RESPONSABILIDAD DE LOS MEDIOS DE COMUNICACIÓN: INTIMIDAD VS. INFORMACIÓN*

Carmen Luz Morelos Anaya[1]

RESUMEN

Este artículo reflexivo se basa en el análisis resultado de la investigación descriptiva que relaciona de manera preocupante las interacciones conflictivas jurídicas de la comunicación y la intimidad de los individuos en Colombia. En estas interacciones se genera el debate de ponderación entre el derecho a la comunicación y los derechos ala intimidad de los colombianos. El conocido Habeas Data, fundamento de la comunicación se desvanece en el manejo de la verdad de la información, a través de los medios de comunicación físico y virtual y todas sus formas en el ciberespacio mundial. Las proporciones y las desproporciones ocasionan daños irreparables en su entera dimensión, con lo cual se vulnera el derecho a la intimidad con la aparición de otro sin número de daños emergentes y colaterales. El derecho al buen nombre es sagrado y obliga a los que manejan la información, en especial a los periodistas a ponderar y moderar el proceso de obtención de la información hasta su salida al público en general. Por lo anterior, es necesario avanzar en el control y monitoreo de la ética de los comunicadores al respecto del manejo de información íntima para que la noticia no afecte las personas que hacen parte de ella.

PALABRAS CLAVES

Información, intimidad, reparación, responsabilidad, ponderación

ABSTRACT

The present article is based upon the analysis of the descriptive research, which in a worrisome way connects the conflictive juridical interactions between the media and the intimacy of the people in Colombia. These interactions prompt a debate of weighing between the freedom of speech and the right of intimacy in Colombia. The well-known Habeas Data, which is a tenet of communication, tends to fade in the midst of the handling of the truth of information, in the field of physical and virtual communication plus all its shapes in the worldwide cyberspace. The proportions and disproportions cause irreparable damages on their entire dimension, which violate the right of intimacy with the appearance of another number of emergent and collateral damages. The right to a good name is sacred and forces the ones in charge of the information, especially the journalists, to weigh and moderate the process of access to information until its outing to the public. Therefore, it is necessary to advance in the control and monitoring of the communicator's ethics with respect to the handling of intimate information lest the news affect people who are part of it.

KEYWORDS

Information, intimacy, reparation, responsibility, weighing.

Depositado en agosto 29 de 2013, aprobado en octubre 31 de 2013.

* Artículo resultado del Proyecto de Investigación Responsabilidad Extracontractual de los Medios de Comunicación como requisito para optar por el título de Magister en Derecho con Énfasis en Responsabilidad Contractual y Extracontractual de la Universidad Externado de Colombia.

1 Abogada, Comunicadora Social. Especialista en Derecho Administrativo. Maestrante en Derecho con Énfasis en Responsabilidad Contractual y Extracontractual de la Universidad Externado de Colombia. Docente Universitaria. Correo electrónico morelos_anaya@hotmail.com

INTRODUCCIÓN

El tema de Responsabilidad extracontractual de los medios de comunicación ha sido medianamente desarrollado por la jurisprudencia nacional, y muy pocos autores, han desarrollado doctrina al respecto. Este tema se ha venido discutiendo señalando límites al Derecho a la Información en relación con el Derecho a la Intimidad. Así mismo ocurre con las repercusiones patrimoniales que acaecen por el daño ocasionado por los medios de comunicación, que en ocasiones no son reconocidas y sólo se ampara el derecho que prevalezca entre los derechos enfrentados.

En Colombia, al construir y publicar la noticia, se observa a gran escala la violación del derecho a la intimidad de las personas sujetos de la noticia, y pocas veces la vulneración de este derecho fundamental es reparado. Es así como personas que aún no han sido juzgadas judicialmente ya purgan una pena social, al ser los señaladas por los medios no como posibles infractores de la ley penal, sino como delincuentes sin que medie o exista, pronunciamiento judicial que lo confirme. En estos casos, al ser las personas condenadas por los medios de comunicación antes que por la autoridad competente, se ocasiona en la persona motivo de la noticia un daño a prima facie, inmaterial, pero también podría ser patrimonial. Caso que de manera contraria opera en los países europeos y anglosajón.

La investigación se desarrolló con el método ANALÍTICO DESCRIPTIVO, y su metodología, DOCUMENTAL basada en el análisis y síntesis de la jurisprudencia nacional de la Corte Suprema de Justicia y del Consejo de Estado y a nivel internacional. Además examina la doctrina existente nacional e internacional, con esta información haremos una interpretación analítica y se vislumbrarán en el tema objeto de estudio.

Los medios de comunicación son informantes de la verdad, así los obliga la Constitución Nacional de Colombia de 1991, pero en el ejercicio de sus funciones, arrastrados por el interés de "la chiva noticiosa", en ocasiones vulneran el Derecho Constitucional que protege la Intimidad, sumando a este el ánimo de lucro de los propietarios de los medios de comunicación, y el morbo del informante y del informado, los medios podría causar perjuicios de tipo inmaterial, como el daño moral por la violación a los derechos fundamentales a la intimidad y al buen nombre de la persona motivo de la noticia.

En algunos casos, la noticia que se convertiría en el hecho dañino por carecer de las formalidades que la misma constitución señala, genera alteraciones patrimoniales desfavorables a la persona. Estas en muy pocas ocasiones reconocidas por la Justicia Colombiana, toda vez que la víctima de los atropellos de los Medios acuden para proteger sus derechos a la intimidad y el buen nombre a la acción de Tutela, que en muy pocas ocasiones se reconocen los perjuicios materiales; pues bien, señala el Decreto 2591 de 1991 que existiendo otros mecanismos judiciales el afectado podrá acudir a la jurisdicción correspondiente, y advierte en el artículo 25 que el Juez que conoce de la tutela tiene la potestad de reconocer la indemnización, pero sólo del daño emergente.

Y es otro, el Juez de lo Contencioso administrativo quién podrá tasarlos o liquidarlos. Quedando de igual manera una brecha en la reparación del afectado, toda vez que no es reparado en su totalidad, pues no hay reconocimiento y pago de todos que se le pudieran ocasionar.

En estos fallos de tutela se ordena únicamente la protección del derecho a la intimidad violado, y se ordena la RECTIFICACIÓN, ello quizá, porque la víctima – accionante desconoce que puede solicitar la protección e indemnización de los perjuicios sufridos en razón de la noticia que ha vulnerado su derecho a la intimidad y hasta de su buen nombre.

Dicho sea de paso, establecer que la vulneración del derecho a la Intimidad, cuando va en contravía del buen nombre de la persona, puede ocasionar daños, pues al divulgar un hecho falso y deshonroso se podría mermar la aceptación social de una persona en su entorno. ¿Podríamos imaginarnos el castigo social de alguien repudiado por un delito que no ha cometido?,

quizá podría la víctima de los medios perder su empleo, la probabilidad de un ascenso, el respeto de sus subordinados, la admiración de los miembros de su familia, la oportunidad a acceder a ser miembro de instituciones sociales, deportivas y/o académicas, algunas de estas consecuencias se repararían como daño moral, pero otras encajan en el daño inmaterial reconocido como alteración a las condiciones de existencia, o daño a la vida de relación

Al estudiar la jurisprudencia, observamos que esta es muy pobre en cuanto a la protección al derecho a la intimidad cuando se enfrenta al derecho a la Información; sobre todo, cuando son medios masivos de comunicación los victimarios. La Corte Constitucional defiende tal posición al señalar que el Derecho a la información, desarrolla a su vez el Derecho a la libertad de Prensa, y manifiesta además que este último tiene funciones relevantes en la sociedad y el desarrollo de un Estado, toda vez que el ejercicio del Derecho a la Libertad de Prensa en conexidad con el Derecho a la información permite buscar la verdad y desarrolla el conocimiento, promueve la autonomía de las personas y la resolución racional y pacífica de conflictos, previene abusos del poder y posibilita el principio de auto gobierno. En el capítulo que precede desarrollaremos el concepto que de cada función hace la Corte Constitucional en Sentencia C-250 de 2003, M.P.: Dr. Manuel José Cepeda Espinosa.

En los años 90´s después de promulgada la actual Constitución Nacional, y a pesar que la Carta Magna señala en el artículo 20 que habrá rectificación de noticias en las mismas condiciones en que fue publicada la noticia que dio lugar al equivoco, la Corte Constitucional en Sentencia de 23 de agosto de 1993 dicta sentencia confirmando un fallo en el que resuelve que la tutela incoada no prospera a pesar que el periódico EL TIEMPO publicó una noticia inexacta en relación a la destitución de treinta y seis (36) oficiales. Dicho periódico rectificó en tiempo en la página 2ª de esa publicación, siendo que la noticia había sido dada a conocer en primera plana y con mayor extensión; sin embargo, la Corte en dicho fallo manifestó: "la rectificación está resaltada al lado izquierdo, en ubicación de fácil lectura y en recuadro. Hubo pues rectificación en condiciones de equidad. Además, la rectificación se hizo antes de instaurarse la tutela; luego, con mayor razón no prospera ésta".

A simple vista pareciera que actualmente la gran mayoría de la jurisprudencia colombiana ampara el derecho a la información cuando este se enfrenta al Derecho a la Intimidad, y respaldar así "publicaciones irresponsables", en donde con facilidad se vulnera el derecho a la Intimidad y el buen nombre de las personas, en caso específico, nos referimos a las personas motivo de noticia que han sido injusta o erróneamente sometidas a una investigación penal. Allí los medios enmascarando su falta, detrás del uso de la palabra "supuestamente", parecieren generar daño a las personas involucradas, en el aspecto moral ante la sociedad, acto que no sólo tiene consecuencias en ese ámbito sino también patrimonial, siendo muy pocos los medios sancionados para responder extracontractualmente al daño ocasionado por el abuso en el derecho a la información.

Los anteriores hechos, al igual que el poco tratamiento jurisprudencial y doctrinal, y la constante vulneración de las personas en el bien preciado de su intimidad que podría afectar su desarrollo social y, más aún, patrimonial, nos llevan a profundizar en el tema propuesto en aspectos tales como: la ponderación utilizada en el enfrentamiento de estos derechos fundamentales, las consecuencias morales y patrimoniales de la falta de tutela del derecho a la Información, el análisis del número de víctimas que quedan sin que se les proteja y/o resarza el derecho violado, las formas de reparación utilizadas y por qué no realizar una propuesta que contribuya a mermar el abuso de los medios de comunicación con el manejo de las noticias de las personas.

EL DERECHO A LA INTIMIDAD

ARTÍCULO 15." Todas las personas tienen derecho a su intimidad personal y familiar y a su buen nombre, y el Estado debe respetarlos y hacerlos respetar. De igual modo, tienen derecho a conocer, actualizar y rectificar las informaciones que se hayan recogido sobre ellas en bancos

de datos y en archivos de entidades públicas y privadas".

Conocido este derecho fundamental de la Constitución Nacional de Colombia, como Derecho a la Intimidad o "Habeas Data" Este derecho es un derecho personalísimo, esto es inherente a la persona, y por ello individualista, que se desarrolla en el ámbito de lo privado, posee varias manifestaciones, en lo privado, dichas manifestaciones pueden ser, con las actividades o relaciones de la persona (comerciales, laborales, académicas, etc.), en los espacios en que se desenvuelve la persona (espacios geográficos), Con los lugares de las personas en el mundo (soledad, familiar, institucional) ha sido desarrollado para proteger la intimidad de las personas, proyectada en tres dimensiones: su proyección personal en sus aspectos físicos y sexuales; la proyección familiar, es decir, la buena imagen de la familia de un individuo y por último la proyección del individuo en base de datos o en archivos. Todos estos aspectos encaminados a tutelar la vida íntima de las personas, así lo ha expresado la Corte en Sentencias T-444 de 1992 y T-552 de 1997, al manifestar, en la primera: "La intimidad comprende tanto el secreto o respeto de la vida privada, como la facultad de defenderse de la divulgación de hechos privados". Y en la segunda: "El derecho a la intimidad implica la facultad de exigir de los demás el respeto de un ámbito exclusivo que incumbe solamente al individuo, que es resguardo de sus posesiones privadas, de sus propios gustos y de aquellas conductas o actitudes personalísimas que no está dispuesto a exhibir, y en el que legítimamente no caben las intromisiones externas".

Varios son los autores que han tratado de interpretar el concepto de "vida privada"; por ejemplo, el Doctor Antonio José Cansino, expresó en su Artículo escrito para El Espectador en 1994, que los elementos esenciales que integran la vida privada son los siguientes:

a) Ideas y creencias religiosas, filosóficas, mágicas y políticas;
b) Aspectos concernientes a la vida amorosa y sexual;
c) Aspectos no conocidos por extraños de la vida familiar, especialmente los de índoles embarazosa para el individuo o para el grupo
d) Defectos o anomalías físicos y síquicos no ostensibles;
e) Comportamiento del sujeto que no es conocido por extraños y que de ser conocido originaría críticas y desmejoraría la apreciación que de él se tiene.
f) Afecciones de la salud cuyo conocimiento menoscaba el juicio que para fines sociales o profesionales formulan los demás acerca del sujeto;
g) Contenido de comunicaciones escritas u orales de tipo personal, esto es, dirigidas al conocimiento de una o más personas determinadas.
h) La vida pasada del sujeto, en cuanto que pueda representar bochorno para él;
i) Orígenes familiares que lastimen la posición social, y en igual caso cuestiones concernientes a la filiación y a los actos de estado civil.
j) El cumplimiento de las funciones fisiológicas.

Concuerda esta clasificación del Dr. Cansino con la que hizo en el año 1979 el doctrinante, Dr. Eduardo Novoa Monreal, en México y lleva por título *Derecho a la vida privada y libertad de Información* conteniendo esta última un espectro ampliado del literal (j). Además de los literales antes transcritos, existen dos literales más que a continuación transcribimos:

k) El incumplimiento de las funciones fisiológicas de excresión, y hechos o actos relativos al propio cuerpo que son tenidos por repugnantes o socialmente inaceptables (ruidos corporales, intromisión de dedos en cavidades naturales, etc.)
l) Momentos penosos o de tremendo abatimiento
m) En general, todo dato, hecho o actividad personal no conocidos por otros, cuyo conocimiento por terceros produzca turbación moral o psíquica al afectado d (desnudez, embarazo prematrimonial)

Este mismo listado es citado por la Corte Constitucional en Sentencia SU-072 de 1995, aclarando que en lo relativo a la vida crediticia resulta exagerado incluirla, pues esta tiene un contenido económico que involucra a terceros,

puesto que conocer que alguien es buen o mal pagador si interesa a acreedores actuales y potenciales.

Ahora particularicemos las oraciones que componen el párrafo en que se desarrolla el Artículo 15 constitucional:

1. Todas las personas tienen derecho a su intimidad personal:
2. Todas las personas tienen derecho a su intimidad familiar
3. Todas las personas tienen derecho a su Buen Nombre
4. El Estado debe respetarlos y hacerlos respetar
5. De igual modo las personas, tienen derecho a conocer, actualizarlas informaciones que se hayan recogido sobre ellas
6. Las personas tienen derecho a rectificar las informaciones que se hayan recogido sobre ellas en bancos de datos y en archivos de entidades públicas y privadas".

En cuanto a la intimidad La sentencia C 640 de 2010 nos hace claridad al definir qué es la intimidad: "*la intimidad es el espacio intangible, inmune a las intromisiones externas, del que se deduce un derecho a no ser forzado a escuchar o a ser lo que no desea escuchar o ver, así como un derecho a no ser escuchado o visto cuando no se desea ser escuchado o visto." En 1995, se reiteró esta visión del derecho a la intimidad, cuando se afirmó que "..este derecho, que se deduce de la dignidad humana y de la natural tendencia de toda persona a la libertad, a la autonomía y a la auto - conservación, protege el ámbito privado del individuo…"* bien podríamos equiparar este aparte de la citada jurisprudencia a esta primera oración que podemos extraer del Artículo 15, denominado Derecho a la Intimidad, se trata ese derecho a la intimidad personal, del derecho a ser libres, o como diríase hacer como se quiere ser y el que junto a los Derechos al libre desarrollo de la personalidad y a la libertad de conciencia garantizan al individuo el desarrollo de su autonomía.

Estas mismas características revisten al aspecto de la intimidad familiar, claro está en un espectro más amplio, esa misma sentencia también hace alusión a ello, así: "*y de su familia como el núcleo humano más próximo. Uno y otra están en posición de reclamar una mínima consideración particular y pública a su interioridad, actitud que se traduce en abstención de conocimiento e injerencia en la esfera reservada que les corresponde y que está compuesta por asuntos, problemas, situaciones y circunstancias de su exclusivo interés. Esta no hace parte del dominio público y, por tanto, no debe ser materia de información suministrada a terceros, ni de la intervención o análisis de grupos humanos ajenos, ni de divulgaciones o publicaciones (…) Ese terreno privado no puede ser invadido por los demás miembros de la comunidad a la que se integran la persona o familia, ni por el Estado. Aún dentro de la familia, cada uno de sus componentes tiene derecho a demandar de los demás el respeto a su identidad y privacidad personal".*

Este Derecho faculta a las personas *manejar su propia existencia como a bien lo tengan con el mínimo de injerencias exteriores. Se dijo en ese entonces que se trataba de un derecho "general, absoluto, extrapatrimonial, inalienable e imprescriptible y que se pueda hacer valer "erga omnes", vale decir, tanto frente al Estado como a los particulares. En consecuencia, toda persona, por el hecho de serlo, es titular a priori de este derecho y el único legitimado para permitir la divulgación de datos concernientes a su vida privada. Su finalidad es la de asegurar la protección de intereses morales; su titular no puede renunciar total o definitivamente a la intimidad pues dicho acto estaría viciado de nulidad absoluta,* así lo señala la ya citada sentencia.

Pero este velo de intimidad va decreciendo a medida que nuestra libertad o extrema intimidad podría afectar a terceros , es el caso del buen nombre, del "habeas data", cuando se trata del manejo patrimonial de sus bienes inmuebles o muebles, como el dinero, toda vez que el trán-

sito de los bienes requiere de garantías para una sana negociación y estas son suministradas hoy en día por las bases de datos públicas y privadas; de registro de inmuebles y entidades financieras, es decir que cuando nuestra intimidad está ligada a la seguridad y al bienestar mutuo (mío y el de terceros) este derecho está limitado por garantizar sanas negociaciones en el diario vivir.

Es así como las informaciones que de un individuo se tenga en bancos de datos depende únicamente del comportamiento que el haya tenido con los terceros, no se trata el "habeas data" de comportamiento que quiera tener, se trata ya de un deber ser, y este deber ser requiere de un buen manejo crediticio y un buen comportamiento en los negocios que garantice a los futuros acreedores o compradores o socios una decisión acertada en sus negocios.

El buen nombre que pende más de la buena conducta social, tiene un tratamiento diferente al buen nombre del "Habeas data", este se refiere al buen nombre social, por llamarlo así, es el resultado de una buena conducta del individuo, esta persona de buen comportamiento, tendrá buena fama, buen crédito en la sociedad, tal es así que de imputar actuaciones deshonrosas a esa persona de buena conducta y buen nombre puede derivarse la comisión del delito Injuria, y si ya no son imputaciones deshonrosas sino delictivas, se incurrirá en el delito de calumnia, estos dos tipos penales son unas de las formas en que el Estado se encarga de dar cumplimiento a la parte que le corresponde en el desarrollo de guarda del Derecho a la Intimidad.

Bien, en este orden desarrollemos ahora la última oración del artículo 15 constitucional, El Estado obligado por la Carta Magna en su Artículo Segundo a servir a la comunidad, promover la prosperidad general y garantizar la efectividad de los principios, derechos y deberes consagrados en la Constitución y asegurar la convivencia pacífica y la vigencia de un orden justo ha desarrollado los mecanismos necesarios para proteger los Derechos fundamentales, entre esos el Derecho a la Intimidad, no sólo tipificando las conductas que contravengan dicho Derecho como tipos o delitos penales, sino desarrollando acciones encaminadas a la protección de los mismos como la Acción de Tutela.

A través de la acción de Tutela cualquier persona, es decir, un menor o un mayor que observe vulnerado su derecho a la intimidad, ya sea en el ámbito personal, familiar, sexual, defectos físicos, buen nombre, habeas data, podrá acudir ante un Juez para que ordene acciones que protejan su Derecho.

Además de ello, el mismo artículo 15 Constitucional trae consigo un mecanismo de protección de este Derecho, y es el Derecho a la Rectificación, consiste esta en la corrección que debe hacer quien en base de datos o medio masivo impreso, televisivo, radial, de la web haya equivocadamente divulgado un dato contrario al buen nombre, la buena fama, o que vulnere la intimidad, personal y/o familiar de un individuo, ésta corrección debe hacerse con las mismas especificaciones físicas y de fondo con que se divulgó el hecho que dañó la intimidad y el buen nombre de la persona.

Por todo lo anterior, las bases de datos y sistemas de información con ayuda del ciudadano o de la persona deben estar permanentemente actualizando los datos que pueden ser de conocimiento de terceros, dando con ello cumplimiento a la cuarta y a la última oración que completa el Artículo de la Intimidad.

Pero no concretaríamos el conocimiento de este Derecho sino abarcamos los principios en que se fundamenta las delimitaciones del Derecho a la intimidad la sentencia T-787/04 recogió cinco principios en que se fundamenta o sustenta la protección del Derecho a la intimidad y estos son: Principio de Libertad, Principio de Finalidad, Principio de Necesidad, Principio de Veracidad y Principio de Integridad, expliquemos según criterio de la ya mencionada jurisprudencia en qué consiste cada uno:

> "El principio de libertad, según el cual, los datos personales de un individuo, sólo pueden ser registrados o divulgados con el consentimiento libre, previo, expreso o

tácito del titular, a menos que el ordenamiento jurídico le imponga la obligación de relevar dicha información, en aras de cumplir un objetivo constitucionalmente legítimo. En este contexto, la obtención y divulgación de datos personales, sin la previa autorización del titular o en ausencia de un claro y preciso mandato legal, se consideran ilícitas.

El principio de finalidad, el cual se expresa en la exigencia de someter la recopilación y divulgación de datos, a la realización de una finalidad constitucionalmente legítima, lo que impide obligar a los ciudadanos a revelar datos íntimos su vida personal, sin un soporte en el Texto Constitucional que, por ejemplo, legitime la cesión de parte de su interioridad en beneficio de la comunidad. (…)

De conformidad con el principio de necesidad, la información personal que deba ser objeto de divulgación, se limita estrechamente a aquella que guarda relación de conexidad con la finalidad pretendida mediante su revelación. Así, queda prohibido el registro y la divulgación de datos que excedan el fin constitucionalmente legítimo.

Adicionalmente, el principio de veracidad, exige que los datos personales que se puedan divulgar correspondan a situaciones reales y, por lo mismo, se encuentra prohibida la divulgación de datos falsos o erróneos.

Por último, el principio de integridad, según el cual, la información que sea objeto de divulgación debe suministrarse de manera completa, impidiendo que se registre y divulgue datos parciales, incompletos o fraccionados.

El conjunto integrado de los citados principios, permite no solo garantizar el acceso legítimo a la información personal, sino también la neutralidad en su divulgación y, por ende, asegurar un debido proceso de comunicación."
Con todo lo anterior queda claro que la persona no sólo tiene una vida social y a veces pública, sino una vida íntima familiar y personal que le permite encontrase así mismo, desarrollar su autonomía e individualidad actos estos que le permiten identificarse con él y con lo que le gusta del exterior para poder desarrollarse libre y sanamente en sociedad.

FORMASDEVULNERARESTEDERECHO

Las formas o medios que comúnmente son utilizados para vulnerar el Derecho a la Intimidad son las herramientas de uso común de las personas naturales, cuando señalamos estos medios nos referimos a las agresiones o comentarios mal intencionados o desinformados que las personas comunes hacen en cualquier reunión; así también las señas que las personas usan para referirse a otra, pero este no será el aspecto en que nos concentremos para analizar las formas que se utilizan, porque las que reconoceremos más adelante son las que para el caso se hacen interesantes

Los medios masivos de comunicación que son el interés en el desarrollo de este documento pueden ser impresos como revistas, periódicos, tabloides, entre otros, o pueden ser a través de medios televisivos como programas periodísticos o magazines o de farándula, el mismo tipo de formato puede ser utilizado por medio radial.

Hoy día no podríamos hablar de los medios masivos de comunicación, antes señalados como los únicos, pues en el desarrollo de las Tecnologías de Información y comunicación (TIC) se han desarrollado otros medios de comunicación también masivos, pero con características diferentes a la de los medios masivos tradicionales que hacen que la responsabilidad de lo que se dice no recaiga sobre el Medio de Comunicación sino en cada usuarios, pues estos medios de comunicación a pesar de conminar a las masas, tienen uso particular por cada usuario de la red social o el chat de una web, en fin, este tampoco será motivo de desarrollo de nuestro contenido a pesar de también ser medios utilizados para informar o comunicar algo de alguien. Nuestro interés se limitará a los medios masivos tradicionales, televisión, radio y prensa escrita.

ACTORES DE LA VIOLACIÓN AL DERECHO A LA INTIMIDAD

Ya en párrafos anteriores hemos dicho que las personas naturales por ser el ejecutor directo son los llamados actores del daño a la persona, consistente en la violación al derecho a la intimidad, traducido en sus varias afectaciones en su aspecto sexual, comentarios en cuanto a defectos físicos de las persona, referidos a la intimidad familiar y personal de un individuo, pero al enfocarnos en los Medios masivos de Comunicación serán ellos quienes respondan en caso de daño causado por violación al derecho a la intimidad durante el desarrollo del ejercicio del Derecho a la Información. De la anterior afirmación surge el ¿por qué responden los Medios y no el periodista?

Primero porque al momento en que el periodista o presentador o locutor empieza a trabajar en el Medio de Comunicación se genera una relación de subordinación, que nos lleva a acudir a lo que al respecto señala el C.C.C. en el artículo 2347, reconocida también como responsabilidad indirecta. Para el caso los medios de comunicación es responsable por los daños por las personas, para este caso periodistas, que están legalmente subordinadas por el vínculo laboral que surge entre el Medio y el periodista.

Cuando ocurre el daño ocasionado por violación al Derecho a la Intimidad de un individuo se presumirá la culpa sobre el civilmente responsable con el fin que el Medio de comunicación garantice a la víctima el cumplimiento de la indemnización a la que tendría derecho.

¿De qué forma podría el medio de Comunicación excluirse de la responsabilidad? Pues acudiendo a la analogía que se emplea para los casos del Art. 2347 del C.C.C. tendría que probar diligencia y cuidado en la vigilancia del subordinado.

Es importante dar a conocer el contrato laboral de la sociedad o empresa propietaria del Medio de Comunicación que introduce una cláusula de exclusividad en la que da a conocer al periodista que las publicaciones por él desarrolladas serán de propiedad del Medio.

No obstante, si los directivos del Medio de Comunicación asumen el pago de la condena en el juicio de responsabilidad, éste podrá repetir contra el periodista, pues entre uno y otro persiste una relación de subordinación y no de solidaridad.

DEL DERECHO A LA INFORMACIÓN

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

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

Procederemos a continuación a dar explicación de cada una de las oraciones que componen el Artículo precitado, estas son:

1. Se garantiza a toda persona la libertad de expresar y difundir su pensamiento.
2. Se garantiza a toda persona la libertad de informar y recibir información veraz e imparcial.
3. Se garantiza a toda persona la libertad de fundar medios masivos de comunicación.
4. Los medios masivos de Comunicación son libres
5. Los medios masivos de Comunicación tienen responsabilidad social
6. Se garantiza el derecho a la rectificación en condiciones de equidad
7. No habrá censura

Veamos cual es el contenido de la primera oración, la libertad de expresión es un derecho fundamental independiente y al tiempo incorporado al Derecho de Información, la Corte Constitucional al respecto ha dicho que "la libertad de expresión, como en los demás derechos de su misma estirpe, son Derechos Constitucionales Fundamentales, pues su alcance y sentido resultan únicamente explicables si se tienen como derivados de la esencial condición racional del

hombre y, por ende, anteceden a cualquier declaración que los reconozca"[2] y así mismo, en otra jurisprudencia señala que " La Libertad de expresión es un instrumento de inestimable esencia democrática que denuncia la injusticia, controla el ejercicio de la función pública, investiga el acontecer incierto y alerta a la sociedad sobre los distintos peligros que sobre ella se ciernen"[3], en este orden la libre expresión habilita a la persona para expresar sus pensamientos, sus valoraciones .

Con respecto a la garantía de informar y ser informado, la Corte ha dicho que "quien difunde la información, no sólo tiene el derecho a hacerlo, sino el deber de ser veraz e imparcial. Pero esa veracidad e imparcialidad solamente pueden referirse a los hechos en sí, no a las opiniones de los periodistas. El juicio o la valoración que él haga de los hechos, pertenece a su libertad de opinión, a su libertad de expresar sus opiniones, bajo su responsabilidad".[4]

Sin embargo, ha señalado la misma colegiatura que los Medios de Comunicación no podrían invocar el Derecho a la Información para invadir la esfera de lo privado, de lo exclusivo de cada individuo en su aspecto íntimo, para ello debería contar con la anuencia de la persona de quien se habla.[5]

Otro aspecto importante que señala este aparte del artículo 20 constitucional es el cómo debe ser la noticia o información, ella debe ser VERAZ E IMPARCIAL, es decir, este artículo constitucional ya señala los modos en que publicada una noticia se hará responsable del daño que ocasione por falsa o parcializada, pues es un mandato constitucional que el medio verifique y confronte la información con fines de no abusar del poder, dando a conocer hechos que son relativos y mentirosos.

Por otra parte, existe libertad para crear Medios de comunicación, frase esta que se aplica en sentido amplio, cuando de medios impresos se trata, pues existen restricciones para la creación de cadenas radiales, que requiere de un trámite especial, al igual que en el de televisión, toda vez que para el funcionamiento de este último se requiere el uso del espectro electromagnético que es un bien de uso público a cargo del Estado. Al respecto, la Corte ha reiterado que "El espacio electromagnético es un bien público y, en consecuencia, los particulares no están en posibilidad de decir a su arbitrio cuándo ocuparlo y empezar a emitir su señal. El acceso de los particulares al espectro electromagnético está sujeto a regulación legal y no es viable asumir que la Constitución de 1991sepultó la legislación existente en materia de telecomunicaciones" [6]

Ahora, las últimas cuatro oraciones que componen el artículo 20 constitucional se refieren de manera general a la responsabilidad jurídica de los Medios de comunicación, pues en él se llama a la libertad de los Medios, la responsabilidad social de su deber, y la no censura.

La libertad de los medios de comunicación no es absoluta, debido a que hacemos parte de un Estado de Derecho, por ello, esa "libertad" está sujeta a las normas preexistentes.

Por la labor que desempeñan los medios que es la de informar a la comunidad, su responsabilidad es social y no individual pues a quien informan los medios es a la comunidad, y su objeto es la información de hechos y de opiniones, al darse a conocer genera cierto impacto en la sociedad, convirtiéndose en multiplicadora de los suceso y noticias que da a conocer, es por ello que los Medios poseen gran control social, están llamados a responderle a la comunidad, a la sociedad de manera tal que lo que trasmiten o dan a conocer se cumpla a cabalidad con lo ordenado en el precitado Art. 20 de la Constitución Nacional, es decir, que sean veraces y objetivos y el buen nombre de quien no ha hecho merecimientos para alcanzarlo.

2 Corte Constitucional. Sentencia T-332 de 1993. Pág. 4.
3 Corte Constitucional. Sentencia T-48 de 1993
4 Corte Constitucional. Sentencia T-484 de 1994. Pág. 11
5 Corte Constitucional. Sentencia T-611, expediente T-5139.
6 Corte Constitucional. Sentencia T-081 de marzo de 1993.

Además, esta libertad de prensa tiene funciones claras en el desarrollo de un Estado: **permite buscar la verdad y desarrollar el conocimiento**, cuando las diferentes opiniones y puntos de vista se enfrentan libremente en una sociedad, es más fácil para sus miembros decidir cuál de todas es la más cierta o la más adecuada; **posibilita el principio de autogobierno**, que los ciudadanos se gobiernen así mismos bien sea eligiendo a sus representantes o participando directamente en la toma de decisiones de diverso orden que los afecten e interesan, supone la posibilidad de contar con información suficiente y pluralidad de opiniones; **promueve la autonomía personal,** una persona es autónoma cuando sus decisiones y sus actuaciones responden a elecciones libres hechas por sí mismas; **previene abusos de poder**, la libertad de expresión permite que las personas protesten de forma pacífica frente a las actuaciones arbitrarias, inconvenientes o abusivas del Estado; y **promueve la resolución racional y pacífica de los conflictos**[7]

La Corte al respecto, expresó: "La sociedad no puede verse privada de la información sobre los peligros que la acechan por un mal entendido deber de respetar la honra por eso ni las autoridades públicas, la policía, ni los medios de comunicación pueden ser forzados a guardar silencio cuando conocen de actividades que perjudican a la colectividad o que la ponen en peligro.

Los medios de comunicación no sólo tienen el derecho sino el deber de informar (sobre capturas), siempre que lo hagan de manera objetiva, sin tergiversaciones y sin falsedades[8]

La censura a la que no están llamados los Medios en Colombia, es a un control previo a la comunicación por parte del Estado, a pesar que el Estado es garantista de la protección de cualquier derecho que se vulnere en el ejercicio del Derecho a la información, lo es teniendo como bases las leyes preexistentes, pero no ejerce control previo para ello. Ahora, cuando el Medio incurre en error ya sea por dualidad, por falsedad, por subjetividad, el mismo Medio de Comunicación de manera autónoma puede corregir su error, o puede ser esta ejercida a solicitud del interesado. Pero estos controles serán ejercidos siempre de manera posterior.

El hecho de corregir la noticia errada no exonera al Medio que responda por los daños materiales e inmateriales que ocasione a personas naturales o jurídicas con la emisión o publicación de la noticia errada. La Rectificación realizada no es más que una reparación simbólica constitucional, sanción simbólica porque es un castigo público ejemplarizante inequiparable al dinero.

REPARACIONESJURISPRUDENCIALES

Para adelantar un juicio de Responsabilidad por daño causado por la difusión de una noticia a una persona se requiere de procedibilidad, la conciliación prejudicial, el trámite será el de un proceso ordinario declarativo, excepto que se haya acudido a la acción de Tutela para proteger ya sea el Derecho a la intimidad, el buen nombre o el habeas data. En el fallo de Tutela, el Juez que haya ordenado la indemnización, que no será realizada por el juez de tutela, sino por el juez competente para conocer del proceso ejecutivo donde se haría efectiva dicha indemnización.

Pero para que una acción de tutela sea admisible por violación del Derecho a la intimidad que un Medio masivo de comunicación trasgredió, ya sea, el derecho a la intimidad personal o a la intimidad familiar o al buen nombre o el habeas data, es requisito indispensable que el accionante de la tutela haya solicitado, a través de derecho de petición, la rectificación o retractación de la noticia ante los directivos del Medio masivo de comunicación, llámese prensa, radio o televisión. Pues tanto el Artículo 15 constitucional, como el 20 de la misma normatividad conceden dicha garantía a la persona para que el Medio de comunicación que haya causado la afectación rectifique en las mismas condiciones, es decir con las mismas especificaciones

7 Corte Constitucional. Sentencia C-250 de 2003
8 Corte Constitucional. Sentencia de noviembre de 1995

en extensión, color y ubicación que la noticia que causo el agravio o daño en la persona o familiares de la víctima.

El Medio de comunicación que reciba una solicitud de rectificación está en el deber constitucional de resolverlo, excepto que la noticia que se haya publicado sea veraz y objetiva, y no tenga que ver con hechos relativos a la intimidad sexual, la salud o defectos físicos de la persona, o la vida íntima familiar, o se trate de persona de buena fama, es decir, de persona que ha mantenido buena conducta social o que se haya manejado correctamente en los créditos y negocios financieros.

Las anteriores causas señaladas como disyuntivos en el párrafo anterior se convierten en el inclusive de la violación, es decir, en razones más que suficiente para que un Juez conceda la tutela del derecho a la intimidad sobre el derecho a la información.

El resultado común en las acciones de tutela, es que el juez al fallar a favor de la persona, tutelando el derecho a la intimidad, es una reparación simbólica, que consiste en ordenar en un término determinado la rectificación o retractación del medio en las condiciones en que la ley señala, y la cual ya hemos expuesto en párrafo anterior, esta reparación persigue dar a conocer ante la comunidad que antes conocido el hecho dañino (noticia falsa y subjetiva) la verdad sobre los hechos, y es al tiempo una sanción ejemplarizante para los Medio masivos de comunicación, que saben que al hacer pública una retractación, corren el riesgo de perder credibilidad ante sus consumidores.

Pero la reparación que resulta de la acción de tutela no es únicamente simbólica, en algunos de los casos presentados; esto es, Tutela caso cantante Rafael Orozco y tutela madre de menor publicado semidesnudo por el periódico El Espacio, la Corte reconoció indemnizaciones, las cuales pueden ser inmateriales y/o materiales.

Son inmateriales en los casos en los que el medio causa dolor cuando publique fotografías truculentas o datos sobre las agresiones de la persona o un familiar. Este tipo de indemnización sería moral.

También podría ocurrir que se reconocieran otros daños inmateriales, como el daño a la vida de relación o daño fisiológico, toda vez que al afectar el buen nombre o publicar datos desactualizados de una persona se podrían dañar las relaciones que el individuo tenga en los ámbitos en que se desenvuelve.

Así mismo, la publicación de una noticia falsa y subjetiva, mal intencionada podría causar un daño material, que signifique la pérdida del lucro cesante; por ejemplo, alguien que pierda su empleo a causa de lo que se dice en una noticia; o el lucro cesante, cuando es un negocio el que se acaba por razones de la noticia difundida.

DEL DAÑO OCASIONADO POR VULNERAR EL DERECHO A LA INTIMIDAD

Pero veamos, ¿cuál es el daño que se causa? ¿Qué lo causa? ¿Cómo se causa? ¿a quién? Y ¿Quién lo causa? Demos respuesta, pues, a las preguntas planteadas.

¿Cuál es el daño que se causa? La vulneración al derecho a la intimidad por la pena, el dolor moral que siente el individuo cuando se ha trasgredido su esfera de lo privado, tanto en el ámbito familiar como individual, cuando se dan a conocer situaciones que considera propias de su soledad o su ambiente familiar. O cuando aquella persona de buena conducta pública, de buena fama, ve afectado su nombre, o cuando se tienen consignados en bancos de datos hechos falsos y desactualizados.

¿Qué lo causa? La noticia que no cumple con los requisitos constitucionales de ser veraz y objetiva, y que de pertenecer a la esfera de lo íntimo, no cuenta con el consentimiento de la persona objeto de la noticia para que se conozca, en otras palabras, lo causa la información falsa y subjetiva. O la noticia que es verdadera y objetiva pero que afecta el derecho a la intimidad de las personas.

¿Cómo se causa? Con la divulgación por parte de los Medios de la información de manera escrita, oral o por hechos.

¿A quién? Se causa a una persona menor o mayor, capaz o incapaz, nacional o extranjero, rico o pobre de quien se habla en la noticia o información falsa y subjetiva, o que es verdadera pero se encuentra en la esfera de lo íntimo y no se contó con el consentimiento del titular de la noticia para que fuera publicada. Estos hechos en ocasiones son extensivos a sus familiares.

¿Quién lo causa? Un Medio masivo de comunicación, para el caso en estudio, pero no sólo los medios masivos pueden ser causantes de este daño, también lo podrían ser las personas naturales; estas lo podrían ejecutar de manera oral, escrita, de hecho o a través de las nuevas tecnologías

Cuando hablamos de las nuevas tecnologías podría pensarse que estas funcionan como los medios, pero no de las nuevas plataformas sociales como Facebook o twiter que funcionan como simples medios de trasmisión, como si se tratara del auricular del teléfono, y las comunicaciones que surgen, y que si bien son de acceso público son de tipo interpersonal.

Bien, ya podríamos señalar, con lo que se ha dicho, los elementos de la responsabilidad. Recordemos para el caso, la formula que trae el Dr. Juan Carlos Henao en su libro El Daño: R (responsabilidad) = D (daño) + C (culpabilidad)+ c (imputabilidad) + (N) nexo causal.

El daño (D), que para el caso podría ser: [inmaterial y/o material] y sería la vulneración del derecho a la intimidad individual, familiar, daño al buen nombre y habeas data.

La culpabilidad (C): por tratarse de una relación extracontractual, no observaríamos la graduación de la culpa establecida en el Art. 63 del C.C.C., aplicaríamos el Art. 2347, responsabilidad por el hecho de un tercero, toda vez que el medio masivo responde por la publicación que hace el periodista o presentador. Con éstos, el Medio al contratarlos ha establecido una relación de subordinación o dependencia. Por esta razón se presumirá la culpa del Medio masivo de comunicación, quien podrá excluir su responsabilidad si demuestra que la víctima consintió la publicación de la noticia o que la noticia es cierta y se trata de personaje público.

Es decir, que el medio para realizar la publicación de la noticia actúo con diligencia y cuidado, esto es, confrontó opiniones, consulto todas las fuentes necesaria, ubicó a la persona que es noticia y obtuvo sus declaraciones y que en tratándose de aspectos de la intimidad contó con la aprobación, ahora sí, de la supuesta víctima, para hacer las publicaciones.

Imputabilidad, (c): será siempre imputable un Medio Masivo de comunicación, llámese radio, prensa o televisión.

Nexo Causal, (N): si el dolor por el drama lo ha ocasionado la noticia publicada, si el detrimento patrimonial o la pérdida de la oportunidad, o la pérdida del lucro cesante lo ocasionó la noticia y sólo a raíz de dicha publicación, la víctima se sintió afectada en su esfera moral, social y económica, se configura la relación causal, y será responsable de pagar los perjuicios el Medio masivo que la difundió.

Si el dolor o afección interna que sienta la persona o los familiares de la persona viva de quien se habla en la noticia, o simplemente el familiar; si la afectación interna del familiar que sufre su drama o acrecienta su drama con las publicaciones del pariente ya fallecido, a éste se le reconocerá indemnización por daño moral.

Pero si la noticia que se publicó, además de causar la consternación o la aflicción interna, altera o cambia las condiciones de la persona en sus ámbito laboral, social y hasta familiar, el daño que se reconocerá será el daño fisiológico o de la vida de relación o daño a las condiciones de existencia. Pero para que este daño sea reconocido habrá que probarlo.

El daño patrimonial podrá causarse en el daño emergente, como cuando un negocio, se va a la quiebra por razón de la noticia publicada; o puede ser un lucro cesante, como cuando pierdo

mi empleo, o quizá un lucro cesante futuro traducido en la pérdida de una oportunidad.

Este daño patrimonial, en tratándose sólo de daño emergente puede ser reconocido por el Juez de tutela. Abstrayéndose del fallo de tutela, una verdadera reparación integral, toda vez que otro tipo de daño material, es decir, el lucro cesante, no cabría en reconocerse.

Sólo el proceso ordinario de responsabilidad en lo civil podría alcanzar la reparación integral buscada por el afectado o en caso de la jurisdicción contenciosa administrativa, la acción de reparación directa, en caso que el medio masivo de comunicación sea de propiedad del estado o de alguna entidad territorial del Estado.

Criterios de ponderación

Cuando entran en colisión dos derechos de rango fundamentales, un criterio de ponderación aplicable al caso, podría ser la técnica de la proporcionalidad, para entrar a dirimir cuál derecho debe ceder ante el otro. Dice el Dr. Carlos Bernal Pulido, en su libro El Derecho de los Derechos, pág. 84, que el fin de aplicar la técnica de la proporcionalidad es restringir la órbita de la discrecionalidad administrativa, eliminando de ella la arbitrariedad y el exceso, sometiéndolos al respeto de los Derechos Humanos establecidos en la Constitución.

Además, señala, éste mismo autor, que los tres escalones del test de proporcionalidad son:

1. El juicio de adecuación: es decir, el acto o disposición general deberá ser adecuado para alcanzar los fines que lo justifican, existiendo una relación lógica entre medios y fines.
2. El juicio de necesidad: el acto o disposición general deberá ser la medida menos lesiva posible para alcanzar los fines que lo justifican.
3. El juicio de proporcionalidad en sentido estricto: el acto o disposición general no restringirá los intereses del particular de forma desproporcionada, en relación con los beneficios generales que se pretenden alcanzar.

Con respecto al conflicto entre derecho al buen nombre y derecho a la información, la Corte Constitucional ha dicho que para entrar a resolverlo es preciso tener en cuenta cuatro variables:

a) El grado de difusión de la información
b) Su naturaleza
c) La forma como se difunde
d) La buena fe del medio de comunicación[9]

Estos parámetros doctrinales y jurisprudenciales sirven hoy al juez para establecer con mayor equidad qué derecho debe preponderar ante el otro, en tratándose del enfrentamiento de los derechos fundamentales y humanos de la Intimidad y la Información, que en ocasiones se ven enfrentados al tratar de reconocer el bienestar general sobre el particular, que para el caso de análisis no es, más que dar a conocer la noticia o información de aquella persona, que por su condición, o por la gravedad o importancia del hecho se hace necesario su conocimiento por la sociedad, aunque estos hechos hagan parte o linden con lo íntimo del personaje motivo de la noticia.

Estos parámetros establecidos por la Corte en sentencia T1000 de 2000, no deberían ser desconocidos por quienes desempeñan la labor del periodismo, pues a ellos les servirán en "examen de conciencia" para establecer qué aspectos de la noticia afectarían la privacidad de los individuos que están siendo protagonistas de las noticias.

9 Corte Constitucional. Sentencia T-512 de 1992.y. Corte Constitucional. Sentencia T-1000/2000. M.P. Dr. Vladimiro Naranjo Mesa.