisión.

14. Inicialmente, mediante Auto del 24 de agosto de 2018, el Juzgado Segundo Penal Municipal para Adolescentes con Función de Control de Garantías de Tunja se abstuvo de avocar conocimiento por falta de competencia y remitió el expediente a los juzgados del circuito de Tunja. Lo anterior, de conformidad con lo establecido en el tercer inciso del artículo 37 del Decreto 2591 de 1991, en virtud del cual “(...) De las acciones dirigidas contra la prensa y los demás medios de comunicación serán competentes los jueces de circuito del lugar”.

15. El asunto le correspondió por reparto al Juzgado 1º Laboral del Circuito de Tunja, que en proveído del 28 de agosto de 2018 ordenó la devolución del expediente al juzgado remitente. Expuso que la Corte Constitucional dirigió la providencia del 13 de agosto de 2018 al Juzgado Segundo Penal Municipal para Adolescentes con Función de Control de Garantías de Tunja para rehacer la actuación, motivo por el cual, a su juicio, ese despacho “no puede o no debe desconocer lo dispuesto por el órgano de cierre en materia constitucional y debe continuar con el conocimiento de la presente acción de tutela”.

16. En consecuencia, el Juzgado Segundo Penal Municipal para Adolescentes con Función de Control de Garantías de Tunja avocó conocimiento del asunto en Auto del 29 de agosto de 2018 y mediante sentencia del 11 de septiembre de 2018 tuteló los derechos fundamentales al buen nombre, a la honra y a la intimidad de los accionantes. Esta decisión fue revocada por el Juzgado Primero Penal del Circuito para Adolescentes con Función de Conocimiento de Tunja en sentencia del 17 de octubre de 2018, providencia mediante la cual ese despacho judicial declaró la improcedencia del amparo.

Sin embargo, en Auto 214 del 29 de abril de 2019 esta Corporación encontró que se había configurado la nulidad de todo lo actuado a partir del mencionado auto admisorio, pues con ello asumió el conocimiento del asunto una autoridad judicial que no tenía competencia para el efecto. Lo anterior, de conformidad con el inciso 3º del artículo 37 del Decreto 2591 de 1991, en virtud del cual las acciones dirigidas contra la prensa y los demás medios de comunicación serán competencia de los jueces de circuito del lugar, es decir, existe una regla especial de competencia en esos asuntos, cuyo desconocimiento traía como

consecuencia el acaecimiento de una nulidad insaneable.

En consecuencia, la Sala Octava de Revisión dispuso i) declarar la nulidad de todas las actuaciones surtidas desde el auto admisorio de la demanda proferido el 29 de agosto de 2018 por el Juzgado Segundo Penal Municipal para Adolescentes con Función de Control de Garantías de Tunja, salvo las pruebas recaudadas; y ii) remitir el expediente al Juzgado 1º Laboral del Circuito de Tunja para que asumiera el conocimiento del asunto, y adoptara la decisión a que hubiere lugar.

Trámite procesal

17. En cumplimiento de lo dispuesto en el Auto 214 de 2019, el Juzgado 1º Laboral del Circuito de Tunja, en Auto del 4 de junio de 2019, avocó conocimiento del asunto y dispuso vincular a las partes para que se pronunciaran sobre el particular y allegaran los documentos que tuvieran relación con los hechos.

Contestación de la acción de tutela

18. En escrito allegado el 7 de junio de 2019, José Edilberto Patarroyo Patiño actuando en representación del Grupo Editorial El Periódico S.A.S., indicó de manera preliminar lo siguiente: “iniciamos con una indagación interna a fin de establecer si en efecto lo manifestado por la accionante efectivamente amerita cualquiera de las soluciones legales, vale decir: corrección o aclaración. Siendo ello así y de acuerdo con lo informado por el periodista responsable de la nota publicada (...) expresa que lo allí consignado fue recopilado mediante trabajo periodístico, consultando fuentes informativas, pues de otra manera es imposible tener conocimiento de los hechos acontecidos. De manera que el actuar realizado por el periodista informador, en este asunto ha obrado con buena conciencia y mal haría en este caso el empleador y la sociedad en sancionarlo por ello”.

19. De otro lado, sostuvo que el derecho a la intimidad no es absoluto “debido a que mantiene una responsabilidad social que implica obligaciones y responsabilidades ante los receptores de la información y los protagonistas de la misma”.

20. Finalmente, destacó que la accionante no realizó ninguna petición ante el medio de comunicación para hacer efectivas las pretensiones que ahora plantea a través de la acción

de tutela, lo cual, a su juicio, torna en improcedente dicho mecanismo.

Sentencia objeto de revisión

21. En fallo del 12 de junio de 2019, el Juzgado 1º Laboral del Circuito de Tunja negó el amparo invocado.

22. En primer lugar, señaló que “la inquietud de la familia JIMÉNEZ FONSECA, radica en el hecho de haberse publicado la noticia sin el consentimiento de sus familiares, pero a excepción de la información relacionada con el restaurante no refiere que los hechos no hayan sucedido o que lo allí informado carezca de veracidad o que la noticia se haya presentado con un lenguaje o una exposición que conduzca a la confusión o al error”.

23. En cuanto a la posible vulneración del derecho a la intimidad, refirió que los actores no acudieron ante el medio de comunicación de manera previa para solicitar la rectificación de la información que consideraron como errada. Además, a juicio del juez, “conforme al desarrollo de los hechos y la petición, discierne que nos encontramos frente a un hecho consumado (sic), circunstancia que hace impróspera la orden de protección”. En todo caso, el juzgado consideró que los familiares de la persona fallecida cuentan con otros mecanismos de defensa judicial como la reparación de los daños morales ante la jurisdicción ordinaria, mediante un proceso de responsabilidad extracontractual contra el medio de comunicación, o la acción penal ante la eventual configuración de los delitos de injuria y calumnia.

Sobre la solicitud de reparación económica concluyó que era improcedente, pues “la acción de tutela no tasa perjuicios ni físicos ni morales [además] a estas alturas ya no se precisa procedente la intervención del juez constitucional [porque] por un lado se estaría revictimizando a los accionantes y demás allegados del extinto Jairo Hugo Jiménez Jiménez y de contera también a los familiares y amigos del también occiso Jhon Wilson Acuña Morales, quien también perdió la vida en los mismos hechos, y por otro porque cualquier orden caería en el vacío, por cuanto la foto la fue publicada”. Al respecto, afirmó que el daño consumado impedía hacer cesar la violación y por ello solo era procedente el resarcimiento del mismo.

Pruebas que obran en el expediente

24. Las pruebas que obran en el expediente son las que a continuación se relacionan:

i. (i) Foto de la conversación de whatsapp con el señor llamado “Carlos” del periódico Extra Boyacá, en la cual este solicita una foto del señor Jairo Hugo Jiménez Jiménez y se le informa que “la familia no desea que lo publiquen”.

() Portada de la emisión del 22 de noviembre de 2017 del periódico Extra Boyacá titulada “Los acribillaron a balín” donde aparece la foto del señor Jairo Hugo Jiménez Jiménez en ataúd.

() Página 3 de la emisión del 22 de noviembre de 2017 del periódico Extra Boyacá donde se relatan los hechos bajo los que presuntamente fallecieron los señores Jhon Acuña y Jairo Hugo Jiménez.

() Portada de la emisión del 23 de noviembre de 2017 del periódico Extra Boyacá titulada “Asesinados con tiros de gracia” donde aparece la foto del señor Jairo Hugo Jiménez Jiménez en ataúd.

() Página 3 de la emisión del 23 de noviembre de 2017 del periódico Extra Boyacá donde nuevamente aparece la fotografía del féretro y en el que se relatan los hechos bajo los que presuntamente fallecieron los señores Jhon Acuña y Jairo Hugo Jiménez.

*

* Actuaciones en sede de revisión

*

25. Luego de constatar que las providencias mediante las cuales el Juzgado 1° Laboral del Circuito de Tunja avocó el conocimiento del asunto y profirió sentencia de primera instancia, no fueron debidamente notificadas a la parte accionante, el despacho del magistrado sustanciador, mediante Auto del 27 de agosto de 2018, dispuso notificar a Gisell Andrea Jiménez Fonseca, Bertha Fonseca Arias, Jairo Steven Jiménez Fonseca y César Augusto Jiménez Fonseca sobre el trámite surtido por el Juzgado 1° Laboral del Circuito de Tunja, para que se pronunciaran sobre el particular. Así mismo, les advirtió que si así lo deseaban, podían solicitar la nulidad de lo actuado ante la indebida notificación y que una vez vencido en silencio dicho plazo la Corte continuaría con el estudio de este asunto y daría por subsanada toda causal de nulidad derivada de este acto procesal.

*

* Al respecto, se evidenció que en el expediente obraban las constancias de devolución por parte de la empresa de correos 4-72 de los oficios de notificación, lo que indicaba que los accionantes no habían tenido conocimiento de la decisión adoptada en sede de instancia. Además, el despacho del magistrado sustanciador también llamó la atención en cuanto a que el Juzgado 1° Laboral del Circuito de Tunja no intentó otra forma de notificación a pesar de contar con información en el expediente que le permitía hacerlo, por ejemplo, la dirección donde esta Corporación notificó el Auto 214 de 2019, o el correo electrónico y el número de celular suministrados por la señora Gisell Andrea Jiménez Fonseca desde el momento de la interposición de la acción de tutela.

*

26. Una vez transcurrido el término de otorgado en el Auto del 27 de agosto de 2018 y constatada la efectiva notificación de dicho proveído, la parte accionante guardó silencio.

*

27. De otro lado, con ocasión del Auto del 13 de junio de 2018 (supra núm. 9) en el que el despacho del magistrado sustanciador le ordenó a la señora Gisell Andrea Jiménez Fonseca, explicar los motivos que justificaran la interposición del amparo constitucional como agente oficiosa de sus familiares y que le permitieran a la Corte identificar que los agenciados no se encontraban en condiciones físicas o mentales de promover su propia defensa, se recibió comunicación de la accionante en la que se expuso lo siguiente:

* “La acción de tutela fue presentada en mi nombre, y en representación de mi señora madre y mis hermanos toda vez que para la fecha de presentación de la misma, por las circunstancias de luto y de profundo dolor no fue posible la firma por parte de ellos, sin embargo, y teniendo en cuenta que como miembros de una familia nos sentimos ampliamente afectados con las acciones adelantadas por el periódico Extra, como se estableció en los fundamentos de la acción presentada, en tal sentido, adjunto a este oficio de respuesta documento de confirmación firmado por mi señora madre (...) y mis hermanos (...) con el fin de ratificar la calidad de accionantes en la tutela interpuesta”.

*

* Para el efecto, la señora Gissell Andrea anexó un escrito firmado por Bertha Fonseca Arias, Jairo Steven Jiménez Fonseca y César Augusto Jiménez Fonseca en el que manifestaron lo siguiente: “sintiendo violados nuestros derechos con la cadena de acciones realizada por el periódico Extra, invocando el principio de economía procesal propio de la acción de tutela y estando de acuerdo con los hechos descritos y las pretensiones en ella plasmadas, confirmamos la intención de presentar tutela conjunta en contra del citado periódico; esto, de conformidad a la solicitud realizada por su despacho y con el fin de aclarar la calidad en la que estamos en la mencionada acción”.

*

II. II. CONSIDERACIONES

Competencia

1. 1. La Sala Octava de Revisión de la Corte Constitucional es competente para revisar las decisiones proferidas dentro de la acción de tutela de la referencia, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 86 y 241, numeral 9º, de la Constitución Política y en concordancia con los artículos 31 a 36 del Decreto Estatutario 2591 de 1991.

Problema jurídico

2. La Sala Octava de Revisión deberá determinar, de manera preliminar, si en el asunto objeto de estudio se acreditan los requisitos de procedencia de la acción de tutela, particularmente, aquel relacionado con la solicitud de rectificación ante el medio de comunicación.

3. En caso afirmativo, pasará a establecer si ¿el Grupo Editorial El Periódico S.A.S., propietario del periódico Extra Boyacá vulneró los derechos fundamentales a la honra, al buen nombre, a la intimidad personal y familiar, y a la imagen de una persona fallecida y su familia, por publicar en las emisiones del 22 y 23 de noviembre de 2017 y sin consentimiento de la familia i) una fotografía del féretro, y ii) información sobre el difunto y las circunstancias de lo ocurrido el día del homicidio que al parecer no corresponde con la realidad?

4. Para ello, la Sala se referirá a la jurisprudencia constitucional sobre i) el derecho fundamental a la libertad de información, alcances y límites; ii) los derechos fundamentales a la honra, al buen nombre, a la imagen y a la intimidad personal y familiar, así como el alcance de estos derechos para las personas fallecidas; luego explicará que iii) responsabilidad social de los medios de comunicación; iv) la solicitud de rectificación no es exigible para publicaciones que afectan los derechos a la intimidad y a la imagen; por último, se pronunciará sobre la figura de la carencia actual de objeto y con fundamento en lo anterior v) resolverá el caso concreto.

El derecho fundamental a la libertad de información, alcances y límites. Reiteración de jurisprudencia

5. El derecho a la libertad de información encuentra fundamento en diversos instrumentos internacionales vinculantes para el Estado colombiano. El artículo 19 de la Declaración Universal de Derechos Humanos, dispone que “[t]odo individuo tiene derecho a la libertad de opinión y de expresión; este derecho incluye el de no ser molestado a causa de sus opiniones, el de investigar y recibir informaciones y opiniones, y el de difundirlas, sin limitación de fronteras, por cualquier medio de expresión”.

Así mismo, el artículo 19.1 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos señala: “[n]adie podrá ser molestado a causa de sus opiniones. 2. Toda persona tiene derecho a la libertad de expresión; este derecho comprende la libertad de buscar, recibir y difundir informaciones e ideas de toda índole, sin consideración de fronteras, ya sea oralmente, por escrito o en forma impresa o artística, o por cualquier otro procedimiento de su elección. 3. El ejercicio del derecho (...) entraña deberes y responsabilidades especiales. Por consiguiente puede estar sujeto a ciertas restricciones que deberán, sin embargo, estar expresamente fijadas por la Ley”.

En los mismos términos el artículo 13 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos refiere: “[t]oda 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 (...) no puede estar sujeto a previa censura sino a responsabilidades ulteriores, las que deben estar

expresamente fijadas por la ley”.

6. La Constitución Política de 1991 acogió estos parámetros internacionales y en el artículo 20 estableció la garantía de toda persona a “la libertad de expresar y difundir su pensamiento y opiniones, la de informar y recibir información veraz e imparcial, y la de fundar medios masivos de comunicación”, los cuales “son libres y tienen responsabilidad social”.

La jurisprudencia de esta Corporación ha establecido que la libertad de expresión es uno de los pilares sobre los cuales está fundado el Estado, que comprende la garantía fundamental y universal de manifestar pensamientos, opiniones propias y, a la vez, conocer los de otros. Este presupuesto también se extiende al derecho de informar y ser informado veraz e imparcialmente, con el objetivo de que la persona juzgue la realidad con suficiente conocimiento.

Es por lo anterior que este mandato constitucional ha sido considerado como un derecho fundamental de doble vía porque involucra tanto al emisor como al receptor de actos comunicativos, agrupa un conjunto de garantías y libertades diferenciables en su contenido y alcance, tales como la libertad de expresar pensamientos y opiniones, la libertad de informar y recibir información veraz e imparcial, la libertad de fundar medios masivos de comunicación y el derecho de rectificación. Este Tribunal, al desarrollar la libertad de expresión ha adoptado un doble sentido, es decir, genérico y estricto:

“Sobre esa base, la Corte ha explicado que la libertad de expresión en sentido genérico consiste en el ‘el derecho general a comunicar cualquier tipo de contenido a otras personas, e [incluye] no solo la libertad de expresión en sentido estricto, sino también las libertades de opinión, información y prensa [previstas en el artículo 20 de la Constitución]’. Entre tanto, la libertad de expresión en sentido estricto se define como ‘el derecho de las personas a expresar y difundir libremente el propio pensamiento, opiniones e ideas, sin limitación, a través del medio y la forma escogidos por quien se expresa’. Conlleva el derecho de su titular a no ser molestado por expresar su pensamiento, opiniones (sic) o ideas y cuenta, además, con una dimensión individual y una colectiva”.

La Corte también ha explicado que “estas dos libertades también son sujeto de división en

dos aspectos distintos, el individual y el colectivo. El primero, hace referencia al sujeto que se expresa, entendiendo que, además de contar con la garantía de poder manifestarse sin interferencias injustificadas, este derecho también implica la garantía de poder hacerlo a través de cualquier medio que se considere apropiado para difundir los pensamientos y lograr su recepción por el mayor número de destinatarios posibles, siendo libres de escoger el tono y la manera de expresarse (...) El aspecto colectivo, por su parte, se va a referir a los derechos de quienes reciben el mensaje que se divulga”.

7. En la interpretación sobre el alcance de ese derecho fundamental la Corte Constitucional ha establecido, particularmente, que la libertad de información reconoce, por un lado, la libre expresión y difusión de las ideas, conocimientos, juicios u opiniones, y por el otro, proclama el derecho de acceder o recepcionar una información ajustada a la verdad objetiva.

Así mismo, ha señalado que este derecho es consustancial a la democracia, en tanto promueve el intercambio de ideas, permite la formación de una opinión pública libre, constituye la base para el ejercicio de los derechos políticos de participación y, a su vez, permite ejercer control sobre las autoridades. Sin embargo, también ha sido enfática al señalar que dicha libertad no es absoluta por cuanto implica responsabilidades y deberes sociales. Al respecto, ha sostenido:

“De ahí que el artículo 20 constitucional consagre el principio de la responsabilidad social de los medios de comunicación, de manera que el periodista no es ajeno a las responsabilidades de orden civil y penal a que está sujeto y se le pueden exigir cuando incurra en afirmaciones inexactas, calumniosas o injuriosas. Por consiguiente, los medios de comunicación gozan de libertad y autonomía para expresar y comunicar en forma veraz e imparcial la información, pero deben hacerlo de manera responsable, de forma que no vulneren o amenacen los derechos fundamentales de las personas, dentro del marco del Estado social de derecho. Dicha responsabilidad consiste en asumir el compromiso social de divulgar las informaciones para el bien de la colectividad, de manera que no se atente contra los derechos de los asociados, el orden público y el interés general.

Entonces, el derecho a la información debe ser respetado y garantizado por el Estado, siempre y cuando no afecte valores sustanciales, como los derechos al buen nombre, a la honra o a la intimidad. Sobre este punto la Corte ha sostenido que a los medios “se impone

fundamentar y contrastar la información antes de entregarla al público; no confundir la información con la opinión; rectificar, si es del caso, informaciones falsas o imprecisas; valerse de métodos dignos para obtener información; no aceptar gratificaciones de terceros, ni utilizar en beneficio propio informaciones; sólo así contribuirán al fortalecimiento de la democracia y por ende, a la realización del paradigma propio del Estado social de derecho". De igual modo, ha manifestado:

"Pero, a objeto de hacer completo el derecho del conglomerado a la comunicación, es necesario reconocer en él, como elemento insustituible que contribuye inclusive a preservarlo, el de la responsabilidad social que el inciso 2º del artículo 20 de la Constitución colombiana señala en cabeza de los medios masivos, los cuales, no por el hecho de hallarse rodeados de las garantías que para el desarrollo de su papel ha consagrado el Constituyente, pueden erigirse en entes omnímodos, del todo sustraídos al ordenamiento positivo y a la deducción de consecuencias jurídicas por los perjuicios que puedan ocasionar a la sociedad, al orden público o a las personas individual o colectivamente consideradas, por causa o con ocasión de sus actividades. (...) Un informe periodístico difundido irresponsablemente, o manipulado con torcidos fines; falso en cuanto a los hechos que lo configuran; calumnioso o difamatorio, o erróneo en la presentación de situaciones y circunstancias; inexacto en el análisis de conceptos especializados, o perniciosamente orientado a beneficios políticos o a ambiciones puramente personales, resulta mucho más dañino cuanto mayor es la cobertura (nivel de circulación o audiencia) del medio que lo difunde, pero en todo caso, con independencia de ese factor, constituye en sí mismo abuso de la libertad, lesión muy grave a la dignidad de la persona humana y ofensa mayúscula a la profesión del periodismo, sin contar con los perjuicios, a veces irreparables que causa, los cuales no pueden pasar desapercibidos desde el punto de vista de sus consecuencias jurídicas".

Bajo ese entendido, se puede decir que existen dos clases de límites del derecho a informar: uno objetivo, que es la verdad y la imparcialidad en la información que se emita o publique; y otro subjetivo, que se refiere a la objetividad como actitud del informador hacia la verdad, para determinar si se ha realizado una averiguación o indagación por parte del periodista, honesta y diligente. En efecto, "el derecho a la información no es absoluto, de donde resulta que no puede ser utilizado para revelar datos íntimos ni para lesionar la honra y el buen nombre de las personas; la información, en los términos del ordenamiento superior, debe corresponder a la verdad, ser veraz e imparcial, pues no existe derecho a divulgar

información que no sea cierta y completa”. Por esa razón, la labor del juez constitucional es evaluar en cada caso concreto si la limitación de este derecho es admisible, para lo cual es indispensable verificar si los derechos fundamentales de las personas resultan vulnerados por la información que se publica.

8. Con todo, el derecho a la libertad de expresión implica, por un lado, la facultad de manifestar pensamientos y opiniones propias, y por el otro, el derecho de informar y ser informado veraz e imparcialmente. Esta garantía comprende un sentido genérico, que consiste en comunicar cualquier tipo de contenido e incluye las libertades de opinión, información y prensa; y un sentido estricto, esto es, expresar y difundir libremente el propio pensamiento, opiniones e ideas, sin limitación, a través del medio y la forma escogidos por quien se expresa.

Particularmente, la libertad de información ha sido entendida como un mandato consustancial a la democracia, en tanto promueve el intercambio de ideas y permite la formación de una opinión pública libre. Esta libertad tiene como límite, entre otros, la responsabilidad social de los medios de comunicación, de manera que su actuar se ajuste a los principios de veracidad e imparcialidad, y que la información que sea publicada por estos no atente contra los derechos humanos, el orden público y el interés general.

A continuación, la Sala hará referencia a los derechos a la honra, al buen nombre, a la imagen y a la intimidad, como garantías constitucionales que pueden verse afectadas en el ejercicio del derecho a la información.

Los derechos a la honra y al buen nombre

9. El artículo 12 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos establece que: “Nadie será objeto de injerencias arbitrarias en su vida privada, su familia, su domicilio o su correspondencia, ni de ataques a su honra o a su reputación. Toda persona tiene derecho a la protección de la ley contra tales injerencias o ataques”. Por su parte, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, en su artículo 17 señala: “1. Nadie será objeto de injerencias arbitrarias e ilegales en su vida privada, su familia, su domicilio o su correspondencia ni de ataques ilegales a su honra y reputación (...)”. En igual sentido, el artículo 11 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos “Pacto de San José de Costa Rica”, dispone: “1. Toda persona tiene derecho al respeto de su honra y al reconocimiento de su dignidad. 2.

Nadie puede ser objeto de injerencias arbitrarias o abusivas en su vida privada, en la de su familia, en su domicilio o en su correspondencia, ni de ataques ilegales a su honra y reputación (...)” (Resaltado fuera de texto).

10. A la par de los instrumentos internacionales señalados, el artículo 2º de la Carta Política establece como un deber del Estado la garantía de protección de todos los residentes en Colombia, en su vida, honra, bienes, creencias y demás derechos y libertades; asimismo, el artículo 21 consagra la honra como un derecho fundamental, el cual es inviolable, según lo indicado en artículo 42 Superior.

11. La jurisprudencia de la Corte Constitucional se ha referido a la honra como la estimación o deferencia con que cada persona debe ser tenida por los demás miembros de la colectividad, en razón a su dignidad humana. En palabras de esta Corporación: “[e]s por consiguiente, un derecho que debe ser protegido con el fin de no menoscabar el valor intrínseco de los individuos frente a la sociedad y frente a sí mismos, y garantizar la adecuada consideración y valoración de las personas dentro de la colectividad”.

Dado su alcance, este derecho resulta vulnerado tanto por información errónea como por opiniones tendenciosas que producen daño moral tangible a su titular. Sin embargo, la Corte ha sostenido que “no todo concepto o expresión mortificante para el amor propio puede ser considerada como imputación deshonrosa”, puesto que las afirmaciones que se expresen deben tener la virtualidad de “generar un daño en el patrimonio moral del sujeto y su gravedad no depende en ningún caso de la impresión personal que le pueda causar al ofendido alguna expresión proferida en su contra en el curso de una polémica pública, como tampoco de la interpretación que éste tenga de ella, sino del margen razonable de objetividad que lesione el núcleo esencial del derecho”.

12. De otra parte, el artículo 15 de la Carta Política garantiza el derecho al buen nombre en los siguientes términos: “Todas las personas tienen derecho a su intimidad personal y familiar y a su buen nombre, y el Estado debe respetarlos y hacerlos respetar (...)”.

Esta garantía ha sido entendida como “la reputación, o el concepto que de una persona tienen los demás y que se configura como derecho frente al detrimento que pueda sufrir como producto de expresiones ofensivas o injuriosas o informaciones falsas o tendenciosas”. En ese sentido, constituye “uno de los más valiosos elementos del patrimonio moral y social,

y un factor intrínseco de la dignidad humana que a cada persona debe ser reconocida tanto por el Estado, como por la sociedad”.

La Corte ha sostenido que “se atenta contra este derecho, cuando sin justificación ni causa cierta y real, es decir, sin fundamento, se propagan entre el público -bien sea de forma directa o personal, o a través de los medios de comunicación de masas- informaciones falsas o erróneas que distorsionan el concepto público que se tiene del individuo y que por lo tanto, tienden a socavar el prestigio o la confianza de los que disfruta del entorno social en cuyo medio actúa, o cuando en cualquier forma se manipula la opinión general para desdibujar su imagen”.

Entonces, aunque el derecho a la honra guarda una relación de interdependencia material con el derecho al buen nombre, se diferencian en que, mientras el primero responde a la apreciación que se tiene de la persona a partir de su propia personalidad y comportamientos privados directamente ligados a ella, el segundo se refiere a la apreciación que se tiene del sujeto por asuntos relacionales ligados a la conducta que observa en su desempeño dentro de la sociedad.

En palabras de esta Corporación: “tratándose de la honra, la relación con la dignidad humana es estrecha, en la medida en que involucra tanto la consideración de la persona (en su valor propio), como la valoración de las conductas más íntimas (no cubiertas por la intimidad personal y familiar). El buen nombre, por su parte, también tiene una cercana relación con la dignidad humana, en la medida en que, al referirse a la reputación, protege a la persona contra ataques que restrinjan exclusivamente la proyección de la persona en el ámbito público o colectivo”.

13. En definitiva, los derechos a la honra y el buen nombre ostentan tanto en instrumentos internacionales como en el ordenamiento constitucional interno, un reconocimiento expreso. El primero, que busca garantizar la adecuada consideración o valoración de una persona frente a los demás miembros de la sociedad, ante la difusión de información errónea o la emisión de opiniones tendenciosas que producen daño moral tangible a su titular. El segundo, dirigido a proteger la reputación o el concepto que de un sujeto tienen las demás personas, ante expresiones ofensivas e injuriosas, o la propagación de informaciones falsas o erróneas que distorsionen dicho concepto.

El derecho a la imagen

15. La Corte Constitucional ha señalado que la imagen es un derecho fundamental y autónomo, que se deriva, además, de la dignidad humana y está íntimamente relacionado con el derecho al libre desarrollo de la personalidad. Así mismo, ha sostenido que corresponde a un concepto amplio que abarca, de un lado, la autodeterminación de la propia imagen en cabeza de todos los sujetos, y de otro, el derecho a disponer sobre la utilización y explotación de la propia imagen por parte de terceros.

De otra parte, ha explicado que existe un núcleo duro del derecho a la imagen que comprende “aquellas expresiones que dan cuenta con claridad del aspecto físico, en general, y de los rasgos del rostro que permiten identificar a las personas. Por ende, es evidente el uso de la imagen a través de las fotografías, esculturas, videos y demás soportes que permitan identificar con precisión al individuo”; y una zona de penumbra en la que no es fácil determinar si la manifestación concreta abarca el derecho en mención, en tanto “existen diversas representaciones en las que no resulta claro si está involucrada la imagen, tal y como sucede con las siluetas, las caracterizaciones, y algunas expresiones que reproducen el estilo de las personas y que pueden permitir su identificación”.

Bajo ese entendido, ha delimitado esta garantía constitucional indicando que “una consideración elemental de respeto a la persona y a su dignidad, impiden que las características externas que conforman su fisonomía o impronta y que lo identifican más que cualquiera otro signo externo en su concreta individualidad, puedan ser objeto de libre disposición y manipulación por terceros”. De igual forma, ha mencionado que el derecho a la imagen es personalísimo de los sujetos, y “comprende la facultad de disponer de su apariencia y de su privacidad, autorizando o no la captación y difusión de ella”; por lo tanto, este derecho se vulnera cuando sin consentimiento del titular se publica su imagen, la cual puede ser captada a través de cámaras escondidas o mediante cámaras fotográficas con teleobjetivo y otros medios electrónicos.

En consecuencia, es necesario establecer el uso de la imagen en cada caso concreto, con base en dos elementos principales: el uso de aspectos externos del sujeto y la verificación del carácter reconocible en la manifestación concreta que se analiza.

El derecho a la intimidad personal y familiar

16. Diversos instrumentos internacionales han definido el derecho a la intimidad personal y familiar. Así, el artículo 12 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos establece que “[n]adie será objeto de injerencias arbitrarias en su vida privada, su familia, su domicilio o su correspondencia, ni de ataques a su honra o a su reputación (...)”. Esta misma definición está consignada en el artículo 17 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, y en similares términos, el artículo 11 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos “Pacto de San José de Costa Rica”, dispone: “1. Toda persona tiene derecho al respeto de su honra y al reconocimiento de su dignidad. 2. Nadie puede ser objeto de injerencias arbitrarias o abusivas en su vida privada, en la de su familia, en su domicilio o en su correspondencia, ni de ataques ilegales a su honra y reputación (...)”.

17. La Constitución Política define esta garantía fundamental en el artículo 15, cuyo tenor dispone lo siguiente: “Todas las personas tienen derecho a su intimidad personal y familiar y a su buen nombre, y el Estado debe respetarlos y hacerlos respetar (...)” (Resaltado fuera de texto).

18. Esta Corporación ha señalado que el derecho a la intimidad personal y familiar “busca no dejar que trascienda al conocimiento del público, aquellos actos de su existencia que legal y moralmente quiere conservar bajo la absoluta reserva y completo silencio. (...) La intimidad hace parte de la órbita restringida familiar que por el hecho de que sólo interesa a quienes integran esta célula social, su conocimiento no importa o está vedado a los demás miembros de la sociedad. La privacidad así concebida está relacionada con la privacidad íntima y por lo tanto no puede ser objeto de la curiosidad ajena, sino que como un verdadero secreto familiar o personal, se debe cuidar para que no traspase la barrera de la órbita que por seguridad individual o familiar se ha asignado”.

En la sentencia C-881 de 2014, la Corte indicó que el núcleo esencial del derecho a la intimidad “supone la existencia y goce de una órbita reservada para cada persona, exenta del poder de intervención del Estado o de las intromisiones arbitrarias de la sociedad, que le permita a dicho individuo el pleno desarrollo de su vida personal, espiritual y cultural”.

En esa decisión también expuso que existen al menos las siguientes formas de vulneración del derecho a la intimidad: i) mediante la intromisión material en los aspectos de la vida que la persona se ha reservado para sí mismo, independiente de que lo encontrado sea

publicado; ii) con la divulgación de hechos privados, es decir, de información verídica, pero no susceptible de ser divulgada; y iii) a través de la presentación falsa de aparentes hechos íntimos que no corresponden a la realidad.

Bajo esta línea, la jurisprudencia constitucional ha establecido que el derecho a la intimidad no puede ser restringido, salvo que se cuente con el consentimiento del titular, exista orden emitida por la autoridad competente conforme con la Constitución y la ley y, únicamente por razones legítimas sustentadas constitucionalmente.

De otra parte, también ha explicado que no se puede establecer una prevalencia en abstracto del derecho a la información sobre el derecho a la intimidad, o viceversa, pues el juez de tutela debe tener en cuenta los aspectos relevantes de cada caso concreto.

Para el efecto, la jurisprudencia ha establecido unos criterios dirigidos a determinar, de acuerdo con las circunstancias particulares, la primacía de uno sobre el otro: i) la posición que tiene dentro de la sociedad la persona cuya intimidad se protege; ii) la noción de interés general: el derecho a la información prevalece frente al derecho a la intimidad en la medida en que la información sea de interés general, y por lo tanto sea pertinente su publicación; iii) las circunstancias de modo, tiempo y lugar en las cuales se produjeron los hechos objeto de decisión, así: a) circunstancias de modo: si una persona realiza a la vista pública actividades de su íntimo resorte, el ámbito de protección del derecho a la intimidad se reduce; b) circunstancias de tiempo: todo individuo tiene derecho a que se respeten sus momentos privados, por ejemplo, a no estar sometido al escrutinio público en aquellos momentos en que desarrolla su vida privada; y c) circunstancias de lugar: serán objeto de protección todas aquellas actividades que se realizan en espacios que no ostentan el carácter de públicos o de uso común, mientras su titular los preserve como tales.

Alcance de los derechos a la honra, al buen nombre, a la intimidad y a la imagen de la persona fallecida

19. Desde sus primeros pronunciamientos esta Corporación ha señalado que la protección de los derechos a la honra, al buen nombre, a la intimidad y a la imagen puede ser invocada por los familiares de una persona fallecida. Sobre el particular ha destacado que el núcleo familiar resulta particularmente afectado con los juicios que se emitan públicamente en relación con la persona fallecida, así como con las exposiciones públicas que se hagan en

torno a su vida privada. Al respecto ha sostenido:

“Así pues, la familia de la persona directamente concernida goza de legitimidad para ejercer la acción de tutela en defensa de los enunciados derechos fundamentales. Desde luego, supuesto necesario de la prosperidad de la acción en tales casos es el de que las especies divulgadas no correspondan a la verdad, razón por la cual lesionan de manera infundada e injusta el patrimonio moral de la familia. (...)”

En ese orden de ideas, no se vulneran los aludidos derechos si las afirmaciones que se hagan están fundadas en sentencias judiciales o en hechos innegables respecto de los cuales no cabe ninguna duda. Pero, en cambio, sí se afectan y en grado sumo, cuando se propalan sin fundamento versiones o informaciones en virtud de las cuales se juega con la honra, la fama, el buen nombre o el honor de una persona. En cuanto al derecho a la intimidad, éste se ve afectado de todas maneras, así resulte verdadero lo que se difunde, cuando toca con la esfera íntima inalienable de una persona o de su familia, a menos que se cuente con la autorización de los involucrados” .

Bajo ese entendido, ha reconocido la legitimación de los familiares de una persona fallecida para reclamar la protección de estos derechos, en tanto el ordenamiento Superior “se funda en el reconocimiento de la dignidad humana y ha instituido a las autoridades para proteger, entre otros bienes, la honra y las creencias de todos los residentes en el territorio, de tal manera que las autoridades están obligadas a respetar la intimidad de las familias de las personas fallecidas”. Lo anterior, por cuanto la intimidad de la familia es inviolable, y en consecuencia, “los parientes más próximos pueden demandar de las autoridades sobre la intimidad de todos, y, en caso de que graves y comprobados motivos hagan imperativa su divulgación, objetividad y veracidad sobre las informaciones que publican”.

En el mismo sentido, ha mencionado que “en aras de proteger la dignidad, la honra, el buen nombre, la intimidad, la memoria y la imagen del fallecido, los familiares de la persona afectada, pueden interponer acciones de tutela para asegurar el respeto de tales derechos frente a las acciones de terceros”. En consecuencia, estos derechos protegen, además, al núcleo familiar del individuo ante la natural tendencia de las personas a salvaguardar su libertad y autonomía, lo que hace que el ámbito privado no solo se reduzca al individuo en sí, sino que se extienda a su familia.

Particularmente, sobre los derechos a la imagen y la intimidad, la Corte ha sostenido que la faceta fundamental del derecho a la imagen, en la medida en que está íntimamente relacionada con la dignidad humana “se extiende más allá de la muerte y, por ende, el juez de tutela tiene competencia para establecer [su] vulneración y tomar las medidas de protección correspondientes a pesar del fallecimiento del titular del derecho”. Así mismo, ha referido que la titularidad de derechos como la intimidad “no se extingue con el fallecimiento de su titular, sino que se extiende al núcleo familiar que lo rodeó durante su vida. Esto se debe a que se trata de derechos de una magnitud personal incuestionable, que tienen una relación intrínseca con el núcleo social más próximo al ciudadano” y que “cualquier vulneración a la intimidad causada por la información que perjudique la reputación o la privacidad de la persona, así haya muerto, se puede extender a su familia, quienes son los que tienen que soportar el peso moral y social de un reproche público contra su ser querido”.

20. Ahora bien, la importancia de este asunto trasciende a tal punto que resulta pertinente hacer mención, además, al derecho comparado. Para ello, se hará referencia particular al derecho español, por ser uno de los países con mayor desarrollo sobre los derechos a la honra, al buen nombre, a la imagen y a la intimidad de las personas fallecidas.

En España, la Ley Orgánica 1/1982 reguló el artículo 18 de la Constitución, en virtud del cual “[s]e garantiza el derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen”. El artículo 4º de esa ley faculta al titular del derecho para solicitar su protección cuando resulte conculcado, y a falta de este por haber fallecido, legitima a sus familiares cercanos. Lo anterior, en los siguientes términos:

“Artículo cuarto.

Uno. El ejercicio de las acciones de protección civil del honor, la intimidad o la imagen de una persona fallecida corresponde a quien ésta haya designado a tal efecto en su testamento. La designación puede recaer en una persona jurídica.

Dos. No existiendo designación o habiendo fallecido la persona designada, estarán legitimados para recabar la protección el cónyuge, los descendientes, ascendientes y hermanos de la persona afectada que viviesen al tiempo de su fallecimiento.

Tres. A falta de todos ellos, el ejercicio de las acciones de protección corresponderá al

Ministerio Fiscal, que podrá actuar de oficio a instancia de persona interesada, siempre que no hubieren transcurrido más de ochenta años desde el fallecimiento del afectado. El mismo plazo se observará cuando el ejercicio de las acciones mencionadas corresponda a una persona jurídica designada en testamento.

Cuatro. En los supuestos de intromisión ilegítima en los derechos de las víctimas de un delito a que se refiere el apartado ocho del artículo séptimo, estará legitimado para ejercer las acciones de protección el ofendido o perjudicado por el delito cometido, haya o no ejercido la acción penal o civil en el proceso penal precedente. También estará legitimado en todo caso el Ministerio Fiscal. En los supuestos de fallecimiento, se estará a lo dispuesto en los apartados anteriores". (Resaltado fuera de texto).

Por su parte, el artículo 7º establece las situaciones consideradas "intromisiones legítimas" a los derechos objeto de protección. El inciso 5 de esa disposición hace referencia a "[l]a captación, reproducción o publicación por fotografía, filme, o cualquier otro procedimiento, de la imagen de una persona en lugares o momentos de su vida privada o fuera de ellos, salvo los casos previstos en el artículo octavo, dos".

21. La doctrina española se ha referido a esta normatividad, así como las decisiones adoptadas por el Tribunal Constitucional sobre el particular.

Por un lado, ha explicado el concepto de "protección de la personalidad pretérita" o "protección de la personalidad extinguida" sobre lo cual ha señalado que la muerte no significa la extinción de todos los derechos, pues existen algunas garantías que ameritan su protección como una prolongación de la personalidad, lo que trae consigo proteger no solo los intereses de la familia, sino de la persona fallecida como ser individual. Al respecto, se destaca lo siguiente:

"[P]arte de la máxima moral o social del respeto debido a la memoria de la persona fallecida pero no es equiparable a la protección que el honor, la intimidad y la propia imagen de la persona merecen durante su vida, ni a la tutela frente al uso de sus datos de carácter personal en vida. La muerte no es por tanto, excusa o argumento para negar toda protección al respeto que nos ofrecen otros seres humanos, cuando sí se la hemos reconocido en vida. No sólo se trata de proteger los intereses de la familia de la persona fallecida, sino el interés de la propia persona, como ser humano, a la hora de impedir que su memoria o recuerdo

puedan ser vilipendiados tras su muerte. (...)

Por tanto, estos derechos sufren una transformación tras el fallecimiento de su titular y lo que pasa a manos de las personas enunciadas en el art 4 de la LO 1/1982 es únicamente una facultad defensiva, pero no un derecho subjetivo completo. Eso sí, la extinción de la personalidad provocada con la muerte no implica que la personalidad extinguida no pueda proyectarse para alcanzar cierta relevancia jurídica. (...)

Se habla aquí de la necesidad de tutelar la 'personalidad pretérita', y la regulación de dicha tutela se contiene en los arts. 4 a 6 de la LO 1/1982. Con ello se admite que, aunque la personalidad se extinga con el fallecimiento, la memoria del fallecido constituye una prolongación de la personalidad del difunto que debe ser tutelada por el Derecho. Por tanto, con la tutela post mortem específica de los derechos de la personalidad se busca proteger únicamente algunos atributos afectivos o espirituales del fallecido, de su memoria pretérita. Consecuentemente, no se trata de una transmisión mortis causa de los derechos de la personalidad del fallecido, sino únicamente una forma de defensa especial de algunos de sus atributos para el momento posterior a la muerte y en atención al buen nombre del difunto". (Resaltado fuera texto).

Bajo ese hilo argumentativo, la doctrina ha precisado sobre la legitimación de las personas para solicitar la protección de la "memoria pretérita" de la persona, que "no se puede entender ostentada globalmente por la familia del difunto, esto es, por el conjunto de individuos unidos por vínculos de parentesco, sino que pertenecerá únicamente a algunos sujetos allegados"; lo anterior, "sin perjuicio de la posibilidad de que la persona que deba defender la memoria del fallecido sea o no el sujeto cuyos derechos de la personalidad propios se han visto, a su vez, afectados".

Uno de los casos más emblemáticos traídos a colación por la doctrina española es el del torero Paquirri, el cual contiene importantes consideraciones sobre esta problemática.

La demanda fue interpuesta por la viuda del torero contra las empresas que "difundieron y comercializaron el video de las últimas imágenes y conversaciones de su difunto marido en la enfermería de la plaza de toros en la que se produjo la mortal cogida. Las cintas de vídeo litigiosas dedican la mayoría de su contenido a actuaciones y comentarios taurinos, así como a remembranzas del torero por parte de críticos y colaboradores, pero también contienen

imágenes de su boda y de su entierro, así como las escenas de la agonía del torero en la enfermería de la plaza”.

Los jueces de instancia estimaron parcialmente las pretensiones. Sin embargo, en sentencia del 28 de octubre de 1986, el Tribunal Supremo declaró “que no había existido atentado contra los derechos al honor y a la intimidad personal y familiar del torero fallecido [en tanto] la captación y reproducción de los momentos previos a la muerte del torero no atentaban contra el derecho a la propia imagen de este, pues constituían parte del espectáculo taurino, hecho público por excelencia” Por lo anterior, la esposa del torero presentó el recurso de amparo, argumentando que la demanda “no se basaba únicamente en los derechos de la personalidad del torero fallecido, sino también del derecho a la intimidad familiar cuyo titular no era solo el fallecido, sino también su familia, y en concreto la demandante y sus hijos, que merecen una tutela constitucional”.

En providencia del 2 de diciembre de 1988, el Tribunal Constitucional Español excluyó expresamente la aplicación del recurso de amparo para la defensa de la personalidad pretérita, pero sí accedió a la protección de la intimidad familiar de los demandantes. Dijo la providencia:

Pues bien, en esos términos, debe estimarse que, en principio, el derecho a la intimidad personal y familiar se extiende no solo a aspectos de la vida propia y personal, sino también a determinados aspectos de la vida de otras personas con las que se guarde una especial y estrecha vinculación, como es la familiar; aspectos que, por la relación o vínculo existente entre ellas, inciden en la propia esfera de la personalidad del individuo que los derechos del art. 18 CE protegen. Sin duda, será necesario, en cada caso, examinar de qué acontecimientos se trata, y cuál es el vínculo que une a las personas en cuestión; pero al menos, no cabe dudar que ciertos eventos que pueden ocurrir a padres; o cónyuges o hijos tienen, normalmente, y dentro de las pautas culturales dentro de nuestra sociedad, tal trascendencia para el individuo, que su indebida publicidad o difusión incide directamente en la propia esfera de su personalidad. Por lo que existe al respecto un derecho -propio, y no ajeno- a la intimidad, constitucionalmente protegible”. (Resaltado fuera texto).

22. En este punto cobra relevancia lo que la doctrina ha denominado “intromisiones ilegítimas”. Sobre el particular, ha sostenido que “no se tendrá por ilegítima la intromisión en

la que predomine un interés histórico, científico o cultural relevante, (art. 8.1.)” como serían “la captación de la imagen de una persona, su reproducción y su publicación por cualquier medio, cuando se trate de personas que ejerzan un cargo público o una profesión de notoriedad o proyección pública y la imagen se capte durante un acto público o un lugar abierto al público (...), así como, con independencia del carácter público de la persona, la captación de su imagen para información gráfica sobre un suceso o acaecimiento público, siempre que dicha imagen sea empleada de manera accesorio, y no principal (letra c del art. 8.2)”.

Por ejemplo, para valorar si una fotografía tiene carácter accesorio es posible acudir a elementos como el tamaño de la imagen, el plano desde el que se toma la foto “y el carácter provisional, fugaz o repentino de las fotografías”. Además, “se requiere que la utilización de ésta sea imprescindible o esencial para conseguir la finalidad comunicativa que se pretende, debiendo analizar si ésta es necesaria o no para los fines informativos”. También se puede acudir “a la totalidad del texto o documento en el que se contengan las concretas utilizaciones, siendo obligatorio tomar en consideración el objeto para el que fue hecha la publicación y la finalidad perseguida”. En todo caso, la doctrina ha aclarado que “la captación y la difusión de la imagen del sujeto solo será admisible cuando la propia -y previa- conducta de aquel o las circunstancias en que se encuentra inmerso, justifique el descenso de las barreras de reserva para que prevalezca el interés ajeno o el público que puedan colisionar con aquel”.

23. En definitiva, la titularidad de los derechos a la honra, al buen nombre, a la imagen y a la intimidad recae también sobre una persona fallecida, razón por la cual los familiares de esta pueden solicitar su protección. Con ello, se busca proteger la memoria y la dignidad de quien ha fallecido y de su núcleo más cercano, bienes jurídicos que se ven afectados por acciones de terceros que invaden la esfera privada, personal y familiar.

Responsabilidad social de los medios de comunicación. Reiteración de jurisprudencia

24. El artículo 20 de la Constitución consagra, entre otras garantías, la de fundar medios masivos de comunicación, los cuales son libres y tienen responsabilidad social.

25. Esta Corporación ha puesto de presente que, con la aparición de los medios de comunicación, la internet y sus redes sociales, los periódicos digitales, las revistas virtuales,

entre otros, surgió para la libertad de expresión una nueva dimensión. Lo anterior significa que la responsabilidad de los medios se ha incrementado en forma exponencial, pues aquella que se reclamaba durante los siglos XIX y XX no es la misma que se les exige en la actualidad por cuanto “en las sociedades contemporáneas una información sesgada, parcializada o carente de veracidad proveniente de medios masivos, puede generar conflictos sociales, económicos, militares o políticos inconmensurables [situaciones que] sólo pueden ser evitadas o al menos mitigadas en sus efectos a partir de la autorregulación de los medios y del sometimiento de éstos a reglas jurídicas democráticamente elaboradas”.

Precisamente, por el poder social que detentan debido a su influencia en las actitudes y conductas de la comunidad, “la difusión masiva de informaciones puede llevar aparejados riesgos implícitos importantes que pueden significar a su vez, la tensión con otros derechos fundamentales protegidos, que el constitucionalismo moderno exige armonizar”. Por ese motivo, la jurisprudencia constitucional ha sido pacífica al señalar que la libertad de información tiene como límite, entre otros, la responsabilidad social de los medios de comunicación de conformidad con lo señalado en el referido artículo 20, de manera que su actuar se ajuste a los principios de veracidad e imparcialidad, y que la información por ellos publicada no atente contra los derechos humanos, el orden público y el interés general. Al respecto, ha sostenido:

“De ahí que el artículo 20 constitucional consagre el principio de la responsabilidad social de los medios de comunicación, de manera que el periodista no es ajeno a las responsabilidades de orden civil y penal a que está sujeto y se le pueden exigir cuando incurra en afirmaciones inexactas, calumniosas o injuriosas. Por consiguiente, los medios de comunicación gozan de libertad y autonomía para expresar y comunicar en forma veraz e imparcial la información, pero deben hacerlo de manera responsable, de forma que no vulneren o amenacen los derechos fundamentales de las personas, dentro del marco del Estado social de derecho. Dicha responsabilidad consiste en asumir el compromiso social de divulgar las informaciones para el bien de la colectividad, de manera que no se atente contra los derechos de los asociados, el orden público y el interés general.

Según la jurisprudencia vigente de esta Corporación, la responsabilidad de los medios surge desde el momento mismo en que se inicia el proceso de obtención, preparación, producción y emisión de la información, durante el cual los principios de la imparcialidad y la veracidad

deben prevalecer, en orden a garantizar los derechos fundamentales de las personas, sin que por ello se desconozca el derecho de aquellos a informar libremente, pero siempre dentro de los límites del bien común, del orden justo y del respeto a la dignidad y a los demás derechos de las personas”. (Resaltado fuera del texto original).

Entonces, el derecho a la información debe ser respetado y garantizado por el Estado, siempre y cuando no afecte valores sustanciales, como los derechos al buen nombre, a la honra o a la intimidad. Sobre este punto la Corte ha sostenido que a los medios “se impone fundamentar y contrastar la información antes de entregarla al público; no confundir la información con la opinión; rectificar, si es del caso, informaciones falsas o imprecisas; valerse de métodos dignos para obtener información; no aceptar gratificaciones de terceros, ni utilizar en beneficio propio informaciones; sólo así contribuirán al fortalecimiento de la democracia y por ende, a la realización del paradigma propio del Estado social de derecho”. De igual modo, ha manifestado:

“Pero, a objeto de hacer completo el derecho del conglomerado a la comunicación, es necesario reconocer en él, como elemento insustituible que contribuye inclusive a preservarlo, el de la responsabilidad social que el inciso 2º del artículo 20 de la Constitución colombiana señala en cabeza de los medios masivos, los cuales, no por el hecho de hallarse rodeados de las garantías que para el desarrollo de su papel ha consagrado el Constituyente, pueden erigirse en entes omnímodos, del todo sustraídos al ordenamiento positivo y a la deducción de consecuencias jurídicas por los perjuicios que puedan ocasionar a la sociedad, al orden público o a las personas individual o colectivamente consideradas, por causa o con ocasión de sus actividades”.

26. La doctrina también contiene importantes consideraciones sobre la responsabilidad social de los medios de comunicación. Como primera aproximación, se ha señalado que “la visión moderna pone la libertad [de prensa] al servicio de valores ético-sociales, en función de los cuales su reconocimiento tiene sentido. Se garantiza la libertad, pero, en su ejercicio, la prensa asume una responsabilidad con la sociedad que le exige la preservación de ciertos valores”. Así mismo, ha reconocido la existencia del uso abusivo de la libertad de información, indicando que ocurre cuando, en el ejercicio de ese derecho, se exceden los fines por los cuales ha sido reconocido. En otras palabras, el abuso “no se predica de la veracidad o falsedad de la noticia o información, sino de haber traspasado el límite externo

de la libertad atendiendo a los fines que, en una sociedad democrática, han conducido a reconocerla y garantizarla". Esto sucede, por ejemplo, cuando se invade el ámbito de intimidad de las personas.

Al respecto, se ha sostenido que la noción de abuso "se hace evidente en los casos en que la libertad de informar se pretende ejercer invadiendo el ámbito de los derechos de la intimidad de las personas individuales. Se trata de la esfera propia y personal, en la cual toda persona tiene derecho a impedir intrusiones y donde, consecuentemente, cesa el derecho de los terceros"; así mismo, se ha destacado que "lo típico de las intrusiones a la intimidad es la injerencia en la vida privada, en los ámbitos personales y familiares que están sustraídos del conocimiento público. La intrusión o injerencia, en este caso, escudriña o espía hechos, situaciones, costumbres, etc., (...) que muestra per se un abuso en el ejercicio de la libertad de prensa".

Una forma de abuso en el ejercicio del derecho a la libertad de información, es la intromisión en la vida privada, entendida esta como el conjunto de "fenómenos, comportamientos, datos y situaciones de una persona, que normalmente están sustraídos al conocimiento de extraños y cuyo conocimiento por estos puede turbarla moralmente por afectar su pudor o recato, a menos que esa misma persona asienta a ese conocimiento". La doctrina ha puesto de presente que no solo los hechos que ocurren, por ejemplo, dentro del hogar, pertenecen a la vida privada; existen casos en que una persona ejecuta un hecho de aquellos que corresponde tener por privados, en un lugar público o abierto circunstancia en la cual "parece razonable protegerla [la vida privada] respecto de los que subrepticamente, o usando de medios que impiden al interesado precaverse de la indiscreción, buscan inmiscuirse en aspectos reservados de su vida privada". Sobre el particular resulta pertinente anotar lo siguiente:

"Jamás podría entenderse que sea el simple arbitrio de cada cual el que pueda colocar marco a su vida privada. Como se ha visto, lo concerniente a la vida privada actúa en permanente contrapunto con las exigencias de la vida social, por lo que el interés colectivo necesita un criterio objetivo que contribuya a una delimitación entre lo que puede y no puede ser conocido por los demás. (...)

Es incuestionable que la protección de la vida privada se basa en el propósito de asegurar la

integridad de la dignidad humana, por medio del amparo de una de las variadas manifestaciones de la personalidad. El ser humano ha de ser protegido de la molestia, pesadumbre o desazón que al común de los hombres les ocasiona el que otros no respeten su intimidad o busquen inmiscuirse indebidamente en ella, en cuanto de ese modo tomen conocimiento de hechos que él desea mantener ocultos a otros, en razón de que estima que tal conocimiento vulnera su sentido del decoro, del pudor natural o de su propia dignidad”.

27. Ahora bien, lo anterior tiene una relación directa con la autorregulación de los periodistas y medios de comunicación. Algunos doctrinantes han sostenido que por la influencia y posición que tienen los medios de comunicación en la sociedad, así como por los riesgos derivados de una práctica inadecuada de la profesión “resulta crucial que [su actuación] se ajuste a unos criterios éticos fundamentales: los de la ética comunicativa”, que tiene como objeto “establecer las pautas de una actuación correcta de los medios y de quienes los hacen”.

Una de las funciones de los medios de comunicación es respetar y promover el bien general, lo cual significa que deben propender por “evitar la producción de daños y la violación de derechos o bienes fundamentales de las personas y la sociedad”; esto se garantiza “a través del respeto de las leyes y los derechos de las personas, así como a través de la precaución y el cuidado de su labor” y por lo tanto, afianza la premisa según la cual “debido a su gran proyección e influencia social tienen un especial deber de responsabilidad y cuidado en este aspecto de su labor”.

A partir de lo anterior, se ha indicado que “aun siendo incuestionable y crucial la salvaguardia y regulación jurídica de ciertos aspectos de la comunicación, en el ámbito de la comunicación social la regulación jurídica debe tender en principio a ser mínima [en tanto] podría colisionar con la libertad y el margen de acción [inherentes a las libertades de expresión y opinión]”. Por lo tanto, se ha puesto de presente que “el carácter crucial de las funciones que cumplen los medios unido a las limitaciones del derecho para regular su actuación hacen que la ética comunicativa adquiera una relevancia sin parangón en otros ámbitos”, estableciendo con ello una fórmula normativa propia de la comunicación social, a saber: “el mínimo del derecho unido al máximo de la ética de la comunicación”.

Ha sostenido la doctrina que el profesional de la comunicación no debe limitarse a sus

habilidades y conocimientos técnicos, sino que “ha de contar con criterios éticos y una conciencia moral pronta a hacerlos valer”, aplicando principios, normas y deberes éticos dependiendo de cada caso, o en otras palabras “requiere no solo conocer las normas sino también evaluar cuidadosamente las circunstancias específicas de cada caso: valor informativo, hechos relevantes, características de los implicados o los afectados, consecuencias previsibles, etc.”. Al respecto, se dijo lo siguiente:

“Conviene recalcar aquí un aspecto propio de la comunicación: la enorme variabilidad de las circunstancias de cada caso, que hacen que estos sean prácticamente únicos, lo que dificulta la aplicación de protocolos o modelos pautados de acción o de juicio, a diferencia de otras éticas profesionales en las que es más factible, cada fotografía, cada titular, cada suceso, cada noticia es única y plantea sus propios retos morales, que el profesional debe apreciar y saber valorar. (...)

No cabe entender la información y la comunicación social sin ética. Frente a la cultura del todo vale, los profesionales y los medios deben respetar los valores y normas éticos derivados de la función social que cumplen, los métodos correctos que pueden emplear y la responsabilidad sobre las consecuencias de su actividad”.

De ahí la importancia de la autorregulación o autocontrol de los periodistas y medios de comunicación, entendida como “aquella decisión personal y libre del informador que basándose en su conciencia e inspirándose en los principios deontológicos de la información, plasmados o no en un texto, le obliga a actuar éticamente y le permite llevar a cabo su actividad informativa, estando sujeto a las decisiones éticas que su comportamiento merezcan a las instituciones de índole deontológico, existentes en el ámbito de su profesión”. En todo caso, lo anterior no debe confundirse con algún tipo de censura, pues la autorregulación es una decisión interna del informador; nadie externo a este se la puede imponer pues es fruto de su libre decisión; es una salvaguardia para el recto uso de la información; y se mueve en el ámbito de la responsabilidad ética; mientras que la censura solo se concibe en un régimen de falta de libertad.

28. Así pues, la protección constitucional de la libertad de prensa no es indiferente a los excesos que su ejercicio pueda acarrear, de ahí que el constituyente de 1991 haya expresado que los medios de comunicación “tienen responsabilidad social”. Esta

responsabilidad implica que en el ejercicio del derecho a la libertad de información, los periodistas y medios de comunicación deben respetar los derechos de terceros, entre ellos, la dignidad humana y la intimidad personal y familiar. Una intromisión indebida que atente contra estas u otras garantías fundamentales, puede constituirse en un abuso del derecho a informar, razón por la cual juega un papel importante la autorregulación y el cuidado en el ejercicio de obtención de la información.

29. De conformidad con lo dispuesto en el artículo 86 de la Constitución, por regla general la acción de tutela procede contra los actos y omisiones de cualquier autoridad pública. Esa misma disposición establece de manera excepcional la posibilidad de interponer este mecanismo contra los particulares en los siguientes casos: i) cuando tengan a cargo la prestación de un servicio público; ii) cuando su conducta afecte grave y directamente el interés colectivo; y iii) respecto de quienes el solicitante se halle en estado de subordinación o indefensión.

El numeral 7° del artículo 42 del Decreto 2591 de 1991 establece que la acción de tutela procederá contra acciones u omisiones de particulares, entre otros eventos, cuando se solicite la rectificación de informaciones inexactas o erróneas, caso en el cual se deberá anexar la transcripción de la información o la copia de la publicación y de la rectificación solicitada que no fue publicada en condiciones que aseguren la eficacia de la misma. Esta posibilidad tiene fundamento en el artículo 20 de la Carta, en virtud del cual se garantiza el derecho a la rectificación en condiciones de equidad.

30. La rectificación ha sido definida como la garantía de que la información trasgresora sea corregida o aclarada. Esta Corporación ha señalado que el carácter excepcional del mencionado artículo 42 hace que su interpretación deba ser estricta de manera que “si lo que busca el petitionario es que un medio de comunicación rectifique información inexacta o errónea suministrada al público, está obligado a solicitarla previamente al medio y únicamente en el evento de no ser publicada por éste en condiciones de equidad (artículo 20 de la Carta), podrá acudir al juez en demanda de tutela”. En la sentencia T-022 de 2017, la Corte señaló las características de este derecho:

“(i) [C]onstituye un mecanismo menos intimidatorio que la sanción penal y más cercano en el tiempo a la concreción del daño; (ii) garantiza la protección de los derechos a la honra y al

buen nombre, pero preserva, de manera simultánea, los derechos a la libertad de expresión y de información; (iii) no presupone para su ejercicio que se declare, previamente, la existencia de responsabilidad civil o penal del comunicador o que se establezca la intención de dañar o la negligencia al momento de transmitir la información no veraz o parcial; (iv) basta con que la persona afectada logre demostrar que la información que se exteriorizó es falsa; o ha sido objeto de tergiversación; o carece de fundamento, para que exista el deber correlativo de rectificarla; (v) ofrece una reparación distinta a la que se deriva a partir de la declaratoria de responsabilidad civil o penal, pues una rectificación oportuna ‘impide que los efectos difamatorios se prolonguen en el tiempo como acontecimientos reales’; (vi) no persigue imponer una sanción o definir una indemnización en cabeza del agresor por cuanto su objetivo consiste en restablecer el buen nombre y la reputación de quien ha sido afectado con el mensaje emitido al ofrecer –con igual despliegue e importancia que el mensaje que produjo la lesión– un espacio destinado a facilitar que el público conozca la realidad de los hechos que fueron emitidos de manera errónea, tergiversada o carente de imparcialidad. (...); (vii) no excluye la posibilidad de obtener reparación patrimonial –penal y moral–, mediante el uso de otros medios de defensa previstos en el ordenamiento jurídico”.

31. Ahora bien, aun cuando la solicitud de rectificación de la información publicada por medios de comunicación es un requisito para la procedencia de la acción de tutela, en ciertos eventos no es posible solicitar el cumplimiento de dicha exigencia, pues la naturaleza de la afectación no admite una rectificación, como sucede en los casos en que la publicación cuestionada vulnera los derechos a la intimidad personal y familiar, y a la imagen. Desde sus primeros pronunciamientos esta Corporación ha fijado el alcance de la solicitud de rectificación en ese contexto.

32. En la sentencia T-512 de 1992, estudió la acción de tutela interpuesta por un ciudadano contra los diarios El Tiempo y El Espectador, y los noticieros radiales RCN y Caracol, ante la publicación de “informaciones temerarias que hacían alusión a conductas criminales” imputadas al accionante. En primera instancia, el juzgado concedió el amparo invocado; pero la decisión fue revocada porque el actor no presentó la solicitud de rectificación. La Corte confirmó la decisión de segunda instancia luego de constatar que no se acreditó dicho requisito; sin embargo, en esa providencia expuso importantes consideraciones sobre esta problemática.

Mencionó que la actividad informativa de un medio de comunicación puede afectar no solo derechos como la honra y el buen nombre, sino también la intimidad personal o familiar, caso en el cual “ya no se trata de informaciones falsas o inexactas, susceptibles de rectificación, sino de publicaciones de muy diverso género (caricaturas, fotografías, imágenes transmitidas por televisión, comentarios radiales, informes periodísticos ‘confidenciales’ ampliamente difundidos, etc.), cuyo contenido lesiona el núcleo de vida privada al que tiene derecho toda persona, aunque se trate de un personaje público”. Destacó que los medios de comunicación “no pueden invocar el derecho a la información para invadir la esfera inalienable de las situaciones y circunstancias que son del exclusivo interés de la persona y de sus allegados, pues ese reducto íntimo hace parte de la necesaria privacidad a la que todo individuo y toda unidad familiar tienen derecho”. Sobre el particular, se pronunció en los siguientes términos:

“Así, no es aceptable que un medio de comunicación, sin el consentimiento de la persona, dé a la publicidad informaciones sobre hechos pertenecientes al ámbito estrictamente particular, como son los casos de discrepancias o altercados entre esposos, o entre padres e hijos sobre asuntos familiares; padecimientos de salud que la familia no desea que se conozcan públicamente; problemas sentimentales o circunstancias precarias en el terreno económico, pues todo ello importa únicamente a los directamente involucrados y, por ende, ninguna razón existe para que sean del dominio público, a no ser que en realidad, consideradas las repercusiones de la situación concreta, esté de por medio un interés de la comunidad, el cual tendría que ser debidamente probado y cierto para dar paso a la información.

Desde luego, tratándose del derecho a la intimidad, en principio no puede hablarse de rectificación pues la lesión se produce aunque los hechos sean exactos, salvo que, además de invadirse la esfera íntima de la persona o la familia, se están transmitiendo o publicando datos que riñan con la verdad. Allí habría doble quebranto de la preceptiva constitucional y las consiguientes responsabilidades civiles y penales, en su caso, además de la obligación de rectificar en condiciones de equidad (artículo 20 C.N.).” (Resaltado fuera de texto).

En consecuencia, determinó que cuando se trata de informaciones falsas o erróneas que afectan la honra o el buen nombre de una persona, procede la acción de tutela como mecanismo inmediato siendo indispensable agotar previamente el mecanismo de rectificación en condiciones de equidad, pero esa exigencia “es válida para aquellas

informaciones que son susceptibles de rectificar, puesto que sería un trámite inútil e innecesario el de pedir rectificación cuando, por su propia naturaleza, el material publicado no la admite”.

33. Más adelante, mediante la sentencia T-036 de 2002 revisó la acción de tutela interpuesta por una mujer quien afirmó que dos sujetos se acercaron a su hogar haciéndose pasar por funcionarios de la Fiscalía, razón por la cual suministró información sobre la vida y las circunstancias que rodearon la muerte de su hijo que se había quitado la vida; no obstante, días después el diario El Espacio publicó un artículo en donde se divulgaba la información que ella y su familia habían proporcionado. Los jueces de instancia negaron amparo argumentando que se trataba de un hecho consumado imposible de retrotraer.

Según esta Corporación, cuando un tercero pone en conocimiento público lo que compete solo al resorte íntimo de una persona o de su familia, se configura una lesión que no puede ser subsanada a través de la rectificación, ya que el daño en este caso no es posible de retrotraerse, pues ya se divulgó aquello que debía mantenerse en privado. Manifestó que “[p]or la forma en que ocurren las vulneraciones del derecho a la intimidad, no es necesaria la solicitud previa de rectificación como requisito de procedencia de la acción de tutela, puesto que, como se señaló, la vulneración se configura aunque las informaciones sean exactas. Por lo tanto, la solicitud de rectificación previa no puede exigirse como requisito formal para la procedencia de la acción de tutela”. Así, sostuvo que el juez de tutela debe analizar en cada caso si lo que se reprocha es únicamente que la información publicada sea inexacta o errónea caso en el cual el derecho vulnerado es susceptible de restablecerse mediante rectificación, o si, por el contrario, también se ha vulnerado la intimidad personal o familiar, evento en el cual es procedente de manera directa la acción de tutela.

Con fundamento en lo anterior y luego de encontrar acreditada la conducta arbitraria de los periodistas para publicar información y fotografías de la vida íntima de la familia de la accionante, revocó las decisiones de instancia, concedió el amparo del derecho a la intimidad personal y familiar y condenó en abstracto al periódico El Espacio.

34. Posteriormente, profirió la sentencia T-439 de 2009 correspondiente a la acción de tutela interpuesta por una ciudadana que en 1996 concedió una entrevista a un periodista para que esta fuera divulgada en medios televisivos y solicitó que, con el fin de proteger su intimidad,

le distorsionara su voz y rostro, petición que fue atendida por el entrevistador. Sin embargo, 12 años después, la entrevista fue incluida en un documental publicado por Caracol Televisión S.A., en el cual no se distorsionó ni su imagen ni su voz. Según expuso la accionante, debió desplazarse del municipio donde residía con ocasión al rechazo social, y tuvo problemas familiares, ya que su esposo y sus hijos no conocían la situación narrada en la entrevista. Los jueces de instancia negaron el amparo porque la accionante no presentó la solicitud de rectificación ante el medio de comunicación como requisito de procedencia de la acción de tutela.

En esa decisión, la Corte reiteró que existen eventos en los cuales no es necesario hacer la solicitud previa de rectificación para que la tutela sea procedente, esto es, cuando no se trata de rectificar la información considerada en sí misma, sino de pedir la protección judicial para que no continúe la lesión a derechos fundamentales que se ha producido por la manera como la información, aun siendo verdadera, ha sido presentada.

Al respecto, indicó que: “puede haber rectificación si el medio asume que tergiversó los hechos, pero la solicitud de la misma no siempre puede erigirse en requisito indispensable para que proceda la tutela, pues ya hay un daño causado susceptible de seguir produciéndose si la actividad del medio no es detenida por la orden judicial y por lo tanto es posible acudir a la tutela para que se ordene al medio cesar la vulneración, corregir hacia el futuro sus actuaciones y si es del caso, ordenar las indemnizaciones a que haya lugar”. Concluyó que la inclusión, de paso innecesaria, de la imagen y la voz de la accionante en la difusión del documento periodístico, vulneró el derecho a la imagen y a la intimidad de la actora y de sus hijos menores de edad.

35. Ese mismo año, a través de la sentencia T-496 de 2009, esta Corporación estudió la acción de tutela instaurada por una señora al considerar que el Diario del Huila y La Nación vulneraron sus derechos y los de su nieta a la honra, el buen nombre y a la intimidad, por publicar sucesos de la vida privada de su familia relacionados con un abuso sexual contra la menor. En decisión de única instancia se negó el amparo invocado por no acreditar el requisito de rectificación.

En esa oportunidad, la Corte indicó que “cuando se trate de pedir la protección judicial para que no continúe la lesión de derechos fundamentales que se ha producido por la publicación

de hechos ciertos, pero que divulgan elementos propios de la vida íntima de las personas, no puede establecerse como indispensable para que proceda la tutela, al no haber nada que rectificar”. Encontró que las publicaciones se hicieron sin autorización, vulnerando los derechos a la intimidad familiar y personal de la menor, razón por la cual concedió el amparo invocado y condenó en abstracto a los medios de comunicación.

36. Después, en la sentencia T-904 de 2013 la Corte conoció el caso de una persona que es figura pública, quien solicitó la protección de los derechos a la intimidad, a la propia imagen, al buen nombre y a la recreación de sus hijos menores de edad, en razón de la publicación de unas imágenes y de datos que facilitaban la identificación de estos, poniendo en riesgo su seguridad e integridad física. En aquella oportunidad, reiteró que la solicitud de rectificación de la información como condición de procedibilidad “sólo es exigible cuando el afectado cuestione la exactitud o veracidad de la información publicada por el medio, más no cuando el motivo de reproche consiste en la divulgación de información que, aun siendo verdadera, pertenece al ámbito protegido por el derecho a la intimidad”.

37. Poco después, mediante la sentencia T-453 de 2013 conoció la tutela interpuesta por una persona a nombre propio y en representación de su hijo menor de edad por la publicación en un medio de comunicación de información relacionada con un abuso sexual. En decisión de única instancia el juzgado que conoció el asunto concedió el amparo invocado al considerar que si bien no se reveló el nombre del niño, sí suministraron datos que permitirían su identificación.

Esta Corporación recordó que toda persona que resulte indebidamente afectada con una información, puede solicitar rectificación si considera que hay falsedad, inexactitud, parcialidad o manipulación de la información, hallándose el medio obligado a rectificar y/o brindar un espacio para que el afectado exprese o demuestre lo contrario, procurando garantizar de manera efectiva y oportuna la reivindicación de quien ha sido quebrantado; sin embargo, “cuando se trate de pedir la protección judicial para que no continúe la lesión de derechos fundamentales que se ha producido por la publicación de hechos reales, pero que divulgan elementos propios de la vida íntima de las personas, no estaría de por medio una rectificación”.

38. Recientemente, en la sentencia T-200 de 2018, la Corte estudió dos casos acumulados.

En uno de ellos, se solicitó la protección de los derechos a la intimidad, a la honra, al buen nombre y a la integridad moral por la publicación del periódico QHubo sobre información que permitía identificar a una menor de edad en un caso de presunto abuso sexual.

Reiteró que la jurisprudencia constitucional ha dispuesto que no es necesario realizar la solicitud previa de rectificación para que la tutela sea procedente cuando la información publicada es veraz, pero expone elementos propios de la vida íntima de las personas, afectando el derecho a la intimidad, por ejemplo cuando: “(i) reveló detalles íntimos de la familia del menor de edad que había sido víctima de una agresión sexual; (ii) divulgó elementos que permitieron la identificación de unos niños en un proceso policivo; y (iii) publicó datos de una investigación penal seguida en contra de un ex funcionario público, por abuso sexual en contra de un menor de edad, facilitando la identificación de la víctima”.

39. En consecuencia, toda persona tiene la posibilidad de solicitar la rectificación de informaciones inexactas o erróneas que atenten contra sus derechos, para lo cual deberá presentar la solicitud correspondiente ante el medio de comunicación o el particular que hizo la publicación, esto, como requisito previo para acudir a la acción de tutela en caso de no se acceda a esa rectificación o la misma no se efectúe en condiciones de equidad. Sin embargo, existen eventos en que la información no es susceptible de rectificación, como sucede con aquel contenido que lesiona el núcleo de la vida privada y que es difundido sin consentimiento de su titular; en tales casos, la lesión generada a la persona o a su familia no puede ser subsanada a través de la rectificación, razón por la cual la acción de tutela procede sin que aquella sea exigible.

El fenómeno de la carencia actual de objeto. Reiteración de jurisprudencia

Por lo tanto, se ha sostenido que, “ante la alteración o el desaparecimiento de las circunstancias que dieron origen a la vulneración de los derechos fundamentales objeto de estudio, la solicitud de amparo pierde su eficacia y sustento, así como su razón de ser como mecanismo extraordinario y expedito de protección judicial” pues, al desaparecer el objeto jurídico sobre el que recaería la eventual decisión del juez constitucional, cualquier determinación que se pueda tomar para salvaguardar las garantías que se encontraban en peligro, se tornaría inocua y contradiría el objetivo que fue especialmente previsto para esta acción. En otras palabras, la materia del amparo constitucional, “se extingue en el momento

en el cual la vulneración o amenaza cesa porque ha tenido lugar un evento que conlleva a la conjuración del daño, la satisfacción del derecho o la inocuidad de las pretensiones”.

Bajo ese entendido, la doctrina constitucional ha desarrollado el concepto de la “carencia actual de objeto” para identificar este tipo de eventos y, así, denotar la imposibilidad material en la que se encuentra el juez de la causa para dictar alguna orden que permita salvaguardar los intereses jurídicos cuya garantía le ha sido encomendada. Sobre el particular, se tiene que “éste se constituye en el género que comprende el fenómeno previamente descrito, y que puede materializarse a través de las siguientes figuras: (i) hecho superado, (ii) daño consumado o (iii) de aquella que se ha empezado a desarrollar por la jurisprudencia denominada como el acaecimiento de una situación sobreviniente”.

El hecho superado, se encuentra regulado en el artículo 26 del Decreto 2591 de 1991, comprende el supuesto de hecho en el que, entre el momento en que se interpone la demanda de amparo y el fallo, se evidencia que, como producto del obrar de la entidad accionada, se eliminó la vulneración a los derechos fundamentales del actor, esto es, “tuvo lugar la conducta solicitada (ya sea por acción o abstención) y, por tanto, (i) se superó la afectación y (ii) resulta inocua cualquier intervención que pueda realizar el juez de tutela para lograr la protección de unos derechos que, en la actualidad, la accionada ha dejado de desconocer”.

La segunda de las figuras referenciadas consiste en que, “a partir de la vulneración que venía ejecutándose, se ha consumado el daño o afectación que con la acción de tutela se pretendía evitar, de forma que ante la imposibilidad de hacer cesar la vulneración o impedir que se concrete el peligro, no es factible que el juez de tutela dé, en principio, una orden al respecto”.

Finalmente, la jurisprudencia constitucional ha empezado a diferenciar una tercera modalidad de eventos en los que la protección pretendida del juez de tutela termina por carecer por completo de objeto y es en aquellos casos en que “como producto del acaecimiento de una situación sobreviniente que no tiene origen en el obrar de la entidad accionada la vulneración predicada ya no tiene lugar, ya sea porque el actor mismo asumió la carga que no le correspondía, o porque a raíz de dicha situación, perdió interés en el resultado de la Litis”.

41. Con todo, ante la alteración o desaparición de las circunstancias que dieron origen a la vulneración de los derechos fundamentales, la solicitud de amparo pierde sustento y razón de ser como instrumento de protección judicial. La carencia actual de objeto se puede presentar, entre otros eventos, ante la existencia de un daño consumado, es decir, que la falta de garantía del derecho se ocasiona el daño que se pretendía evitar con la orden del juez de tutela. Sin embargo, ello no es óbice para que el juez constitucional se pronuncie sobre la vulneración de los derechos y el alcance de los mismos, y emita las órdenes o sanciones correspondientes; es decir, aunque no sea posible amparar la protección invocada, el juez debe propender por evitar que estas situaciones se presenten nuevamente.

Caso concreto

Breve presentación del asunto

42. La señora Gisell Andrea Jiménez Fonseca instauró acción de tutela, en nombre propio y como agente oficiosa de su madre y de dos hermanos contra el periódico Extra Boyacá, por estimar vulnerados sus derechos fundamentales a la intimidad personal y familiar ante la publicación de información detallada sobre las circunstancias del homicidio de su padre y la divulgación de una fotografía de aquel mientras yacía en el féretro, esto, pese a conocer la renuencia de la familia a que se transmitiera cualquier información sobre su ser querido.

43. El juzgado que conoció el asunto negó el amparo invocado luego de considerar que “la inquietud de la familia JIMÉNEZ FONSECA, radica en el hecho de haberse publicado la noticia sin el consentimiento de sus familiares, pero a excepción de la información relacionada con el restaurante no refiere que los hechos no hayan sucedido o que lo allí informado carezca de veracidad o que la noticia se haya presentado con un lenguaje o una exposición que conduzca a la confusión o al error”. El fallador también señaló que los actores no acudieron ante el medio de comunicación de manera previa para solicitar la rectificación de la información que consideraron como errada. Además, “conforme al desarrollo de los hechos y la petición, discierne que nos encontramos frente a un hecho consumado (sic), circunstancia que hace impróspera la orden de protección”.

Sobre la solicitud de reparación económica concluyó que era improcedente, pues “la acción de tutela no tasa perjuicios ni físicos ni morales [además] a estas alturas ya no se precisa procedente la intervención del juez constitucional [porque] por un lado se estaría

revictimizando a los accionantes y demás allegados del extinto Jairo Hugo Jiménez Jiménez y de contera también a los familiares y amigos del también occiso Jhon Wilson Acuña Morales, quien también perdió la vida en los mismos hechos, y por otro porque cualquier orden caería en el vacío, por cuanto la foto la fue publicada”. Al respecto, afirmó que el daño consumado impedía hacer cesar la violación y por ello solo era procedente el resarcimiento del mismo.

Cuestión previa

44. Luego de constatar que las providencias mediante las cuales el Juzgado 1° Laboral del Circuito de Tunja avocó el conocimiento del asunto y profirió sentencia de primera instancia, no fueron debidamente notificadas a la parte accionante, el despacho del magistrado sustanciador, mediante Auto del 27 de agosto de 2018, dispuso notificar a Gisell Andrea Jiménez Fonseca, Bertha Fonseca Arias, Jairo Steven Jiménez Fonseca y César Augusto Jiménez Fonseca sobre el trámite surtido por el Juzgado 1° Laboral del Circuito de Tunja, para que se pronunciaran sobre el particular. Así mismo, les advirtió que si así lo deseaban, podían solicitar la nulidad de lo actuado ante la indebida notificación y que, una vez vencido en silencio dicho plazo, la Corte continuaría con el estudio de este asunto y daría por subsanada toda causal de nulidad derivada de este acto procesal.

*

45. Una vez transcurrido el término de otorgado en el Auto del 27 de agosto de 2018 y constatada la efectiva notificación de dicho proveído, la parte accionante guardó silencio. Por lo anterior, esta Corporación entiende subsanada toda causal de nulidad y continúa con el estudio del asunto.

Análisis de los requisitos de procedencia de la acción de tutela

46. Antes de abordar el fondo del caso objeto de estudio, la Sala analizará el cumplimiento de los presupuestos de procedibilidad de la acción de tutela. Para ello, de forma concreta se establecerá si se cumplen las siguientes exigencias: i) legitimación por activa y pasiva; ii) inmediatez; y iii) subsidiariedad.

(i) Legitimación por activa y por pasiva

47. De conformidad con lo establecido en el artículo 86 de la Constitución, toda persona

podrá interponer la acción de tutela por sí misma o por quien actúe a su nombre para reclamar la protección inmediata de sus derechos fundamentales. La legitimidad para acudir a este mecanismo está prevista en el artículo 10 del Decreto 2591 de 1991, en virtud del cual puede ser instaurada i) directamente por el afectado; ii) a través de su representante legal; iii) por medio de apoderado judicial; o iv) por medio de un agente oficioso.

La Corte ha establecido ciertos elementos necesarios para que opere la figura de la agencia oficiosa, así: “(i) que el agente oficioso manifieste que actúa como tal; (ii) del escrito de tutela se infiera que el titular del derecho está imposibilitado para ejercer dicha acción, ya sea por circunstancia físicas o mentales; (iii) el titular del derecho debe ratificar lo actuado dentro del proceso y (iv) la informalidad de la agencia, es decir, no requiere que exista relación formal entre el agente y el agenciado. ‘Esta figura se encuentra limitada por la prueba del estado de vulnerabilidad del agenciado. Esto garantiza la autonomía de la voluntad de la persona que tiene la capacidad legal para ejercicio sus derechos fundamentales por sí misma’”. Particularmente, ha señalado que la ratificación por el titular se presenta cuando este realiza verdaderos actos inequívocos de estar de acuerdo con la acción y esa actitud sustituye al agente oficioso.

En el presente asunto, la señora Gisell Andrea Jiménez Fonseca interpuso la acción de tutela en nombre propio, de su madre Bertha Fonseca Arias, y de sus hermanos Jairo Steven Jiménez Fonseca y César Augusto Jiménez Fonseca. Mediante Auto del 13 de junio de 2018 el despacho del magistrado sustanciador le ordenó a la accionante explicar los motivos que justificaran la interposición del amparo constitucional como agente oficiosa de sus familiares y que le permitieran a la Corte identificar que los agenciados no se encontraban en condiciones físicas o mentales de promover su propia defensa.

En respuesta a lo anterior, la señora Gisell Andrea Jiménez Fonseca indicó que “toda vez que para la fecha de presentación de la misma, por las circunstancias de luto y de profundo dolor no fue posible la firma por parte de ellos”; sin embargo, adjuntó un documento de confirmación firmado por sus familiares con el fin de ratificar la calidad de accionantes, en el cual Bertha Fonseca Arias, Jairo Steven Jiménez Fonseca y César Augusto Jiménez Fonseca señalaron: “Nosotros (...) sintiendo violados nuestros derechos con la cadena de acciones realizada por el periódico EXTRA, invocando el principio de economía procesal (...) y estando de acuerdo con los hechos descritos y las pretensiones, confirmamos la intención de

presentar tutela conjunta en contra del citado periódico”.

Bajo ese entendido, la Sala considera que los accionados cumplieron con la carga de ratificar lo actuado dentro del proceso, confirmando de ese modo la legitimación en la causa por activa de los agenciados.

48. En cuanto a la legitimación por pasiva, el artículo 5º del Decreto 2591 de 1991 establece que la acción de tutela procede contra toda acción u omisión: i) de las autoridades públicas; y ii) de los particulares, que se encuentren en los supuestos establecidos por la misma norma. En este orden, el artículo 42 del decreto referido, dispone que la solicitud de amparo procede contra particulares cuando se solicite rectificación de informaciones inexactas o erróneas (núm.7) y respecto de quienes el solicitante se halle en estado de subordinación o indefensión (núm.9).

Esta Corporación ha señalado que el estado de indefensión se puede presentar en la relación que existe entre el medio de comunicación y la persona involucrada en la noticia que este divulga, “en razón a que la actividad informativa que desempeñan este tipo de organizaciones, además de tener un gran alcance, en tanto llevan su mensaje a diversos sectores de la sociedad, también tiene el poder de impacto social, comoquiera que puede influir o generar determinada opinión en el conglomerado”. Esa situación de indefensión no requiere ser probada, precisamente, por el poder de divulgación que ostentan los medios de comunicación.

En el caso que se estudia, la acción de tutela fue presentada contra el Grupo Editorial El Periódico S.A.S., propietario del periódico Extra Boyacá, medio de comunicación por las emisiones del 22 y 23 de noviembre de 2017 que son objeto de discusión. A juicio de la Sala los familiares del señor Jiménez se encuentran en una situación de indefensión frente al medio de comunicación, pues las referidas publicaciones son una decisión autónoma del accionado en la que no pueden incidir; además, no cuentan con un mecanismo de protección que le permita restablecer de forma oportuna sus derechos. Por lo anterior, encuentra acreditado el requisito de la legitimación en la causa por pasiva.

(ii) Inmediatez

49. El artículo 86 de la Constitución Política consagra que cualquier persona podrá

interponer acción de tutela “en todo momento” al considerar vulnerados sus derechos fundamentales, expresión que es reiterada en el artículo 1° del Decreto 2591 de 1991. Sin embargo, pese a la informalidad que caracteriza a este mecanismo, la jurisprudencia de esta Corporación ha establecido que su interposición debe hacerse dentro de un plazo oportuno y justo, contado a partir del momento en que ocurre la situación transgresora o que amenaza los derechos fundamentales.

50. En este asunto, las emisiones del periódico Extra Boyacá cuestionadas por los accionantes fueron publicadas los días 22 y 23 de noviembre de 2017 y la acción de tutela fue interpuesta el 13 de diciembre de 2017, es decir, aproximadamente 20 días después del hecho considerado como transgresor de los derechos fundamentales, lapso que esta Sala considera razonable.

(iv) Subsidiariedad

51. Este requisito demanda que la persona antes de acudir al mecanismo de tutela haya ejercido las herramientas e instrumentos establecidos en el ordenamiento jurídico para la protección de sus derechos. El numeral 7° del artículo 42 del Decreto 2591 de 1991 establece que la acción de tutela procederá contra acciones u omisiones de particulares, entre otros eventos, cuando se solicite la rectificación de informaciones inexactas o erróneas, caso en el cual se deberá anexar la transcripción de la información o la copia de la publicación y de la rectificación solicitada que no fue publicada en condiciones que aseguren la eficacia de la misma.

52. De conformidad con lo señalado por los accionantes en el escrito de tutela, se puede establecer que son dos las inconformidades que alegan sobre las emisiones del 22 y 23 de noviembre de 2017 del periódico Extra Boyacá: la primera, relacionada con la información publicada sobre la persona fallecida, puntualmente, sobre su edad, la supuesta propiedad de un restaurante y las circunstancias de lo ocurrido el día del homicidio que, según afirman, no corresponde con la realidad; y la segunda, referente a la fotografía del féretro de su familiar. Tal distinción resulta relevante al examinar la procedencia del mecanismo, pues debe determinarse en qué casos es exigible que el interesado de forma previa a su interposición haya solicitado la rectificación de la información.

53. Según se expuso previamente, la solicitud de rectificación garantiza la protección de los

derechos a la honra y al buen nombre, pero preserva, de manera simultánea, los derechos a la libertad de expresión y de información; basta con que la persona afectada logre demostrar que la información que se exteriorizó es falsa, ha sido objeto de tergiversación, o carece de fundamento, para que exista el deber correlativo de rectificarla; y su objetivo es restablecer el buen nombre y la reputación de quien ha sido afectado con el mensaje emitido.

El derecho a la honra es entendido como la estimación o deferencia con que cada persona debe ser tenida por los demás miembros de la colectividad, en razón a su dignidad humana, razón por la cual resulta vulnerado por la publicación de información errónea o cuando se expresan opiniones que producen un daño moral tangible a su titular. Por su parte, el buen nombre hace referencia a la reputación o la imagen que de una persona tienen los demás miembros de la comunidad y constituye el derecho a que no se presenten expresiones ofensivas, oprobiosas, denigrantes, falsas o tendenciosas que generen detrimento de su buen crédito o la pérdida del respeto de su imagen personal.

Así las cosas, la protección invocada frente a la publicación sobre los pormenores de la muerte, la edad, la propiedad del local comercial, entre otros, deviene en improcedente, porque a pesar de considerar que se trataba de información que no atendía a la realidad, los accionantes no solicitaron la rectificación de la misma, desatendiendo con ello el requisito establecido en el numeral 7 del artículo 42 del Decreto 2591 de 1991.

54. Sin embargo, otro tratamiento merece la publicación de la mencionada fotografía, en la medida que sobre esta no resulta oportuno solicitar su corrección por ser difamatoria, errónea o imprecisa. Al respecto, es preciso recordar que cuando se alega la vulneración a la intimidad o a la imagen, por ejemplo, ante la publicación de una imagen como sucede en este caso, ya no se trata de una información falsa o inexacta que sea susceptible de rectificación, sino de publicaciones que lesionan el núcleo de vida privada; entonces, tratándose de estos derechos fundamentales, en principio no es posible hablar de rectificación pues la transgresión de los mismos se produce aun cuando los hechos sean ciertos o exactos.

En este punto, es necesario destacar que la Sala no comparte el análisis que sobre el particular efectuó el juzgado que conoció el amparo, en tanto exigió el cumplimiento del requisito de rectificación sin analizar el contenido de la publicación cuestionada y sin

distinguir los derechos involucrados. En efecto, el juzgado señaló, en cuanto a la posible vulneración del derecho a la intimidad, que los actores no acudieron ante el medio de comunicación de manera previa para solicitar la rectificación de la información que consideraron como errada, desconociendo con ello la jurisprudencia pacífica de la Corte Constitucional sobre la materia. Bajo ese entendido, la Sala concluye que la fotografía publicada por el medio de comunicación está directamente relacionada con el derecho a la intimidad y a la imagen, situación que legitima la interposición de la acción de tutela y la intervención del juez constitucional; en consecuencia, considera que sobre este aspecto el mecanismo de amparo resulta procedente.

55. Ahora bien, es preciso señalar que la acción de tutela procede cuando el afectado no disponga de otro medio de defensa judicial idóneo y efectivo para la garantía de los derechos fundamentales o, en caso de existir tal recurso judicial, se ejerza como mecanismo transitorio para evitar el acaecimiento de un perjuicio irremediable.

Para la protección de derechos como el buen nombre, la honra o la intimidad personal el ordenamiento jurídico cuenta con instrumentos diferentes a la tutela, como la acción penal; sin embargo, esta Corporación ha establecido en reiterados pronunciamientos que la simple existencia de una conducta típica que permita salvaguardar los derechos fundamentales, no es un argumento suficiente para deslegitimar por sí sola la procedencia de la acción de tutela, por las siguientes razones: i) aunque la afectación exista y sea antijurídica, se puede configurar algún presupuesto objetivo o subjetivo que excluya la responsabilidad penal, lo cual conduciría a la imposibilidad de brindar cabal protección a los derechos del perjudicado; ii) la víctima no pretenda un castigo penal, sino solamente su rectificación; y iii) la pronta respuesta de la acción de tutela impediría que los efectos de una eventual difamación sigan expandiéndose y prologándose en el tiempo como acontecimientos reales y fidedignos. Así, se ha considerado que la acción penal y la de amparo constitucional persiguen objetivos diversos, ofrecen reparaciones distintas y manejan diferentes supuestos de responsabilidad.

En el caso objeto de estudio la acción de tutela se erige como mecanismo eficaz, idóneo e inmediato para la protección de los derechos fundamentales a la intimidad y a la imagen, si se tiene en cuenta que una eventual responsabilidad penal de la parte accionada no repara por sí misma los derechos fundamentales invocados. Además, el juez penal no goza de las mismas facultades que el juez constitucional para impartir las órdenes pertinentes para

lograr que cese la vulneración de los derechos fundamentales infringidos.

Análisis sobre la vulneración de los derechos a la intimidad y a la imagen

56. Pasa esta Sala de Revisión a realizar la valoración de fondo del asunto, con el fin de determinar si se vulneraron los derechos fundamentales a la intimidad y a la imagen del señor Jairo Hugo Jiménez Jiménez (Q.E.P.D), y de su familia por la publicación de la fotografía del féretro que realizó el periódico Extra Boyacá en la emisión del 23 de noviembre de 2017.

(i) La accionante Gisell Andrea Jiménez Fonseca aportó como prueba una impresión de la conversación sostenida 21 de noviembre de 2017 a través de la aplicación Whatsapp entre su cuñada Aura Cristina Arenas Muñoz y alguien identificado en su celular como “Carlos Extra”, en los siguientes términos:

“[Carlos] Me podrias (sic) colaborar con la foto del señor en vida 11:59 A.M.

me podría (sic) por favor confirmar si es el (sic) 12:05 P.M.

Don Jairo 12:06

[Aura] El (sic) no es 12:07 P.M.

Y la familia no desea que lo publiquen gracias 12:07 P.M.

[Carlos] La Pecosa González Arango 12:16 P.M.

y ya está (sic) circulando a (sic) información en otros medios 12:16 P.M.”

(ii) Así mismo, allegó la portada y la página 3 de la emisión del miércoles 22 de noviembre de 2017 del periódico Extra Boyacá. La página 3 contiene el relato sobre los homicidios con detalles sobre la edad de las víctimas, el lugar, el vehículo, el tipo de arma y la forma en que ocurrieron los hechos.

(iii) Finalmente, anexó la portada y la página 3 de la emisión del jueves 23 de noviembre de 2017 del periódico Extra Boyacá. En la portada aparecen dos fotografías a color, una de ellas, del señor Jairo Hugo Jiménez Jiménez (Q.E.P.D) en el ataúd. La página 3 contiene un nuevo relato sobre los homicidios con más detalles respecto de la edad de las víctimas y su

ocupación, así como el lugar y la hora de las velaciones. Junto con la nota periodística aparecen las mismas imágenes de la portada, pero de menor tamaño, y a blanco y negro.

(iv) Por su parte, el Grupo Editorial El Periódico S.A.S., expuso lo siguiente: “iniciamos con una indagación interna a fin de establecer si en efecto lo manifestado por la accionante efectivamente amerita cualquiera de las soluciones legales, vale decir: corrección o aclaración. Siendo ello así y de acuerdo con lo informado por el periodista responsable de la nota publicada (...) expresa que lo allí consignado fue recopilado mediante trabajo periodístico, consultando fuentes informativas, pues de otra manera es imposible tener conocimiento de los hechos acontecidos. De manera que el actuar realizado por el periodista informador, en este asunto ha obrado con buena conciencia y mal haría en este caso el empleador y la sociedad en sancionarlo por ello”.

También manifestó que el derecho a la intimidad no es absoluto “debido a que mantiene una responsabilidad social que implica obligaciones y responsabilidades ante los receptores de la información y los protagonistas de la misma”.

(v) El Juzgado Primero Laboral del Circuito de Tunja consideró que “la inquietud de la familia JIMÉNEZ FONSECA, radica en el hecho de haberse publicado la noticia sin el consentimiento de sus familiares, pero a excepción de la información relacionada con el restaurante no refiere que los hechos no hayan sucedido o que lo allí informado carezca de veracidad o que la noticia se haya presentado con un lenguaje o una exposición que conduzca a la confusión o al error”.

Señaló que “conforme al desarrollo de los hechos y la petición, discierne que nos encontramos frente a un hecho consumado (sic), circunstancia que hace impróspera la orden de protección” y afirmó que el daño consumado impedía hacer cesar la violación y por ello solo era procedente el resarcimiento del mismo.

57. Luego de revisar las pruebas que obran en el expediente, y de analizar lo manifestado por el medio de comunicación y por el juez de instancia, la Sala estima pertinente aclarar que no comparte ninguna de estas apreciaciones, y contrario a lo concluido por el juzgado, considera que en esta oportunidad se vulneraron los derechos fundamentales a la intimidad y a la imagen de Jairo Hugo Jiménez Jiménez (Q.E.P.D), de su esposa Bertha Fonseca Arias, y de sus hijos Gisell Andrea Jiménez Fonseca, Jairo Steven Jiménez Fonseca y César Augusto

Jiménez Fonseca, por las razones que se explican a continuación:

(i) A pesar de la manifestación de los accionantes de no querer que se publicara ningún tipo de información sobre su ser querido, el medio de comunicación decidió incluir en la emisión del 23 de noviembre una fotografía del féretro, exponiendo el rostro de la persona fallecida.

Por un lado, según se indicó en el escrito de tutela, el periodista insistió en obtener la información al punto de “amenazarla con que de no allegar una fotografía, publicarían una foto donde se viera el estado en el que quedó el cuerpo una vez sucedió el hecho”; por el otro, de la conversación de whatsapp referida previamente se desprende que cuando la familia manifestó no querer una publicación, ese periodista indicó: “la Pecosa González Arango, es una periodista de otro medio y ya está (sic) circulando a (sic) información en otros medios” .

Para la Sala, este comportamiento no puede ser calificado como un acto “con buena conciencia”, como lo señaló el Grupo Editorial El Periódico S.A.S., y tampoco se trató de un proceder amparado por el respeto del derecho a la libertad de prensa. Todo lo contrario, es una conducta reprochable que le resta toda credibilidad a la labor periodística efectuada por el medio de comunicación, pues utilizó la presión en un momento de profundo dolor para la familia.

De igual forma, resulta cuestionable para esta Corporación la indagación del medio de comunicación accionado, que en la contestación de la acción de tutela se preguntó si “lo manifestado por la accionante efectivamente amerita cualquiera de las soluciones legales, vale decir: corrección o aclaración”, pues aunque con ese interrogante se busque minimizar la afectación de la familia Jiménez Fonseca, a juicio de la Sala de Revisión sucede todo lo contrario y, como se verá más adelante, la conducta del medio sí amerita varios remedios constitucionales.

Al respecto, es preciso recordar que el principio de responsabilidad social de los medios de comunicación consiste en que estos adquieren un compromiso social de divulgar las informaciones sin atentar contra la dignidad y los derechos de los asociados, el orden público y el interés general; este deber surge desde el momento en que se inicia el proceso de obtención, preparación, producción y emisión de la información. Entonces, la labor periodística no puede ser utilizada, so pretexto del ejercicio del derecho a la información y de

la libertad de prensa, para publicar contenido de manera irresponsable, revelando datos íntimos de las personas y de sus seres queridos, y atentando con ello contra su dignidad.

(ii) De acuerdo con la jurisprudencia constitucional, existe un núcleo duro del derecho a la imagen que comprende aquellas expresiones que dan cuenta con claridad del aspecto físico, en general, y de los rasgos del rostro que permiten identificar a las personas. Para esta Corporación, una consideración elemental del respeto a la dignidad de la persona es impedir que esas características externas que conforman su fisionomía y que lo identifican, pueden ser objeto de libre disposición y manipulación por parte de terceros sin su consentimiento.

En esta oportunidad, la Sala encuentra que el periódico accionado transgredió el derecho a la imagen del señor Jairo Hugo Jiménez Jiménez (Q.E.P.D). Recuérdese que, según ha explicado este Tribunal, la faceta fundamental del derecho a la imagen, en la medida en que está íntimamente relacionada con la dignidad humana “se extiende más allá de la muerte y, por ende, el juez de tutela tiene competencia para establecer [su] vulneración y tomar las medidas de protección correspondientes a pesar del fallecimiento del titular del derecho”. También ha referido que la titularidad de ese derecho no se extingue con el fallecimiento de su titular, sino que se extiende, además, al núcleo familiar que lo rodeó durante su vida.

En la emisión del 23 de noviembre de 2017, el periódico Extra Boyacá publicó una imagen del féretro cuando Jairo Hugo Jiménez Jiménez estaba siendo velado por su familia -en la portada y en la página 3-; la cual permite identificar claramente los rasgos distintivos de esa persona, pues es una fotografía del rostro, a color y de un tamaño que permite observarla de manera nítida (9×6 cm); además, esta publicación se hizo sin el consentimiento de la familia.

Al respecto, es preciso recordar que la muerte de las personas no convierte a la imagen en un bien de dominio público, por lo que persiste en cabeza de la persona autorizada o de su familia autorizar su reproducción, con mayor razón si la foto corresponde a un momento privado y de gran sensibilidad como el funeral de un familiar.

(iii) Como lo ha determinado la Corte, con la garantía del derecho a la intimidad personal y familiar se busca impedir que ciertos actos que legal y moralmente se quieren mantener bajo absoluta reserva, trasciendan al conocimiento público. Es por eso que la intimidad hace parte de la órbita restringida que solo interesa al ámbito familiar, sin que pueda ser objeto de curiosidad ajena, salvo que cuente con la debida autorización.

A juicio de la Sala dicha protección tiene un mayor alcance, pues como ha sido reconocido por la doctrina española “[l]a muerte no es por tanto, excusa o argumento para negar toda protección al respecto que nos ofrecen otros seres humanos, cuando sí se la hemos reconocido en vida. No sólo se trata de proteger los intereses de la familia de la persona fallecida, sino el interés de la propia persona, como ser humano, a la hora de impedir que su memoria o recuerdo puedan ser vilipendiados tras su muerte”.

En el caso que se estudia, el periódico accionado vulneró el derecho fundamental a la intimidad del señor Jairo Hugo Jiménez Jiménez (Q.E.P.D) pues asumió que después del fallecimiento podía hacer uso de una fotografía de este a su antojo como si se tratara de cualquier documento público.

Así mismo, el diario transgredió el derecho a la intimidad de los familiares, pues publicó una fotografía del funeral en total desconocimiento del dolor que estaba viviendo el núcleo cercano a la persona fallecida en ese momento, no solo por la pérdida de un ser querido, sino por las circunstancias que al parecer rodearon la muerte del señor Jiménez. Con ello, el medio de comunicación invadió un espacio que concernía únicamente a los allegados del difunto, quienes fueron claros en manifestar su deseo de mantener ese momento en privado.

(iv) Lo mencionado hasta el momento resulta aún más gravoso si se tiene en cuenta que la imagen publicada por el diario accionado era de carácter accesorio, esto es, su utilización no era necesaria para emitir la noticia sobre los homicidios. La finalidad de la emisión era informar a los lectores sobre los hechos de los cuales fueron víctimas dos personas en el municipio de Paz de Ariporo, Casanare, objetivo que podría cumplirse sin que necesariamente la nota estuviera acompañada de una fotografía, muchos menos, con las características de aquella publicada por el diario Extra Boyacá. En consecuencia, a juicio de la Sala el medio de comunicación bien podía prescindir de la imagen cuestionada.

58. Ahora bien, el Juzgado Primero Laboral del Circuito de Tunja estimó que en este caso se configuraba un “hecho consumado”, luego de lo cual advirtió que el “daño consumado” impedía hacer cesar la violación y por ello solo era procedente el resarcimiento del mismo. Al respecto, es preciso hacer una aclaración conceptual.

Según se expuso en la parte considerativa de la sentencia la figura de la carencia actual de objeto fue desarrollada por la doctrina constitucional para denotar la imposibilidad material

en la que se encuentra el juez de la causa para dictar alguna orden que permita salvaguardar los intereses jurídicos cuya garantía le ha sido encomendada. Este fenómeno se puede materializar en tres eventos diferentes: i) hecho superado; ii) daño consumado; y iii) acaecimiento de una situación sobreviniente.

El hecho superado se presenta cuando entre el momento en que se interpone la demanda de amparo y el fallo, se evidencia que, como producto del obrar de la entidad accionada, se eliminó la vulneración a los derechos fundamentales del actor, es decir, se superó la afectación. El daño consumado se da porque se ejecutó la afectación que pretendía evitarse con la acción de tutela. Finalmente, la tercera figura surge cuando la protección pretendida con la acción de tutela carece de objeto por el acaecimiento de una situación sobreviniente que no tiene origen en el obrar de la entidad accionada.

59. Bajo ese entendido, es preciso aclarar que no existe la figura del “hecho consumado”, como lo afirma el juez de instancia. En todo caso, de entenderse que el juzgado se refería a la configuración de un daño consumado, la Sala considera necesario hacer un pronunciamiento sobre el particular.

Como se ha destacado varias veces, esta Corporación ha señalado que el daño consumado es aquel que se presenta cuando se ejecuta el daño o la afectación que se pretendía evitar con la acción de tutela, de tal manera que, el juez no puede dar una orden al respecto con el fin de hacer que cese la vulneración o impedir que se materialice el peligro, por lo cual, al existir la imposibilidad de evitar la vulneración o peligro, lo único procedente es el resarcimiento del daño causado por la violación de derecho.

Así mismo, la Corte ha indicado que, por regla general, la acción tutela es improcedente cuando se ha consumado la vulneración pues, esta acción fue concebida como preventiva mas no indemnizatoria. No obstante, es preciso señalar que de conformidad con lo establecido en el artículo 6 del Decreto 2591 de 1991: “La acción de tutela no procederá: // (...) 4. Cuando sea evidente que la violación del derecho originó un daño consumado, salvo cuando continúe la acción u omisión violatoria del derecho” (resaltado fuera del texto original).

La acción de tutela fue prevista como un mecanismo para la protección efectiva de los derechos fundamentales que son objeto de una amenaza o afectación actual, por lo tanto,

solo ante la alteración o desaparición de las circunstancias que dieron origen a la vulneración de los derechos fundamentales objeto de estudio, la solicitud de amparo pierde su eficacia y sustento, así como su razón de ser como mecanismo extraordinario y expedito de protección judicial.

En el caso que ahora es objeto de estudio, la Sala estima necesario diferenciar dos escenarios constitucionales frente al hecho vulnerador alegado por los accionantes, el cual es la publicación de la foto del féretro de su familiar fallecido. Un primer escenario es la divulgación que de dicha imagen se hizo en medios físicos antes de la presentación de la acción de tutela, y el segundo, es la publicación de la fotografía que continúa apareciendo en medios virtuales.

(i) Esta Corporación encuentra que, respecto del primer escenario, se originó un daño consumado si se tiene en cuenta que la acción de tutela nació, precisamente, ante la afectación generada por la publicación de una fotografía de un féretro sin el consentimiento de la familia de la persona fallecida. En otras palabras, dicha figura se concretó en la medida en que se hizo efectiva la publicación de la foto del difunto en los ejemplares físicos del medio de comunicación difundidos el 23 de noviembre de 2017.

Bajo ese entendido, la Sala concluye que con dicha conducta se vulneraron los derechos a la intimidad y a la imagen de esa persona y de su familia; sin embargo, teniendo en cuenta que se materializó la difusión de la fotografía, se configuró una carencia actual de objeto por el daño consumado a tales garantías fundamentales.

(ii) Ahora bien, no sucede lo mismo en cuanto al segundo escenario planteado, pues la Corte evidencia que la búsqueda de los registros virtuales de las emisiones del 23 de noviembre de 2017 sigue arrojando como resultado la publicación de las imágenes que son objeto de controversia.

Por lo tanto, la vulneración de los derechos fundamentales a la intimidad y a la imagen, de acuerdo a lo expuesto en el fundamento 57 supra., se predica desde este segundo escenario constitucional. Lo anterior, además, de conformidad con lo establecido en el artículo 6 del Decreto 2591 de 1991, según se señaló previamente.

60. Con fundamento en lo anterior, la Sala revocará la decisión del Juzgado Primero Laboral

del Circuito de Tunja. En su lugar, se dispondrá: i) declarar la carencia actual de objeto por daño consumado en tanto se concretó la violación de los derechos fundamentales a la imagen y a la intimidad, únicamente respecto del escenario constitucional referente a la divulgación de la foto del señor Jairo Hugo Jiménez Jiménez (Q.E.P.D) a través de los ejemplares físicos del periódico Extra Boyacá difundidos el 23 de noviembre de 2017; ii) conceder el amparo de los derechos fundamentales a la imagen y a la intimidad, respecto del escenario constitucional concerniente a la publicación de la fotografía que continúa apareciendo en medios virtuales del medio de comunicación accionado.

Finalmente, declarará improcedente la acción de tutela respecto de los derechos a la honra y al buen nombre, en tanto no se acreditó el cumplimiento del requisito de rectificación previo a acudir al mecanismo constitucional

En consecuencia le ordenará al Grupo Editorial El Periódico S.A.S., propietario del periódico Extra Boyacá: i) eliminar la fotografía del féretro del señor Jairo Hugo Jiménez Jiménez publicada en medios virtuales sobre la emisión correspondiente al 23 de noviembre de 2017. Así mismo, suspender la reproducción de dicha fotografía por medios físicos y virtuales; y ii) pedir disculpas a través de una publicación en ese periódico y bajo las mismas condiciones de la emisión cuestionada (primera página, ocupando media hoja de la misma como información destacada y al interior del periódico), por haber publicado una imagen del señor Jairo Hugo Jiménez Jiménez en el momento de su velación, aclarando que con ello a) transgredió los derechos a la intimidad y a la imagen de esa persona y de su familia, pues no era necesaria para lograr la finalidad de la noticia; b) invadió un espacio que concernía únicamente a los allegados del difunto y c) omitió la manifestación de la familia de querer mantener ese momento en privado.

61. En cuanto a la solicitud de la parte accionante de condenar en abstracto al medio de comunicación, la Sala considera que no es procedente acceder a la misma.

La Corte ha señalado que, siguiendo lo establecido en el artículo 25 del Decreto 2591 de 1991, los requisitos para la procedencia de la condena en abstracto son: i) que la indemnización sea necesaria para el goce del derecho, ii) que el afectado no cuente con otro medio de defensa judicial; y iii) que la violación sea manifiesta y provenga de una acción clara e indiscutiblemente arbitraria. De igual modo, ha precisado que tratándose del perjuicio

debe existir una prueba mínima sobre su ocurrencia la cual se define conforme al concepto de daño emergente previsto en el artículo 1614 del Código Civil, a partir de lo cual se entiende que esa indemnización se limita al perjuicio o pérdida que proviene de la vulneración del derecho fundamental.

En este caso, si bien la Sala encontró acreditada la actuación arbitraria e injustificada del medio de comunicación frente a los derechos de una persona fallecida y de sus familiares, no es claro que la indemnización sea necesaria para el goce efectivo de los derechos a la imagen y a la intimidad.

Aunque la Corte reconoce que existió una vulneración y no es ajena al dolor de la familia ante la reprochable actuación del medio de comunicación accionado, estima que una condena en abstracto no es indispensable para reparar el daño causado, como lo sería, por ejemplo, en los casos en que esta Corporación ha accedido a esta pretensión porque estaban involucrados los derechos de menores de edad respecto de quienes se efectuaron publicaciones relacionadas con abuso sexual.

III. DECISIÓN

En mérito de lo expuesto, la Sala Octava de Revisión de la Corte Constitucional, administrando justicia en nombre del pueblo y por mandato de la Constitución Política,

RESUELVE:

Primero.- REVOCAR la sentencia proferida el doce (12) de junio de dos mil diecinueve (2019) por el Juzgado Primero Laboral del Circuito de Tunja, en tanto negó el amparo del derecho fundamental a la intimidad de los accionantes. En su lugar, CONCEDER el amparo de los derechos fundamentales a la imagen y a la intimidad de Jairo Hugo Jiménez Jiménez (Q.E.P.D), de su esposa Bertha Fonseca Arias, y de sus hijos Gisell Andrea Jiménez Fonseca, Jairo Steven Jiménez Fonseca y César Augusto Jiménez Fonseca, respecto del escenario constitucional concerniente a la publicación de la fotografía que continúa apareciendo en medios virtuales del medio de comunicación accionado. Lo anterior, por las razones expuestas en la parte considerativa de esta providencia.

Segundo.- DECLARAR LA CARENCIA ACTUAL DE OBJETO POR DAÑO CONSUMADO, en tanto se

concretó la violación de los derechos fundamentales a la imagen y a la intimidad, únicamente respecto del escenario constitucional referente a la divulgación de la foto del señor Jairo Hugo Jiménez Jiménez (Q.E.P.D) a través de los ejemplares físicos del periódico Extra difundidos el 23 de noviembre de 2017. Lo anterior, conforme lo expuesto en la parte motiva de esta decisión.

Tercero.- ORDENAR al Grupo Editorial El Periódico S.A.S., propietario del periódico Extra Boyacá que en el término de cuarenta y ocho (48) horas siguientes a la notificación de esta providencia proceda a eliminar la fotografía del féretro del señor Jairo Hugo Jiménez Jiménez publicada en medios virtuales sobre la emisión correspondiente al 23 de noviembre de 2017. Así mismo, suspender la reproducción de la fotografía del féretro del señor Jairo Hugo Jiménez Jiménez por medios físicos y virtuales.

Cuarto.- ORDENAR al Grupo Editorial El Periódico S.A.S., propietario del periódico Extra Boyacá que en el término de cuarenta y ocho (48) horas siguientes a la notificación de esta providencia proceda a pedir disculpas a través de una publicación en ese periódico y bajo las mismas condiciones de la emisión cuestionada (primera página, ocupando media hoja de la misma como información destacada y al interior del periódico), por haber publicado una imagen de señor Jairo Hugo Jiménez Jiménez en el momento de su velación, aclarando que con ello a) transgredió los derechos a la intimidad y a la imagen de esa persona y de su familia, pues no era necesaria para lograr la finalidad de la noticia; b) invadió un espacio que concernía únicamente a los allegados del difunto y c) omitió la manifestación de la familia de querer mantener ese momento en privado.

Quinto-. DECLARAR IMPROCEDENTE la acción de tutela respecto de los derechos fundamentales a la honra y al buen nombre de Jairo Hugo Jiménez Jiménez (Q.E.P.D), de su esposa Bertha Fonseca Arias, y de sus hijos Gisell Andrea Jiménez Fonseca, Jairo Steven Jiménez Fonseca y César Augusto Jiménez Fonseca, de conformidad con lo establecido en la parte considerativa de esta sentencia.

JOSÉ FERNANDO REYES CUARTAS

Magistrado Ponente

ALBERTO ROJAS RÍOS

Magistrado

CARLOS BERNAL PULIDO

Magistrado

Con salvamento parcial de voto

MARTHA VICTORIA SÁCHICA MÉNDEZ

Secretaria General

SALVAMENTO PARCIAL DE VOTO DEL MAGISTRADO

CARLOS BERNAL PULIDO

Expediente: T-6.711.632

Magistrado ponente:

JOSÉ FERNANDO REYES CUARTAS

Con mi acostumbrado respeto por las decisiones de esta Sala de Revisión, suscribo el presente salvamento parcial de voto en relación con la sentencia de la referencia. Si bien comparto la decisión de amparar los derechos a la intimidad y a la imagen de los accionantes, disiento de las decisiones consistentes en: (i) amparar los derechos fundamentales a la imagen y a la intimidad del fallecido Jairo Hugo Jiménez Jiménez y (ii) declarar la carencia actual de objeto por daño consumado respecto de la publicación de la foto del féretro en los ejemplares físicos del periódico Extra Boyacá.

Primero, la Sala de Revisión no debió amparar los derechos fundamentales a la imagen y a la intimidad del señor fallecido. Esto es así por dos razones. De un lado, la acción de tutela se promovió para amparar los derechos de los accionantes, que no los del fallecido. De otro lado, la presunta violación de “los derechos del fallecido” no está acreditada en el expediente. Es más, el artículo 94 del Código Civil prevé que “la existencia de las personas termina con la muerte”, por lo tanto, difícilmente se podrían amparar los derechos fundamentales de quien ya no ostenta la condición de “persona”. Por lo anterior, la Sala de

Revisión únicamente debió tutelar los derechos fundamentales a la intimidad y a la imagen de los accionantes.

Segundo, no hay lugar a declarar la carencia actual de objeto. Esto, dado que la publicación de la fotografía del féretro en la edición física del periódico no puede considerarse como daño consumado respecto de los derechos a la intimidad y a la imagen. Si esto fuera así, siempre que se produjera la vulneración de estos derechos en un medio impreso, habría daño consumado, lo cual tornaría inane la acción de tutela en estos casos. Por lo demás, la mayoría de la Sala señaló que, en el caso sub examine, “la conducta del medio sí amerita varios remedios constitucionales”, con lo que de suyo se reconoce la actualidad de la vulneración de los derechos mencionados, así como la necesidad de disponer los remedios judiciales necesarios para conjurar dicha vulneración.

Fecha ut supra,

Magistrado

Expediente T-6.711.632