

LA CORTE AMPARÓ LAS LIBERTADES DE EXPRESIÓN, INFORMACIÓN Y PRENSA, DE VARIOS PERIODISTAS, A QUIENES, EN EL MARCO DE UN PROCESO PENAL, LES FUE PROHIBIDO EL INGRESO A LAS AUDIENCIAS PRELIMINARES. LA DECISIÓN DE AMPARO SE FUNDÓ EN QUE, AL DECLARAR LA RESERVA, LA JUEZ DE CONTROL DE GARANTÍAS NO CONSIDERÓ NI ADOPTÓ MEDIDAS ALTERNATIVAS IDÓNEAS PARA SATISFACER TALES LIBERTADES

IV. EXPEDIENTE T 7.414.030 - SENTENCIA SU-141/20 (Mayo 7)
M.P. Carlos Bernal Pulido

1. Síntesis de la providencia

Hechos. Los días 31 de enero, 6 y 15 de febrero de 2019, se llevaron a cabo las audiencias preliminares adelantadas en contra del exdirector de la cárcel La Modelo de Bogotá y otros, por los delitos de concusión, concierto para delinquir y enriquecimiento ilícito. El 31 de enero de 2019, el Juzgado 22 Penal Municipal con Función de Control de Garantías de Bogotá declaró la reserva de las audiencias preliminares. La Juez fundó esta decisión en la necesidad de conjurar “*el riesgo para las víctimas*” y “*garantizar el buen curso y éxito de la investigación*”. Como consecuencia de esta decisión, fue prohibido el ingreso del público y de la prensa a las audiencias y el acceso a las grabaciones.

Solicitud de tutela. Los periodistas María Camila Orozco Becerra, Juan Carlo Giraldo, César Augusto Melo, César Jiménez Flechas, Leónidas Medina Jiménez y Florencio Sánchez interpusieron acción de tutela en contra de la decisión judicial proferida el 31 de enero de 2019 por la Juez 22 Penal Municipal con Función de Control de Garantías de Bogotá, que declaró la reserva de dichas audiencias. Los accionantes manifestaron que esta decisión vulneró sus libertades de expresión, información y prensa, así como sus derechos al debido proceso y al trabajo. Esto, por cuanto, en su criterio, esta decisión no fue debidamente motivada, desconoció el precedente constitucional y se fundó en una interpretación asistemática del principio de publicidad en materia penal. En consecuencia, solicitaron que se autorizara su ingreso a las audiencias preliminares que se adelantarían en dicho proceso y, en general, en “*todos los procesos penales*”, a excepción de aquellos en los que proceda la reserva prevista por la Ley 906 de 2004.

⁴ El principio de separación de poderes en su dimensión de separación funcional no queda totalmente sustituido porque no afecta la división de funciones de las tres ramas principales del poder público, sin que las funciones judicial o legislativa puedan verse afectadas. Pero la concentración de poder administrativo en un órgano de control genera un desequilibrio del poder, que sustituye una parte importante del principio, haciendo irreconocible el modelo constitucional fijado por el constituyente primario.

Decisiones de instancia. La Sala Penal del Tribunal Superior de Bogotá y la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia declararon improcedente la solicitud de tutela, por configuración de carencia actual de objeto.

Consideraciones de la Corte. La Sala Plena examinó cuatro cuestiones: (i) la configuración de carencia actual de objeto por daño consumado, (ii) el contenido y el alcance de las libertades de expresión, información y prensa en relación con la publicidad de las audiencias preliminares, (iii) la configuración del defecto sustantivo por interpretación asistemática en el caso concreto y (iv) los límites al ejercicio de las referidas libertades por parte de los medios de comunicación en el cubrimiento de audiencias preliminares.

Primero, la Sala Plena determinó que, en el caso *sub examine*, se configuró carencia actual de objeto por daño consumado. La alegada afectación de las libertades de expresión, información y prensa, se consumó, por cuanto las audiencias preliminares concluyeron sin que los accionantes pudiesen ingresar a estas. Es más, en este caso, la intervención del juez constitucional resultaría inocua, habida cuenta de que la Juez de control de garantías perdió competencia para pronunciarse sobre tales audiencias, en virtud del principio de preclusión de las etapas procesales. Sin embargo, la Sala Plena decidió emitir pronunciamiento de fondo en este asunto. Esto, por cuanto consideró necesario definir criterios que permitan armonizar el ejercicio de las libertades de expresión, información y prensa, por una parte, y la declaratoria de reserva de las audiencias preliminares, por otra.

Segundo, la Sala Plena se refirió a la protección reforzada de las libertades de expresión, información y prensa, así como su relación con el principio de publicidad en materia penal. Para la Corte, estas libertades protegen "*la libre discusión de los asuntos públicos*", que, en el proceso penal, se garantiza mediante la publicidad de las actuaciones judiciales. Por tanto, las decisiones de reserva no solo son una excepción al principio de publicidad, sino que, además, constituyen restricciones para el ejercicio de las referidas libertades. En consecuencia, al decidir sobre la reserva de las audiencias preliminares, los jueces de control de garantías deben: (i) ponderar entre estas libertades y los principios constitucionales que la declaratoria de reserva garantiza, y (ii) considerar la adopción de medidas alternativas idóneas para satisfacer las libertades de expresión, información y prensa.

En el marco de esta ponderación, los jueces penales de control de garantías deberán considerar los siguientes criterios:

(i) La medida restrictiva del principio de publicidad deberá estar fundada en una causal legal de reserva. Dicha causal deberá interpretarse de forma restrictiva y no podrá aplicarse por analogía.

(ii) La medida restrictiva del principio de publicidad deberá estar justificada en la existencia de un "*riesgo de afectación cierto y actual*" de: (a) el derecho a un juicio justo e imparcial, a la presunción de inocencia, a derechos de terceros, al derecho a la intimidad o a derechos de menores de edad, o (b) los intereses de la justicia, el orden público, la moral pública o la seguridad nacional. Esto excluye la adopción de medidas restrictivas del principio de publicidad irrazonables o que se basen en riesgos hipotéticos o eventuales.

(iii) El juez deberá tener en cuenta, a su vez, el grado de afectación a las libertades de expresión, información y prensa, y, en particular, al derecho fundamental a obtener información sobre asuntos de interés público. Para tal efecto, el juez deberá considerar: (a) *la calidad del sujeto indiciado, imputado o acusado*, (b) *la naturaleza del delito*, (c) *el tipo de información que se pretende reservar* y (d) *la etapa procesal*. El derecho fundamental a obtener información acerca de las actuaciones penales tendrá mayor peso en procesos adelantados en contra de funcionarios y personajes

públicos, así como en aquellos relacionados con asuntos de interés general (v. gr. delitos en contra de la administración pública), en especial, cuando la información que se debate en el proceso incide en el ejercicio del control político o social por parte de los ciudadanos. Asimismo, las libertades de expresión, información y prensa, tendrán mayor peso *"a medida que avanza el trámite procesal"*, hasta concluir con la publicación de la decisión.

(iv) El juez deberá analizar la existencia de medidas alternativas que permitan conjurar el *"riesgo de afectación cierto y actual"* que justifica la medida restrictiva del principio de publicidad y que resulten menos lesivas respecto de las libertades de expresión, información y prensa. Con este fin, el juez podrá tener en cuenta: (a) las medidas previstas por los artículos 149 a 152A de la Ley 906 de 2004; (b) la posibilidad de desconcentrar algunas audiencias, sin afectar el cumplimiento de los términos previstos por la Ley 906 de 2004; (c) el acceso, total o parcial, a las grabaciones de las audiencias preliminares, salvo que su reserva sea estrictamente necesaria; (d) la publicación de comunicados de prensa, que contengan información completa y suficiente acerca de las decisiones adoptadas en las audiencias, por ejemplo, respecto de hechos, consideraciones y órdenes, entre otros; (e) la celebración de ruedas de prensa en las cuales el juez informe acerca de las actuaciones adelantadas, y, por último, (f) la restricción de ingreso de medios de captación de imágenes, tales como cámaras fotográficas o dispositivos audiovisuales, entre otros. Será el juez, en cada caso concreto, quien determinará la necesidad de la medida restrictiva del principio de publicidad.

(v) La solicitud de medidas restrictivas de la publicidad solo podrá ser presentada por las partes e intervinientes en el proceso penal. Esta solicitud deberá dar cuenta de (a) el riesgo de afectación cierto y actual de los principios constitucionales cuya protección se pretenda con la restricción a la publicidad, (b) la idoneidad de la medida restrictiva para lograr los objetivos imperiosos que persigue y, por último, (c) la inexistencia de medidas alternativas menos lesivas del principio de publicidad y de las libertades de expresión, información y prensa.

Tercero, la Corte reiteró que la autonomía interpretativa del juez debe ejercerse de manera compatible con la Constitución Política y con la Ley. En caso contrario, el funcionario judicial incurre en defecto sustantivo. En particular, la Sala Plena concluyó que se configura este defecto cuando la providencia judicial se funda en una *"interpretación asistemática"* o cuando se *"desconoce el lugar sistemático que [la Constitución Política] ocupa dentro del ordenamiento jurídico"*. Con fundamento en lo anterior, la Sala Plena advirtió que, en el caso concreto, la Juez incurrió en defecto sustantivo por interpretación asistemática, al ordenar la reserva, sin considerar ni adoptar medida alternativa alguna para garantizar el ejercicio de las libertades de expresión, información y prensa. En efecto, la Sala constató que, al restringir el principio de publicidad de las audiencias preliminares, la Juez omitió por completo analizar la afectación de las referidas libertades y, por tanto, interpretó de manera asistemática las causales previstas por la Ley 906 de 2004. En este caso, dicha interpretación sistemática resultaba de especial relevancia para garantizar la dimensión democrática de la libertad de expresión, esto es, la posibilidad de ejercer control ciudadano, habida cuenta de que este proceso penal se adelanta en contra de un funcionario público por presuntos hechos de corrupción y delitos en contra de la administración pública.

Por último, la Sala Plena resaltó que los medios de comunicación deberán ejercer sus libertades de expresión, información y prensa, conforme a los límites constitucionales y legales, así como garantizar la veracidad e imparcialidad de la información. Esto, por demás, implica que el cubrimiento periodístico de las audiencias no podrá afectar el derecho a un juicio justo e imparcial, a la presunción de inocencia, a derechos de terceros, al derecho a la intimidad o a derechos de menores de edad, o los intereses de la justicia, el orden público, la moral pública o la seguridad nacional. De igual

manera, de conformidad con la Sentencia SU 274 de 2019, los medios de comunicación deberán evitar “realizar juicios valorativos sobre la actuación procesal -juicio paralelo-, lo cual puede influir en la resolución del proceso y en la imparcialidad de los jueces”.

2. Decisión

Primero. LEVANTAR la suspensión de los términos procesales ordenada por el Consejo Superior de la Judicatura, por las razones expuestas en esta providencia.

Segundo. CONFIRMAR PARCIALMENTE la decisión de 30 de abril de 2019, proferida por la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia, que confirmó la decisión de 27 de febrero de 2019, dictada por la Sala Penal del Tribunal Superior de Bogotá, que declararon carencia actual de objeto en el caso concreto.

Tercero. DECLARAR que la decisión de reserva adoptada el 31 de enero de 2019 por la Juez 22 Penal Municipal con Función de Control de Garantías de Bogotá vulneró las libertades de expresión, información y prensa de los accionantes, por cuanto no consideró ni adoptó medida alternativa alguna para garantizar el ejercicio de estas libertades. Sin embargo, no se expedirán órdenes de protección por configurarse carencia actual de objeto por daño consumado. Esta sentencia constituye, por sí misma, una forma de reparación.

Cuarto. ADVERTIR que las decisiones de reserva que se adopten en las audiencias preliminares de los procesos penales deben fundarse en una interpretación sistemática de las causales de reserva a la luz de las disposiciones constitucionales, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de esta providencia. En consecuencia, al decidir sobre la reserva de las audiencias preliminares, los jueces de control de garantías deberán ponderar entre, por una parte, las libertades de expresión, información y prensa, y, por otra, los principios constitucionales que la declaratoria de reserva garantiza, en particular, los derechos de las partes, intervinientes, víctimas, testigos y menores de edad, así como los intereses de la justicia, la integridad del proceso penal, el orden público, la moral pública y la seguridad nacional. Al llevar a cabo esta ponderación, el juez debe sujetarse a los criterios expuestos en esta providencia y considerar la adopción de medidas alternativas idóneas para satisfacer las libertades de expresión, información y prensa.

Quinto. LIBRAR, por Secretaría General, la comunicación de que trata el artículo 36 del Decreto 2591 de 1991, para los efectos allí contemplados.

3. Salvamentos y aclaraciones de voto

Los Magistrados **ALEJANDRO LINARES CANTILLO**, **ANTONIO JOSÉ LIZARAZO OCAMPO** y **JOSÉ FERNANDO REYES CUARTAS**, no obstante ser promotores de la libertad de expresión y compartir el análisis teórico y conceptual del derecho a la información, se apartaron de la decisión adoptada por la Sala Plena, entre otras, por las siguientes razones:

1. En primer lugar, señalaron los magistrados que **la decisión de la mayoría de configurar el defecto sustantivo por “interpretación asistemática” por parte de la juez del caso concreto resulta contrario a derecho y presenta una contradicción entre la parte motiva y la resolutive de la sentencia**. Lo anterior, por cuanto, la decisión de la mayoría reconoce que en el caso concreto la medida adoptada por la juez de control de garantías accionada se encuentra debidamente motivada y, simultáneamente, estructura el defecto con base en que no consideró alternativas menos lesivas. Entonces, es contradictorio que se reconozca motivación suficiente, y a su vez se señale un indebido sustento normativo por omitir considerar otras medidas, esto es, insuficiente motivación respecto de la necesidad.

En opinión de los Magistrados disidentes, la decisión de la juez de instancia sí consideró la necesidad de proteger a las víctimas, los testigos y el buen desarrollo del proceso penal, de manera que no debió censurarse ya que satisface los principios de legalidad y de necesidad. De esta forma, la juez de instancia adoptó la medida con pleno respeto de los preceptos legales, abordó la ponderación de la publicidad de cara al debido proceso consagrado en el artículo 29 CP y, concurrieron en su decisión elementos que, en conjunto, permitían ponderar los distintos valores constitucionales en juego, la restricción al principio de publicidad y la libertad de expresión de los medios de comunicación en su faceta de información: (i) la motivación suficiente del auto interlocutorio recurrido; (ii) la solicitud de la Fiscalía; (iii) los comunicados de prensa y la petición como alternativa para acceder a información adicional; (iv) el hecho de que se trataba de una audiencia preliminar; (v) la relevancia y sensibilidad del caso donde se investigan tipos penales de concusión e enriquecimiento ilícito por parte de un exdirector de un importante centro penitenciario; (vi) el hecho de que la aplicación de la ley de forma motivada y en el marco de la independencia y autonomía judicial, no exige considerar alternativas “menos lesivas” como las propuestas por la mayoría; y (v) el que no es proporcional exigir a los jueces ordinarios una carga argumentativa de realizar el “test tripartito” para la debida motivación de las restricciones necesarias a la publicidad de las audiencias preliminares.

En este orden de ideas, en criterio de los Magistrados que se apartan de la decisión mayoritaria (i) la sentencia incurre en una contradicción pues primero se afirma que la juez de control de garantías **sí motivó debidamente la decisión de reserva de las audiencias preliminares**, para finalmente afirmar que tomó una decisión arbitraria y que no realizó el test tripartito que sobre libertad de expresión realiza la Corte IDH y la Corte Constitucional, especialmente respecto del elemento de necesidad, cuando se aceptó que se había valorado la necesidad de dicha medida; (ii) **crea una nueva causal para el defecto sustantivo consistente en una “interpretación asistemática”** de las causales previstas en el artículo 18 de la Ley 904 de 2004, cuando la norma permite que por razones de protección de las víctimas, testigos, intervinientes, etc. el juez pueda tomar esta decisión cuando lo considere necesario; y (iii) **las exigencias del test tripartito** con el fin de identificar violaciones a la libertad de expresión, se cumplieron en este caso: (a) fundamento legal; (b) fin constitucional legítimo; y (c) proporcionalidad, pues la medida es idónea, se consideró necesaria y no afecta desproporcionadamente el núcleo esencial del derecho a la libertad de expresión de los medios de comunicación. Si bien los criterios de limitación de la libertad de expresión deben ser restrictivos, lo que implica que los jueces deben fundar la reserva en la estricta necesidad de adoptar la medida y la sentencia objetada considera que esto no fue así, se encuentra que la necesidad sí fue fundamentada en la decisión que se objeta.

Por tanto, es claro, por un lado, tal y como lo manifestó la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia en segunda instancia, que en el presente caso se encontraba probada con suficiencia la motivación de la providencia recurrida y que la juez accionada, en efecto, ponderó de forma adecuada la tensión entre el debido proceso y el principio de publicidad en el marco de audiencias preliminares. Con fundamento en lo anterior, la decisión adoptada termina por desconocer el criterio de autonomía judicial donde la decisión de mantener o no la reserva, se sujeta al principio de necesidad conforme a lo dispuesto en el artículo 149 de la Ley 906 de 2004, por lo que la decisión de la juez de control de garantías no es permanente sino hasta que se superen las situaciones que motivaron la limitación a dicha garantía, asunto que deberá ser valorado por el juez de conocimiento, en su debida oportunidad. Esta sentencia decidida por la mayoría, asume violaciones que no ocurrieron y por consiguiente se tutela una vulneración inexistente por parte del juez de control de garantías, y aún más preocupante, eventual y no actual por parte del juez de conocimiento, desconociendo a todas luces la naturaleza de la acción de tutela.

2. En segundo lugar, las garantías de **independencia y autonomía judicial⁵ y del debido proceso (art. 29 superior)** se ven alteradas por la decisión de la mayoría. El juicio de proporcionalidad que plantea la sentencia obliga al juez penal a considerar medidas alternativas – no previstas en la ley – antes de aplicar las causales legales de restricción a la publicidad, con el objetivo de garantizar la libertad de expresión. Esta ponderación, más allá de dificultar la aplicación de la norma penal especial que regula las limitaciones al principio de publicidad en la etapa de audiencias preliminares, complejiza los procesos, olvida que existen formas de motivación legítimas y suficientes en la decisión proferida por el juez del caso, y termina por dificultar la aplicación de prerrogativas legales del juez en su calidad de director del proceso. Sobre este punto, las medidas descritas en la decisión de la mayoría, en su mayoría, carecen de soporte legal, generan dificultades en su implementación y sujetan al juez a un panorama de eventualidades infinitas que termina por comprometer su capacidad y autonomía para decidir sobre las restricciones a la publicidad y afectan otras garantías constitucionales como la autonomía judicial, los derechos de las víctimas y el debido proceso. Es así como, consideran los Magistrados disidentes que sujetar la motivación de los jueces de control de garantías – que cumplen con la carga de motivación conforme a la ley – a la consideración de alternativas eventuales y censurar las formas suficientes de motivación distintas a las que plantea la Corte, es una forma clara de intromisión a la autonomía judicial que desconoce, entre otras, la realidad del proceso penal y el debido proceso judicial. Los jueces de garantías, al aplicar la ley, deben ponderar las distintas garantías constitucionales de las partes del proceso y no sólo valorar la libertad de información en la etapa de investigación.

3. En tercer lugar, la sentencia reconoce como parte esencial de la libertad de prensa y la libertad de información, *la presencia de los medios de comunicación en las audiencias preliminares*, a partir de una lectura equivocada del principio de publicidad en materia procesal penal y el artículo 20 de la Constitución. Es claro que, la sentencia no entiende que **el principio de publicidad, como todo principio constitucional, no es absoluto sino que se puede ponderar con otros principios, siendo transversal a todo el proceso penal, y que el mismo se caracteriza por su protección incremental o maximización**. Este aspecto –reconocido pacíficamente por la jurisprudencia⁶ –, fue omitido en la sentencia adoptada por la mayoría. Es claro que sin tener un piso jurídico sobre el cual actuar, esto es, una decisión judicial que adolecería de algún defecto, la mayoría adoptó un remedio constitucional sobre un caso hipotético y eventual, un debate basado en la aplicación de un marco normativo visto con el lente de la libertad de expresión, desnaturalizando el contenido esencial del artículo 20 de la Constitución y dejando en el olvido otras garantías constitucionales y elementos esenciales del debido proceso.

En conclusión, la Sala Plena adoptó esta decisión bajo la necesidad de garantizar la dimensión democrática de la libertad de expresión consagrada en el artículo 20 de la Constitución, pero no reconoció ni ponderó la finalidad constitucional de las medidas restrictivas necesarias a la misma con el fin de proteger a los testigos, intervinientes, peritos y el buen desarrollo del proceso penal, de conformidad con lo dispuesto por los artículos 18 y 149 a 152A de la Ley 906 de 2004, razón por la cual los suscritos magistrados nos apartamos de la misma.

La magistrada **GLORIA STELLA ORTIZ DELGADO** se reservó la posibilidad de presentar aclaración de voto.

ALBERTO ROJAS RÍOS
Presidente

⁵ Constitución Nacional, artículos 228 y 230 de la Constitución; CADH, artículo 8.

⁶ Corte Constitucional, sentencias SU-274 de 2019 y C-599 de 2019, entre otras.

