

**LOS MEDIOS DE COMUNICACIÓN FRENTE AL DERECHO DE DEFENSA EN LA  
ETAPA DE INDAGACIÓN**

**YULY ANDREA VALENCIA ÁLVAREZ**

**SANDRA MILENA LIBREROS TOBON**

**ANA CATALINA OSORIO ECHEVERRI**

**Monografía para optar por el título de Abogado**

**ASESOR: MIGUEL ÁNGEL CORTÉS GARCÍA**

**UNIVERSIDAD AUTÓNOMA LATINOAMERICANA**

**FACULTAD DE DERECHO**

**MEDELLÍN**

**2018**

LOS MEDIOS DE COMUNICACIÓN FRENTE AL DERECHO DE DEFENSA EN LA  
ETAPA DE INDAGACIÓN

YULY ANDREA VALENCIA ÁLVAREZ

SANDRA MILENA LIBREROS TOBON

ANA CATALINA OSORIO ECHEVERRI

Monografía para optar por el título de Abogado

UNIVERSIDAD AUTÓNOMA LATINOAMERICANA

FACULTAD DE DERECHO

MEDELLÍN

2018

## Contenido

Palabras claves .....	1
Resumen .....	2
Introducción.....	3
Justificación.....	5
Planteamiento del problema .....	8
Pregunta problematizadora.....	12
Objetivos .....	13
General:.....	13
Específicos:.....	13
Marco de referencia.....	14
CAPÍTULO I .....	16
El derecho a la defensa en etapa de indagación .....	16
El proceso penal colombiano en el marco del bloque de constitucionalidad .....	16
Garantías mínimas de los procesados en el marco del bloque de constitucionalidad.....	18
Derecho a la defensa en el proceso penal colombiano .....	21
CAPÍTULO II .....	35
Criminología académica y Criminología mediática: conceptos, diferencias y funciones. ....	35
La mediatización del derecho penal .....	40
Criminología mediática y derecho penal del enemigo .....	46
Los medios de comunicación frente a la administración de justicia .....	48
CAPÍTULO III .....	51
Los medios de comunicación frente al proceso penal.....	51
Libertad de información y de expresión: los medios de comunicación en el ordenamiento constitucional.....	51
Libertad de expresión y derecho a la información: protección constitucional y convencional .....	54
La medios de comunicación frente al derecho a la defensa en etapa de indagación .....	60
Reserva de la información en la etapa de indagación .....	67
Algunas hipótesis sobre la actividad de los medios y las labores defensivas dentro de la etapa de indagación.....	71
Amparo constitucional para la actividad de los medios de comunicación.....	77
Los medios de comunicación frente a las labores defensivas en etapa de indagación.....	80
La actividad de los medios de comunicación en casos puntuales .....	84

La información judicial y su tratamiento mediático: una mirada al panorama de desregulación .....	87
Conclusiones .....	94
Referencias.....	98
Artículos en línea .....	98
Bibliografía .....	99
Documentos legales .....	99
Jurisprudencia .....	100

## **Palabras claves**

- Criminología mediática
- Derecho a la defensa
- Etapa de indagación
- Proceso penal
- Derecho a la información

## Resumen

Este trabajo de investigación reflexiona sobre el papel de los medios de comunicación frente al proceso penal, en especial frente a la etapa de indagación, pues la mayoría de actos e información dentro de ella, están sometidos a reserva para el éxito de la investigación en contra del indiciado (como excepción al principio procesal de publicidad), pero en la práctica los medios de comunicación, bajo el amparo de la propia carta constitucional y los principios (a su vez traducidos en derechos) de libertad de expresión y de información, no sólo la obtienen sino que además la publican masivamente, pudiendo amenazar la propia investigación del ente acusador y generando una inquietud mayor sobre el posible entorpecimiento o afectación del derecho a la defensa del indiciado, cuyo defensor está llamado no sólo a velar por sus garantías constitucionales dentro de dicha etapa, sino también a ejercer sus propios actos de investigación.

## Introducción

Los medios de comunicación en Colombia se encuentran cobijados por un orden constitucional inspirado en la libertad de expresión y de información como pilares del Estado social de Derecho. Bajo este marco desarrollan su actividad informativa, encontrando como límite una responsabilidad social que la Corte Constitucional ha tratado de delinear a través de su jurisprudencia, sin que, no obstante, exista normas legales o de otra índole que los regulen de manera expresa y detallada, en especial cuando los medios de comunicación actúan como informadores sobre la realidad judicial del país.

Esta libertad basada en una responsabilidad social difusa o pobremente regulada, ha permitido que en Colombia, al igual que en otros países latinoamericanos o incluso europeos, como el caso de España, se generen interrogantes acerca del papel que los medios de comunicación cumplen con ocasión de la administración de justicia y la percepción del fenómeno criminal, pues estos desarrollan su propia visión del mismo (criminología mediática), pero además llegan incluso a intervenir de forma indirecta en los procesos judiciales, como sugiere, por ejemplo, Guzmán (2015), al afirmar que las sentencias judiciales en Colombia se ven influidas en ocasiones por la presión mediática que se ejerce sobre los actores procesales, y especialmente sobre el juez, como representante de la administración de justicia.

En esta misma línea crítica de pensamiento, surgen interrogantes acerca del proceso penal colombiano frente a la actividad de los medios de comunicación. La literatura jurídica al respecto, no obstante, se ha conformado con indagar por la facilidad con que los medios pueden vulnerar derechos fundamentales como la presunción de inocencia, el buen nombre o la honra de los procesados, soslayando la posibilidad de que la influencia mediática trascienda sobre estos y

pueda afectar el derecho a la defensa propiamente dicho, particularmente, en etapas sensibles de este, como pueda serlo la indagación preliminar, dentro de la cual existe reserva sobre cierta información que tanto el ente investigador como la defensa recaudan para arribar al proceso.

Se ahonda en el derecho a la defensa, su naturaleza y alcance, su activación dentro del proceso penal, así como los actos procesales y preprocesales para ejercerlo, con el fin de poner a prueba la idoneidad de la normatividad procesal penal colombiana para garantizarlo y verificar si este ordenamiento procesal penal está suficientemente blindado frente a injerencias externas, como la que puede representar la actividad informativa de los medios de comunicación sobre los procesos judiciales, en un escenario de desregulación respecto al tratamiento de la información judicial, incluso, cuando los procesos se encuentran en la etapa germinal de la indagación, que por ser la primera no es menos relevante en materia de garantías, pues de su éxito depende en gran medida la suerte del proceso, tanto para el ente investigador como para la defensa.

## Justificación

Este proyecto de investigación busca establecer cuál es el verdadero alcance de la criminología mediática, como creadora del imaginario social sobre el fenómeno del delito, frente al proceso penal propiamente dicho, especialmente en la etapa de indagación, durante la cual el ente investigador adelanta las averiguaciones preliminares, incluso, a espaldas del indagado, pues generalmente la reserva es una medida clave para el éxito de estas indagaciones. Los medios de comunicación en su afán de informar (si es posible antes que cualquier otro medio, inclusive medios oficiales) sobre el acontecer criminal, pueden actuar de una manera invasiva sobre la vida privada y los derechos de las personas presuntamente autoras o partícipes de un delito. Esto lo demuestran los múltiples casos en que la misma Corte Constitucional, en sede de revisión de tutela, ha ordenado a algunos medios rectificar información que ha afectado el derecho a la presunción de inocencia de los ciudadanos, con ocasión de sus publicaciones inexactas, equívocas, erróneas o infundadas sobre un determinado hecho delictual y sus presuntos responsables. Sin embargo, pese a estos fallos ejemplares, que resaltan la responsabilidad social de los medios de comunicación masiva respecto de sus contenidos, y los múltiples estudios que la criminología académica, valiéndose a su vez de trabajos antropológicos, sociológicos, psicológicos y aún filosóficos, ha realizado sobre la criminología mediática, no se observa en el panorama académico muchos estudios que aborden concienzudamente el efecto jurídico que tiene este actuar de los medios de comunicación sobre los procesos judiciales. Este trabajo se propone analizar hondamente la etapa indagatoria y las actuaciones que tienen lugar durante ella, tanto de la Fiscalía como de la defensa, para constatar si bajo ciertas hipótesis, como las investigaciones paralelas que puedan adelantar los medios de comunicación y el propio ente investigador, podría verse menoscabado el derecho a la defensa de los indiciados. Dicha

inquietud, aunque de suyo interdisciplinar al ser los estudios criminológicos beneficiarios de gran número de disciplinas, debe resolverse desde una perspectiva jurídica, pues sólo el análisis de la norma, de la norma procedimental pero también la sustantiva, especialmente la constitucional, puede revelar si es suficiente el blindaje normativo contra las interferencias de terceros durante la etapa de indagación, llamada no sólo a la reserva, sino también a sentar las bases fundamental de la eventual persecución penal, pero sobre todo, a respetar los derechos fundamentales de los procesados dentro de un modelo acusatorio y garantista como el colombiano.

Con base en lo anterior, esta investigación se propone discriminar la etapa de indagación y de ella sus actuaciones, con el fin de establecer si existe la posibilidad de que la llamada criminología mediática pueda intervenir en ellas de modo que un indagado pueda ver afectada su defensa, especialmente cuando los medios de comunicación acceden a información sometida a reserva, adelantan investigaciones paralelas o incluso vulneran la presunción de inocencia sin que se conozca siquiera una formulación de imputación en contra de los indiciados. Si bien la criminología como tal y otras disciplinas como la sociología, la filosofía, etcétera, han abordado el papel de los medios de comunicación en la comprensión y reproducción del fenómeno criminal, es necesario establecer si este rol puede sobrepasar efectivamente el ámbito discursivo o sociológico para surtir efectos negativos sobre el proceso penal, el cual cuenta con una estructura y una lógica propia, determinada previamente por un sistema normativo complejo que, en todo caso, debe salvaguardar los derechos fundamentales de los procesados, especialmente su derecho a la defensa, el cual constituye un principio medular de nuestra vida política y jurídica como está consagrado en la propia Constitución Política y lo reitera la Corte Constitucional.

Es obligación de la academia y los operadores jurídicos estudiar la compleja realidad jurídica para poner a prueba el ordenamiento normativo, dado que a partir de este ejercicio de contrastación pueden advertirse los vacíos que presenta la norma o la necesidad de modificarla para adecuarla a los mandatos constitucionales, pero sobre todo a la vida social que desborda cualquier marco normativo. La academia y la ciencia no pueden aislarse de la cotidianidad social, por el contrario, deben dirigir su actividad a responder a las necesidades que tienen lugar con ocasión de las relaciones personales, sociales y políticas, especialmente, como en este caso, cuando dichas necesidades están relacionadas con la protección de derechos fundamentales de las personas.

## Planteamiento del problema

Actualmente, al menos en nuestras sociedades occidentales, el fenómeno criminal ha sido objeto de un rechazo más enérgico y decidido buscando visibilizar y castigar ejemplarmente este tipo de conductas “desviadas”. Este sentimiento de inseguridad y rechazo ha sido canalizado por los medios de comunicación masiva, quienes han elaborado un discurso, si se quiere, propio, en torno a la criminalidad, al margen incluso de las voces especializadas que desde la academia advierten de los peligros que conllevan los imaginarios creados por la llamada criminología mediática.

En Colombia, particularmente, las agendas informativas de los medios de comunicación masiva están bastantes comprometidas con la tarea de visibilización del delito, exponiendo un escenario macodelictual desbordado y generando un sentimiento de inseguridad en todos los sectores de la población. Además de esto, la criminología mediática, en criterio de muchos autores, entre los que se destaca Zaffaroni, produce un discurso discriminador y antidemocrático, al imponer a fuerza de constancia una visión del delincuente como un enemigo dentro de un sistema de control del delito (el derecho penal) que cada vez más se aleja del garantismo constitucional y sucumbe a los intereses populistas de aumento de penas, hipertipificación, etcétera, con lo cual se construye, en palabras de Zaffaroni (2011), “el miedo a la inseguridad delictiva”, haciendo una elección del enemigo a castigar y vencer, estereotipándolo, de modo que sobre él (grupo o individuo) se vuelque el deseo de venganza (s.p.).

Esta influencia de los medios de comunicación ha sido bastante estudiada desde la década de los 30's en Estados Unidos, y aún antes en Europa. Desde disciplinas como la sociología, la antropología, la psicología y la propia criminología académica se cuestionan los efectos adversos

de una práctica comunicativa con larga tradición que, incluso, ha logrado sustituir a la academia y los expertos, haciendo extensivas sus conclusiones y prioridades a las masas. Sin embargo, es poco lo que se conoce de los efectos adversos que la criminología mediática puede producir en el mundo propiamente jurídico, aunque algunos autores, explícitamente (Guzmán, 2015) o implícitamente (Barata, 2008), sugieran este efectivo influjo de los medios de comunicación, por ejemplo, en las sentencias, algunas de las cuales en Colombia, a juicio del primero, se profieren con intención de satisfacer a los medios y no precisamente para cumplir el mandato constitucional de impartir justicia.

Ahora bien, sin querer participar de esta polémica sobre el influjo de los medios sobre los jueces y administradores de justicia y sus eventuales decisiones, este proyecto se plantea un interrogante que recae más sobre el ordenamiento jurídico, en tanto sistema cerrado de normas, y no sobre los agentes que materializan dentro de ese marco los mandatos constitucionales, los cuales dicho sea de paso no son autómatas y sí por el contrario humanos con una voluntad susceptible de error o dolo. Concretamente, este trabajo se pregunta por la posibilidad de que los medios de comunicación masiva, además de crear un imaginario social sobre el delito, puedan interferir en el proceso penal, más exactamente en la etapa de indagación y afectar el derecho de defensa de los indagados, bajo hipótesis contrastables con la realidad como el hecho de que estos medios en ocasiones adelantan investigaciones paralelas a las oficiales o incluso investigan por su propia cuenta hechos que posteriormente, tras su publicación, son investigados por la justicia.

Durante esta etapa de investigación, la Fiscalía General de la Nación, así como los jueces de control de garantías y el propio indiciado y su defensa, producen una información de sumo interés para los medios de comunicación, pues estos se disputan la primicia y más si esta

involucra a personajes representativos de la vida pública o sujetos que los propios medios de comunicación han puesto en el foco de la opinión pública.

En Colombia, particularmente, tiene gran acogida la criminología mediática, entendida esta como

[...] una creación de la realidad a través de información, subinformación y desinformación en convergencia con prejuicios y creencias, basada en una etiología criminal simplista asentada en causalidad mágica. Aclaremos que lo mágico no es la venganza, sino la especial idea de la causalidad que se usa para canalizarla contra determinados grupos humanos, lo que en términos de la tesis de Girard los convierte en chivos expiatorios (Zaffaroni, 2011, s.p.).

En este marco social e informativo los políticos, tal vez recogiendo el clamor popular, tal vez actuando con criterio de oportunidad electoral, incluyen dentro de sus propuestas legislativas proyectos que van desde la prisión perpetua, mayor tipificación e incluso castración química para ofensores sexuales, por ejemplo, propuestas con suficiente eco en los medios de comunicación como para pensar en una posible influencia, por demás poderosa, de estos medios sobre la criminología y la política criminal. Sin embargo, esta investigación se interesa concretamente en establecer si esta criminología mediática, esta injerencia de los medios de comunicación masiva en la configuración de la realidad criminológica, puede afectar el derecho constitucional y legal a la defensa de los procesados, especialmente en la etapa de indagatoria previa o preliminar, puesto que en ella la diligencia tiene un carácter reservado, al advertir que la criminología mediática podría tener una marcada influencia sobre las agendas públicas, políticas y legislativas, pero también sobre los procesos jurisdiccionales penales, sobre los cuales los medios no sólo

informan, sino que también ejercen una presión peculiar, muchas veces canalizando el deseo popular de venganza, o incluso creándolo, como explica Zaffaroni (2011). En el marco de dicho contexto es posible plantear múltiples inquietudes en torno al papel de los medios de comunicación masiva y la criminología mediática para establecer si, por ejemplo, la intervención de los medios, la tergiversación de la información, las informaciones filtradas, la presión mediática, pueden afectar el derecho constitucional y legal de los procesados a su defensa dentro de la etapa indagatoria del proceso penal colombiano, o si, por el contrario, esta está lo suficientemente blindada contra las influencias externas o extrañas a la cuerda procesal, que puedan provenir de esta criminología mediática especialmente interesada en aquellos delitos más reprochados socialmente en determinadas coyunturas históricas como esta, en la que, si los medios de comunicación masiva incumplen su responsabilidad social pueden afectar garantías mínimas que la Constitución Política establece para poner un límite al poder punitivo del Estado como expresión del deseo de venganza dentro de un Estado social de Derecho. A partir de estas reflexiones y con el ánimo de ahondar en estas inquietudes, se pregunta:

### **Pregunta problematizadora**

¿Los medios de comunicación pueden afectar el derecho a la defensa en la etapa de indagación de los procesados penalmente en Colombia?

## Objetivos

### **General:**

Identificar con base en el estudio del proceso jurisdiccional penal colombiano si el derecho a la defensa de los procesados penalmente puede verse vulnerado como consecuencia de la intervención de la criminología mediática en la etapa de indagación.

### **Específicos:**

Desarrollar el contenido y alcance del derecho a la defensa en etapa de indagación en el proceso jurisdiccional penal colombiano en el marco de la normativa convencional, constitucional y legal vigente.

Indagar teóricamente en qué consiste la criminología mediática y cómo actúa como fuente no académica de percepción del fenómeno delictual.

Establecer si la criminología mediática frente puede vulnerar el derecho a la defensa de los procesados en etapa de indagación dentro del marco del proceso jurisdiccional penal colombiano.

## Marco de referencia

Una investigación como la que se propone, debe partir principalmente del estudio de la normativa colombiana referente al proceso penal en general, y de manera especial, a la etapa indagatoria. Tanto la Ley 906 de 2004 – Código de Procedimiento Penal – como la ley 599 de 2000 – Código Penal- y la Constitución Política de 1991 son normas bastante asimiladas por los operadores jurídicos y la doctrina, razón por la cual existe suficiente material doctrinal y jurisprudencial para acercarse a la comprensión del proceso penal. Sobre este punto, además de consultar autores nacionales como Uprimy, Barbosa, Agudelo y otros, son de especial interés los pronunciamientos de la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia, como órgano de cierre, y la Corte Constitucional, en su función de salvaguardar la Constitución Política y por ende la coherencia del sistema normativo frente a esta última. Es de anotar que existen múltiples referencias de la Corte Constitucional tanto a la estructura del proceso penal y etapa de indagación, así como al papel que cumplen los medios de comunicación masiva frente a derechos emanados del principio de defensa, como la presunción de inocencia. Sin embargo, la Corte Constitucional no se ha pronunciado frente a la criminología mediática en alguno de los sentidos en el que este proyecto pretende cuestionarla. Si bien esta práctica mediática ha permitido el cuestionamiento sobre la responsabilidad social de los medios de comunicación, no se ha planteado nunca el interrogante sobre sus posibles efectos dentro del proceso penal, puesto que el papel de los medios como fuentes de percepción del delito han sido más estudiados por otras disciplinas distintas al derecho, como la sociología, la psicología o la criminología académica. Autores como Barata, Elbert o García-Pablos en el plano internacional han tratado de explicarse la mediatización del delito y del derecho penal como mecanismo de control social, pero siempre desde perspectivas criminológicas. Zaffaroni, por su parte, es el gran referente

sobre la criminología en Latinoamérica, con su texto *La cuestión criminal* (2011), en el cual estudia la criminología académica, la de los cuerpos (médica) y la mediática. Sin embargo, al referirse a esta última, el autor lo hace de una manera más sociológica que jurídica, exponiendo una visión crítica sobre el papel de los medios en la construcción del imaginario social sobre el delito, lo criminal, los criminales, etcétera, pues considera que alimentan lo que se conoce como el derecho penal del enemigo. En Zaffaroni tampoco se encuentra, no obstante, una apreciación sobre los posibles efectos de esta criminología sobre el proceso penal propiamente dicho, lo cual, huelga decir, es excusable si se piensa que, en cada país, pese a la sucesiva homogenización normativa con base en los tratados internacionales, el proceso y las etapas varían conforme la libertad de configuración legislativa.

Por otra parte, en Colombia también es poco lo que se ha estudiado la criminología mediática en el escenario que se propone esta investigación, dado que, la gran mayoría de publicaciones, se limitan a señalar la responsabilidad social de los medios de comunicación frente a la presunción de inocencia y la veracidad e imparcialidad de sus informaciones. Sólo algunos autores locales como Guzmán (2015) se atreven a señalar un mayor influjo de los medios de comunicación, incluso, según el autor, en las propias decisiones judiciales. No obstante, con relación a la posible influencia de los medios en esta etapa de indagación y una eventual lesión de derechos, especialmente el derecho a la defensa, el material bibliográfico es más que escaso, razón por la cual se hace indispensable volver a la jurisprudencia de las altas cortes para construir una respuesta al interrogante que se plantea este proyecto.

## CAPÍTULO I

### El derecho a la defensa en etapa de indagación

#### El proceso penal colombiano en el marco del bloque de constitucionalidad

En Colombia el procedimiento penal está actualmente regido por la ley 906 de 2004 o Código de Procedimiento penal – CPP-, el cual remplazó la ley 600 del 2000. La vigente codificación apuesta por un modelo adversarial conocido como sistema penal acusatorio, en contraposición al antiguo régimen procedimental, edificado sobre un modelo de cuño inquisitivo. Sin embargo, el nuevo sistema normativo acusatorio se caracteriza, principalmente, por estar estrechamente vinculado al bloque de constitucionalidad - figura medular de nuestro ordenamiento constitucional, a través de la consagración expresa en su artículo 3º de la prelación en la actuación de “los tratados y convenios internacionales ratificados por Colombia que traten sobre derechos humanos”, lo cual impone al operador jurídico obligaciones al menos en cuatro sentidos, como lo explica Uprimy (2005):

Para que el bloque de constitucionalidad tenga realmente eficacia normativa, es necesario que el juez penal, ya sea que se desempeñe como juez de garantías, ya sea que presida el juicio oral, tenga en cuenta las normas que integran dicho bloque de constitucionalidad para determinar el alcance de las garantías en el proceso penal, para que de esa manera pueda proteger adecuadamente los derechos fundamentales [...] Ahora bien: para realizar adecuadamente esa labor, el funcionario judicial debe tener en cuenta al menos los siguientes aspectos: (i) debe tener claro cuáles son las normas constitucionales y de derechos humanos convencionales más importantes en relación con el proceso penal; (ii) debe tener claro cómo optar entre disposiciones

que puedan tener tensiones o contradicciones en este aspecto; (iii) debe saber usar la doctrina y la jurisprudencia internacionales de derechos humanos en este campo; (iv) y debe además tener claro el valor que pueden tener ciertos documentos internacionales de derechos humanos, que no son tratados ni jurisprudencia, pero pueden ser relevantes [..]. (p. 47- 48)

Como se observa, el vigente procedimiento penal en Colombia está intrínsecamente ligado a la norma constitucional y al bloque de constitucionalidad. Esta incontrovertible relación obliga a pensar en el procedimiento penal vigente más allá de las disposiciones legales contenidas en el código procedimental, lo cual a su vez implica una ampliación del catálogo de derechos y obligaciones que convergen en el proceso penal y lo nutre para alcanzar mayor efectividad en la consecución de los fines previstos por el legislador. Como lo expone el autor en comentario, existen al menos cuatro tipos de derechos relacionados con el proceso penal:

(i) la libertad personal y sus garantías específicas, pues ese derecho puede verse afectado en la investigación penal y en el proceso penal; (ii) el debido proceso, pues este debe ser garantizado; (iii) la protección judicial de otros derechos, como la intimidad y la inviolabilidad del domicilio y, (iv) los derechos de las víctimas. (Uprimy, 2015, p. 48).

Conforme se viene explicando, la asimilación de estos derechos al interior del proceso penal no puede limitarse a la interpretación de las disposiciones legales pertinentes, sino que debe procurarse su comprensión a partir de la Constitución y las normas convencionales relativas a los derechos humanos que se comprometen dentro del proceso, cuya trascendencia constitucional impele al juez para que se ajuste al bloque de constitucionalidad y conduzca la actuación de

modo que, sin sacrificar la efectividad de la persecución penal por parte del Estado, se garanticen los derechos fundamentales de los procesados. Es menester acudir a la propia Constitución y los tratados internacionales relevantes en materia de derechos humanos para dimensionar en toda su complejidad la naturaleza de los derechos debatidos en medio de un proceso penal, especialmente aquellos del procesado, como parte débil frente al órgano de persecución penal.

### **Garantías mínimas de los procesados en el marco del bloque de constitucionalidad.**

Al estar inscrito dentro de un marco constitucional amplio, el estudio sobre el procedimiento penal debe comenzar por la asimilación de las disposiciones normativas de superior jerarquía dentro del bloque constitucional, de allí que se necesario acudir a la propia Carta Política para establecer cuáles son las garantías mínimas de los procesados en el marco del proceso penal. El artículo 29 de la Constitución Política consagra, pues, el debido proceso, en tanto derecho fundamental, como eje articulador de la actividad jurisdiccional en todas sus especialidades. La literalidad de la norma es así:

**Artículo 29.** El debido proceso se aplicará a toda clase de actuaciones judiciales y administrativas.

Nadie podrá ser juzgado sino conforme a leyes preexistentes al acto que se le imputa, ante juez o tribunal competente y con observancia de la plenitud de las formas propias de cada juicio.

En materia penal, la ley permisiva o favorable, aun cuando sea posterior, se aplicará de preferencia a la restrictiva o desfavorable.

Toda persona se presume inocente mientras no se la haya declarado judicialmente culpable. Quien sea sindicado tiene derecho a la defensa y a la asistencia de un abogado escogido por él, o de oficio, durante **la investigación y el juzgamiento**; a un debido proceso público sin dilaciones injustificadas; a presentar pruebas y a controvertir las que se alleguen en su contra; a impugnar la sentencia condenatoria, y a no ser juzgado dos veces por el mismo hecho.

Es nula, de pleno derecho, la prueba obtenida con violación del debido proceso.

(C.N., 1991) (Negrilla por fuera del texto original)

Esta norma constitucional, además, encuentra una correlativa que la integra y complementa, en virtud del mencionado bloque de constitucionalidad, en el artículo 8<sup>01</sup> de la Convención

---

<sup>1</sup> Artículo 8. Garantías Judiciales

1. Toda persona tiene derecho a ser oída, con las debidas garantías y dentro de un plazo razonable, por un juez o tribunal competente, independiente e imparcial, establecido con anterioridad por la ley, en la sustanciación de cualquier acusación penal formulada contra ella, o para la determinación de sus derechos y obligaciones de orden civil, laboral, fiscal o de cualquier otro carácter.

2. Toda persona inculpada de delito tiene derecho a que se presuma su inocencia mientras no se establezca legalmente su culpabilidad. Durante el proceso, toda persona tiene derecho, en plena igualdad, a las siguientes garantías mínimas:

- a. derecho del inculcado de ser asistido gratuitamente por el traductor o intérprete, si no comprende o no habla el idioma del juzgado o tribunal;
- b. comunicación previa y detallada al inculcado de la acusación formulada;
- c. concesión al inculcado del tiempo y de los medios adecuados para la preparación de su defensa;
- d. derecho del inculcado de defenderse personalmente o de ser asistido por un defensor de su elección y de comunicarse libre y privadamente con su defensor;
- e. derecho irrenunciable de ser asistido por un defensor proporcionado por el Estado, remunerado o no según la legislación interna, si el inculcado no se defendiere por sí mismo ni nombrare defensor dentro del plazo establecido por la ley;
- f. derecho de la defensa de interrogar a los testigos presentes en el tribunal y de obtener la comparecencia, como testigos o peritos, de otras personas que puedan arrojar luz sobre los hechos;
- g. derecho a no ser obligado a declarar contra sí mismo ni a declararse culpable, y
- h. derecho de recurrir del fallo ante juez o tribunal superior.

3. La confesión del inculcado solamente es válida si es hecha sin coacción de ninguna naturaleza.

4. El inculcado absuelto por una sentencia firme no podrá ser sometido a nuevo juicio por los mismos hechos.

5. El proceso penal debe ser público, salvo en lo que sea necesario para preservar los intereses de la justicia.

Interamericana de Derechos Humanos, ratificada por Colombia mediante la Ley 16 de 1972, la cual se ha dicho se asemeja a la disposición constitucional, pero también al propio texto legal de la ley 906 de 2004 en su título preliminar, dentro del cual se desarrollan los principios rectores y las garantías procesales. El artículo 9º del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, ratificado por Colombia a través de la ley 74 de 1968, también consagra mínimas garantías procesales como expresión del límite al poder punitivo de los Estados.

De estas normas superiores se desprende gran número de consecuencias jurídicas, traducidas al ordenamiento en normas, valores, principios y derechos, razón por la cual se hace indispensable adentrarse en esta figura para comprenderla a cabalidad, pues de su adecuado desarrollo depende su efectividad como derecho fundamental y principio de nuestro sistema normativo. El profesor Martín Agudelo (2004), al respecto, plantea que el debido proceso como derecho fundamental integra al menos:

- (a) El derecho fundamental al juez director, exclusivo, natural o competente, independiente e imparcial.
- (b) El derecho fundamental a la audiencia o a ser oído en un término razonable y en igualdad de condiciones con los demás participantes.
- (c) El derecho fundamental a la forma previamente establecida en la ley procesal.
- (d) El derecho fundamental a que el proceso procese exclusivamente pretensión procesal ajustada al derecho sustancial preexistente (s.p.) (Negrilla por fuera del texto original).

Este contenido jurídico de la norma lleva a Agudelo (2004) a distinguir una serie de principios relativos a cada uno de estos elementos constitutivos del derecho fundamental al debido proceso, identificando así principios procesales como: (i) legalidad del juez, a su vez compuesto por los principios de (a) exclusividad de jurisdicción, (b) juez natural, (c) principio de autoridad del juez, (d) imparcialidad del juzgador, (e) independencia judicial; y (ii) legalidad de la audiencia, desarrollada por los principios principales de (a) bilateralidad de la audiencia o principio del contradictorio o derecho de defensa, (b) legalidad de las formas o el principio del formalismo, (c) derecho a pretensión procesal típica: juzgamiento conforme a Derecho y, (d) otros principios de índole garantista como la publicidad, del derecho de impugnación, presunción de inocencia, motivación de las decisiones judiciales, entre otros.

### **Derecho a la defensa en el proceso penal colombiano**

Dado que no es propósito de esta investigación desarrollar cada uno de estos aspectos integrantes del debido proceso propuestos por el autor, es oportuno aquí enfatizar entonces en la bilateralidad de la audiencia o el derecho de defensa, el cual, no obstante, está notablemente vinculado a los demás principios que comporta el derecho fundamental al debido proceso.

Respecto al derecho de defensa, escribe Agudelo (2004):

Corresponde al apotegma "Audiatur altera pars". Clemente A. Díaz considera que el principio de la bilateralidad de la audiencia o del contradictorio "(...) expresa que, salvo excepciones limitadas, el juez no podrá actuar su poder de decisión sobre una pretensión (civil, lato sensu o penal), si la persona contra quien aquella ha sido propuesta no ha tenido la oportunidad de ser oída: audiatur et altera pars".

La bilateralidad de la audiencia o de contradicción confirma el Carácter participativo, pluralista y realmente democrático del proceso<sup>31</sup>. Los sujetos que participan en una relación dialéctica como la jurídico procesal tienen idénticas posibilidades de ejercer sus derechos para defenderse, para controvertir las afirmaciones y negaciones sostenidas en el correspondiente debate procesal y para cuestionar las pruebas incorporadas. Se destaca la exigencia de Ferrajoli<sup>32</sup> de dotar a la defensa y a la acusación de la misma capacidad y de los mismos poderes, en pro de asegurar una real contradicción. Adicionalmente el destacado jurista sostiene que ha de admitirse el papel del contradictor en todo momento y grado del procedimiento y en relación con cualquier acto probatorio (s.p.).

En materia penal, el debido proceso se expresa con mayor formalidad y rigurosidad que en otros procesos, pues como expresa la Corte Constitucional en sentencia T – 508 de 2011, ello se debe a la importancia que revisten los bienes jurídicos que se encuentran en juego, siendo necesario que *“en el momento de adoptar una decisión el juez cuente con todos los elementos de juicio que le permitan establecer la responsabilidad o la inocencia del sindicado. De allí la relevancia de garantizar su participación activa o representación dentro del proceso”*. La misma Corte Constitucional profundiza en el derecho de defensa como elemento esencial del derecho fundamental al debido proceso:

Una de las principales garantías del debido proceso, es precisamente el derecho a la defensa, entendido como la oportunidad reconocida a toda persona, en el ámbito de cualquier proceso o actuación judicial o administrativa, de ser oída, de hacer valer las propias razones y argumentos, de controvertir, contradecir y objetar las pruebas

en contra y de solicitar la práctica y evaluación de las que se estiman favorables, así como de ejercitar los recursos que la ley otorga.

[...]

Aun cuando es claro que el derecho a la defensa debe ser garantizado por el Estado en el ámbito de cualquier proceso o actuación judicial o administrativa, la jurisprudencia y la doctrina coinciden en sostener que éste se proyecta con mayor intensidad y adquiere mayor relevancia en el escenario del proceso penal, en razón de los intereses jurídicos que allí se ven comprometidos, las materias de las que se ocupa y las graves consecuencias que tiene para el procesado la sentencia condenatoria. La circunstancia de que en el proceso penal se resuelvan asuntos de alto impacto para la comunidad y que en él se puedan imponer sanciones que limitan la libertad personal, lo cual no ocurre en ningún otro tipo de controversia judicial, no deja duda sobre la importancia que adquiere la defensa en ese campo del derecho sancionatorio. (Corte Constitucional, sentencia C – 025 de 2009).

Con relación al derecho a la defensa, además, la Corte Constitucional ha identificado una serie de garantías que lo componen:

En relación con el plexo de garantías que involucra el ejercicio del derecho de defensa, en el contexto de un sistema acusatorio, la corporación ha sentado las siguientes reglas <sup>[27]</sup>: (i) **ni en la Constitución ni en los tratados internacionales de derechos humanos se ha establecido un límite temporal para el ejercicio del derecho de defensa** <sup>[28]</sup>; (ii) el derecho de defensa es general y universal, y en ese contexto no es restringible al menos desde el punto de vista temporal <sup>[29]</sup>; (iii) **el**

**ejercicio del derecho de defensa surge desde que se tiene conocimiento que cursa un proceso en contra de una persona y solo culmina cuando finalice dicho proceso** <sup>[30]</sup>; (iv) el derecho de defensa, como derecho fundamental constitucional, es un derecho que prima facie puede ser ejercido directamente por un procesado **al interior de un proceso penal** <sup>[31]</sup>; (v) el procesado puede hacer valer por sí mismo sus argumentos y razones dentro de un proceso judicial <sup>[32]</sup>; (vi) **el derecho de defensa se empieza a ejercer desde el momento mismo que se inicia la investigación** <sup>[33]</sup>; (vii) constituye una de las principales garantías del debido proceso, y representa la oportunidad reconocida a toda persona, en el ámbito de cualquier proceso o actuación judicial o administrativa, de ser oída, de hacer valer las propias razones y argumentos, de controvertir, contradecir y objetar las pruebas en contra y de solicitar la práctica y evaluación de las que se estiman favorables, así como de ejercitar los recursos que la ley otorga; <sup>[34]</sup> y (viii) **la importancia del derecho de defensa, en el contexto de las garantías procesales, radica en que con su ejercicio se busca impedir la arbitrariedad de los agentes estatales y evitar la condena injusta, mediante la búsqueda de la verdad, con la activa participación o representación de quien puede ser afectado por las decisiones que se adopten sobre la base de lo actuado** <sup>[35]</sup>; (ix) en el contexto de los procesos penales, el derecho a impugnar la sentencia condenatoria adquiere carácter fundamental, por lo que el Estado tiene la obligación de garantizar su efectividad de tal derecho <sup>[36]</sup> (Corte Constitucional, sentencia C-371 de 2011) (Negrilla por fuera del texto original).

Por otra parte, sin embargo, no hay que dejar de lado que el derecho fundamental al debido proceso, y en consecuencia sus elementos integrantes y los principios que de él se derivan, ha sido objeto de múltiples discusiones entre los operadores jurídicos y judiciales, puesto que la correcta interpretación de sus alcances no sólo ha sido debatida, sino que en efecto puede llegar a generar serios inconvenientes a la administración de justicia y en últimas, naturalmente, a los administrados, quienes incluso pueden ver conculcados otros derechos fundamentales, distinto al propio debido proceso, como la libertad, la igualdad, etcétera. En el caso de la jurisdicción penal, por ejemplo, la activación del derecho a la defensa ha sido objeto de gran controversia, puesto que, dado que el proceso penal comprende diferentes etapas, la activación de la defensa debe ser oportuna y eficaz, si lo que se busca es realmente la protección de las garantías constitucionales de los procesados.

Esta discusión alrededor de la oportunidad de ejercicio del derecho a la defensa es realmente importante atendiendo a la pregunta problematizadora de este trabajo, puesto que si lo pretendido es establecer la posibilidad de afectación a ese derecho como consecuencia de la intervención de los medios de comunicación en el proceso penal, es entonces imprescindible un repaso por la estructura de dicho proceso para identificar en él las diferentes etapas y como la ley y la jurisprudencia han establecido su ejercicio siguiendo los preceptos constitucionales y legales.

En la literatura jurídico procesal no suelen tratarse los aspectos teóricos del proceso con énfasis en una especialidad jurisdiccional, como el proceso civil o penal, sino que se parte de la existencia de elementos comunes a todos los procesos que permiten la abstracción de los contenidos para construir una teoría unificada del proceso que, luego, sí puede matizarse y desarrollarse conforme las específicas de uno u otro procedimiento.

Sobre este punto es necesario, entonces, abordar algunos puntos del proceso considerado en abstracto para hacerse una idea integral del mismo que permita identificar posteriormente los elementos característicos del proceso, o más técnicamente, el procedimiento penal. En este sentido, se considera inicialmente la crítica realizada por Barbosa (2005) la teoría clásica o formal del proceso, la cual, según el autor, se puede expresar como el “*conjunto de ritualidades (actos procesales) necesarias para la adopción de una decisión mediante la cual se resuelve un conflicto*” (p. 69). El profesor Barbosa (2005) arremete advirtiendo en esta definición una tautología insuperable, puesto que el proceso termina siendo un conjunto de actos procesales y estos a su vez se definen como cada una de las partes que integran el proceso. La propuesta del autor es como se lee a continuación:

En una perspectiva diferente, que denominaremos material, el proceso puede identificarse con un método<sup>4</sup>. El legislador, en este sentido, lo que plasma en los códigos de procedimiento es un método para administrar justicia, seleccionado en un momento histórico determinado. Y los operadores jurídicos lo que hacen es ejecutar ese método; bien podría plantearse que a los mismos fines puede llegarse por distintos caminos, pero por razones de seguridad jurídica e igualdad, el método judicial debe ser uno solo aplicable a todos los casos y personas.

[...]

El proceso judicial, en consecuencia, entendido como método, es la secuencia lógica y ordenada de pasos (actos procesales) que permite llegar a los fines que le son propios y cumplir su función; un proceso penal en un Estado de Derecho, visto en esta perspectiva, supone la realización de una serie de actos procesales, orientados

hacia cuatro fines básicos, a saber: a) lograr una aproximación razonable al conocimiento de la verdad; b) respetar los derechos fundamentales de los individuos involucrados en el proceso; c) resguardar los intereses sociales en juego; d) flexibilizar, cuando es del caso, las normas del derecho sustancial. (Barbosa, 2005, p. 69 – 70).

Ahora bien, el procedimiento penal colombiano como método tiene unos fines y características particulares en el actual contexto histórico, los cuales expresan, como bien lo señala el autor aludido, la esencia del Estado social y constitucional de Derecho implantado por la Constitución Política de 1991. La misma Corte Constitucional se ha encargado de delimitarlos, identificando entre las finalidades:

(i) fortalecer la función investigativa y de acusación de la Fiscalía General de la Nación, en el sentido de concentrar los esfuerzos de ésta en el recaudo de la prueba, despojándola en sentido estricto de funciones jurisdiccionales; **(ii) la configuración de un juicio público**, oral, contradictorio y concentrado en cabeza del juez de conocimiento; **(iii)** instituir una clara distinción entre los funcionarios encargados de investigar, acusar y juzgar; **(iv)** descongestionar los despachos judiciales mediante la supresión de un sistema procesal basado en la escritura para pasar a la oralidad, buscando garantizar el derecho a ser juzgado sin dilaciones injustificadas; (v) modificar el principio de permanencia de la prueba por aquel de la producción de la misma durante la etapa del juicio oral; (vi) introducir el principio de oportunidad en cabeza del ente investigador; y (vii) crear la figura del juez de control de garantías, a quien se le asigna la función de **ejercer un control previo y posterior de legalidad sobre las actividades y diligencias llevadas a cabo por la Fiscalía General en el**

**ejercicio de su actividad investigativa** (Corte Constitucional, sentencia C-387 de 2014) (Negrilla por fuera del texto original).

Las características del sistema acusatorio colombiano también son discriminadas por la Corte Constitucional, atendiendo a pronunciamientos suyos en las sentencias C-873 de 2003; C-591, C-592 y C-1194 de 2005; C-718 de 2006; C-025 de 2009; C-144 de 2010 y C-651 de 2011, las cuales se sintetizan en la sentencia de referencia C – 387 de 2014 así:

“i) **Separación categórica en las etapas de investigación y juzgamiento.** Como consecuencia de ello, desaparece la instrucción como fase de la instancia procesal encomendada al juez y se convierte en una etapa de preparación para el juicio. De esta forma, al juez penal se le encomienda el control de las garantías legales y constitucionales y el juzgamiento mediante el debido proceso oral.

ii) El rol del juez en el sistema penal acusatorio está centrado en el control de los actos en los que se requiera ejercicio de la potestad jurisdiccional o que impliquen restricción de derechos o calificación jurídica de los hechos. Así, el control judicial no sólo debe concretarse en el cumplimiento formal de los requisitos sino en la efectividad de los derechos sustanciales en juego.

iii) La actuación judicial solamente procede a petición de parte. Así, de acuerdo con el artículo 250 de la Constitución, el ejercicio de la acción penal está a cargo de la Fiscalía, quien puede solicitar al juez de control de garantías las medidas necesarias para asegurar la comparecencia de los imputados, la conservación de la prueba y la protección de la comunidad. Esa misma autoridad tiene a su cargo la presentación del escrito de acusación ante el juez de conocimiento, la solicitud de la

preclusión de las investigaciones y las medidas necesarias para la protección de las víctimas.

iv) **El proceso penal es**, por regla general, oral, contradictorio, concentrado y **público**.

v) Es posible que el proceso penal no se inicie o se termine pese a la certeza de la ocurrencia de un delito porque existió aplicación del principio de oportunidad o porque hubo acuerdo entre las partes. Por regla general, en los casos de terminación anticipada del proceso, existirá control judicial material y formal de la decisión adoptada. (Corte Constitucional, sentencia C-387de 2014) (Negrilla por fuera del texto original).

El proceso penal acusatorio establecido mediante la ley 906 de 2004 tiene finalidades y características puntuales que, como se observó anteriormente, sin duda, terminan reflejándose en su estructura el universo normativo de la constitución y el bloque de constitucionalidad, pues muchas de sus figuras son expresiones de las nuevas herramientas y significados otorgados por la Carta Política. Además del paso decidido hacia el garantismo penal, lo que se traduce en un catálogo más amplio de obligaciones y especialmente derechos, el procedimiento vigente propone una asignación de funciones y una delimitación de etapas procesales idóneas para la materialización del propósito de la acción penal. Es relevante al respecto considerar al detalle estas etapas procesales, especialmente con relación al derecho a la defensa que se ha desarrollado previamente.

Aunque inicialmente los órganos de cierre jurisdiccional, penal y constitucional sólo advirtieron dos etapas dentro del proceso, la de investigación y de juzgamiento (sentencia C -

118 de 2008), lo cierto es que hoy en día se identifican plenamente tres etapas procesales que la Corte Constitucional sintetiza así:

El modelo de proceso penal instaurado está conformado por **tres etapas principales, indagación,<sup>[33]</sup> investigación,<sup>[34]</sup> y juicio,<sup>[35]</sup>** y dos intermedias o de transición, audiencia de **formulación de acusación<sup>[36]</sup>** y **audiencia preparatoria,<sup>[37]</sup>** representado por la realización de un juicio oral, público, con intermediación de las pruebas, contradictorio, concentrado y con todas las garantías procesales de la persona, en el que la restricción de los derechos fundamentales es de reserva judicial porque debe ser autorizada de manera previa por el fiscal -en casos excepcionales- o el juez, mediante orden escrita motivada.<sup>[38]</sup> En consecuencia, a diferencia del sistema de tendencia inquisitiva en que la fiscalía cumplía simultáneamente las funciones acusatoria y jurisdiccional, en el nuevo esquema procesal penal su labor se desarrolla con especial énfasis en la función acusatoria, en la búsqueda de evidencias destinadas a desvirtuar la presunción de inocencia del investigado. El Estado, por intermedio de la fiscalía, está obligado a ejercer la acción penal y a realizar la investigación de los hechos que tengan las características de un delito, siempre que existan motivos y circunstancias fácticas suficientes que indiquen la posible comisión de la ley penal. No podrá, por ende, suspender, interrumpir, ni renunciar a la persecución penal, como regla general (Corte Constitucional, sentencia C-387 de 2014) (Negrilla por fuera del texto original).

Atendiendo a los propósitos de este trabajo conviene detenerse a analizar en qué consiste la etapa de indagación, para lo cual se considera conveniente acudir a la visión que de la misma tiene el órgano de persecución penal, es decir, la Fiscalía General de la Nación, cuya Escuela de

Estudios e Investigaciones Criminalísticas y Ciencias Forenses elaboró el texto titulado Estructura del proceso penal acusatorio, a cargo de Pedro Oriol Avella (2007), en el cual se desarrolla, según esa entidad, la naturaleza y características de esta etapa, la cual es limitada por el autor como sigue:

Esta fase comienza con la noticia criminal a partir de la cual se desarrollan las actividades descritas en párrafos anteriores y su límite final puede ser, bien la formulación de la imputación, caso en el cual se da lugar a la etapa subsiguiente que es la de la investigación, o la prescripción de la acción penal que determinaría el archivo de la actuación (p. 64).

Aunque el trabajo en cuestión se editó en el año 2007, cabe resaltar que su elección no es arbitraria, pues precisamente este texto refleja una interpretación de este lapso procesal que ha venido siendo matizada por el órgano judicial de cierre y la doctrina, pero especialmente por la Corte Constitucional, siempre que esta ha advertido posibles violaciones a derechos fundamentales, especialmente el derecho a la defensa, por la incorrecta interpretación de esta etapa. Así pues, Avella (2007) consigna en su informe frente a la etapa de indagación, siguiendo a la Corte Constitucional, lo siguiente:

La Fiscalía, en una primera fase de indagaciones, determina la ocurrencia de los hechos y delimita los aspectos generales del presunto ilícito. Dado que los acontecimientos fácticos no siempre son fácilmente verificables y que las circunstancias que los determinan pueden hacer confusa la identificación de su ilicitud, el fin de la indagación a cargo de la Fiscalía, y de las autoridades de policía judicial<sup>75</sup>, es definir los contornos jurídicos del suceso que va a ser objeto de

investigación y juicio. **La fase de indagación es reservada y se caracteriza por una alta incertidumbre probatoria, despejada apenas por los datos que arroja la notitia criminis.** (p. 62, citando a Corte Constitucional, sentencia C-1194 de 2005).  
(Subrayado y negrilla dentro de texto original)

Ahora bien, cabe aludir aquí al subrayado que el propio autor realiza sobre el texto para evidenciar la importancia que el ente de investigación otorga al carácter reservado, de esta etapa preprocesal, pues en los primeros años de implementación del actual Código de Procedimiento Penal – Ley 906 de 2004 – la Fiscalía General de la Nación sostuvo contra los procesados la tesis de que tanto la noticia criminis como los elementos materiales probatorios recaudados estaban sometidos a una reserva general sobre la cual nada podía hacer el investigado. Sin embargo, el mismo Avella reconoce, ya desde entonces, la excepcionalidad del carácter reservado de tramo procesal:

**Se trata de una fase preprocesal y reservada.** Lo primero en tanto que solo a partir de la formulación de la imputación se integra el contradictorio, en la medida en que desde ese momento se activa la defensa como sujeto procesal (art. 290). **Con todo, si un ciudadano se entera que en su contra se está adelantando una averiguación, puede ejercer actividades investigativas de defensa para lo cual lo faculta el artículo 267 de la ley 906 de 2004.**

[...]

Así pues, **fuerza es concluir que la activación del derecho de defensa no solo opera desde el momento en el cual se adquiere la condición de imputado, sino que varias hipótesis demuestran que debe poder activarse desde antes que se**

**adquiera dicha condición.** Posición esta reforzada por un análisis sistemático del mismo Código de Procedimiento Penal, que permite el ejercicio del derecho de defensa antes de obtener la condición de imputado (Avella, 2007, p. 65) (Negrilla por fuera del texto original)

Avella pone en discusión entonces un asunto medular no sólo para el desarrollo de la etapa de indagación, sino también para los fines de esta investigación: la etapa de indagación previa o preliminar no es ajena a los principios legales y constitucionales que ordenan el sistema penal acusatorio, razón por la cual mal haría el operador jurídico en negar la posibilidad de defensa de los investigados aun cuando en ellos no se configure la calidad de imputados por no haberse realizado en su contra todavía la formulación de imputación. La activación del derecho de defensa de los investigados incluso en una etapa preprocesal, como quiera que el Estado no ha incoado la pretensión punitiva. La Corte Constitucional profundiza todavía más sobre el asunto:

[...] la Corte ha sido “unívoca, consistente y sólida, en el sentido de sostener que, a luz de la Constitución y de los tratados internacionales de derechos humanos, **no pueden consagrarse excepciones al ejercicio del derecho de defensa, esto es, no puede edificarse sobre él restricción alguna, de manera que debe entenderse que la defensa se extiende, sin distingo ninguno, a toda la actuación penal, incluida por supuesto la etapa preprocesal, conocida como investigación previa, indagación preliminar o simplemente indagación**

[...]

la interpretación que se ajusta a la Constitución y a los tratados de derechos humanos, en torno al tema de hasta donde se extiende el derecho a la defensa en una

actuación penal, tanto en el sistema mixto inquisitivo como en el actual modelo de tendencia acusatorio, es la de que **el citado derecho surge desde que la persona tiene conocimiento que cursa una investigación en su contra y solo culmina cuando finaliza el proceso. En este sentido es claro que el derecho a la defensa se extiende sin discusión ninguna a la etapa preprocesal de la indagación previa, y a partir de ella, a todos los demás actos procesales hasta la decisión final** (Corte Constitucional, sentencia C – 127 de 2011 (Negrilla por fuera del texto original).

Se observa pues hasta aquí que el procedimiento penal colombiano se circunscribe dentro de un marco constitucional basto que comprende no sólo el texto constitucional sino todas aquellas normas convencionales, estatutarias y demás que integran el llamado bloque de constitucionalidad. Por esta razón, entonces, se hace necesaria una hermenéutica jurídica más profunda con relación a los derechos y deberes que surgen para las partes del proceso mismo para comprender dentro de cada etapa procesal cuáles son los alcances de los mandatos constitucionales y legales con relación a estos derechos y deberes en el debate punitivo. Así, se tiene que la Corte Constitucional y el órgano de cierre jurisdiccional en materia penal, la Corte Suprema de Justicia – Sala Penal, reconocen al menos tres etapas del proceso, una de las cuales presta especial relevancia para este trabajo, pues es en la indagación o etapa previa o preliminar que puede llegar a tener mayor influencia la criminología mediática, especialmente por su intervención paralela en la investigación o en la creación de un escenario social ciertamente dirigido al castigo moral y físico de los procesados, pues la criminología mediática tiene diferentes alcances, como se explica a continuación:

## CAPÍTULO II

### **Criminología académica y Criminología mediática: conceptos, diferencias y funciones.**

No obstante ser la criminología una disciplina polémica<sup>2</sup>, en el sentido de que sus bases epistemológicas y hasta su propio objeto de estudio no han sido delimitadas de un modo definitivo, en parte dada la complejidad que entraña en sí misma y la cantidad de disciplinas e incluso ciencias de las que se sirve (psicología, medicina forense, pedagogía, derecho, etcétera), es importante, en primer lugar, referirse tentativamente a un concepto amplio o abstracto de criminología, para luego, como corresponde, hacer una aproximación más aguda a la criminología mediática como concepto diferenciable, sin que ello suponga, desde luego, una dispersión respecto al universo temático que pretende abarcar este proyecto.

Para este propósito, se propone seguir la exposición sintética que al respecto realizó el catedrático argentino Carlos Elbert (2013), titulada Paradigmas de la criminología contemporánea: lo viejo, lo nuevo y el futuro, la cual parte de una reflexión acerca de la criminología positivista originaria como primer paradigma epistemológico de esta disciplina, aduciendo que esta se cimentó sobre al menos estos tres grandes problemas:

1. Explicar las causas del comportamiento criminal individual (comprender y explicar los factores determinantes o motivadores de esas conductas)
2. Explicar cómo corregir (curar) esos comportamientos, en casos de prognosis “favorables”.

---

<sup>2</sup> En efecto, si se analizan con atención algunas de las definiciones convencionales de esta disciplina, podrá observarse que no existe un consenso paradigmático en la literatura científica sobre el propio concepto, objeto, método, sistema o funciones de la Criminología (García-Pablos, 2003, p. 49).

3. Explicar cómo reducir la criminalidad, a partir de la solución de los problemas anteriores, mediante la organización de políticas criminales “de base científica”, aplicables a los sujetos condenados o detenidos por ciertas contravenciones (p. 10-11).

Aún hoy en día, especialmente en la dimensión clínica de los estudios criminológicos, se sigue aplicando básicamente el modelo epistemológico positivista explicativo, con base en el sistema causa – efecto, aunque, por otra parte, se ha replanteado que la criminología positivista, como lo explica el autor,

[...] abarcó únicamente lo que hoy llamamos la *criminalización secundaria*, abordándola desde una “ciencia” nueva, cuyo objeto era delimitado por el derecho penal, según el esquema integrado de von Liszt. Esa nueva ciencia era funcional al progreso de un derecho penal concebido como legítimo, estático, definitivo, y considerado la mejor (o única) herramienta posible para resolver ciertos conflictos. En ese enfoque, se daban por presupuestos el consenso social y la indiscutible legitimidad del derecho positivo (Elbert, 2013, p. 10-11) (Cursiva por dentro del texto original).

En su lugar, de un modo decisivamente crítico y radical, vio la luz una criminología sociológica, a partir de la cual se identifican dos tipos de criminalización, *la primaria y la secundaria*. Por la primera se dio a entender un proceso social que establece los límites conductuales entre la normalidad conductual y la desviación, mientras la segunda, busca equiparar todas las conductas en lo que se conoce como *normalidad ontológica del comportamiento desviado* (Elbert, 2013), lo cual sin duda lleva al cuestionamiento, antes que, de

la conducta desviada, del modelo social de control que la sanciona y reprime, aunque sea él mismo el que la provoca. A juicio del autor, sin embargo, este modelo epistemológico ha resultado ser ciertamente utópico al confiar en que la desaparición de la criminalidad depende de eventuales cambios de modelo social, lo cual no sólo resulta históricamente infundado, sino que aleja la posibilidad de mejorar el conocimiento y la técnica criminológica:

El enfoque sociológico, desarrollado a partir del interaccionismo, permitió develar que el recurso punitivo es desigual, selectivo, ineficaz, y que, en verdad, la aplicación del derecho penal profundiza las desigualdades sociales previas a la criminalización secundaria. Por cierto, semejante conclusión corroe el principio formal de igualdad ante la ley y la legitimidad del derecho penal, como también el del consenso social para con la política criminal del Estado. Estas precisiones llevaron a pensar, entonces, en alternativas para reducir el espacio punitivo (que en la coyuntura actual parecen utopías (sic) inalcanzables) buscando mejores propuestas sociales para resolver esa clase de conflictos.

Hemos afirmado también que el enfoque sociológico descuidó los acontecimientos que suceden a partir de la criminalización secundaria y también al referente material, dejando de lado el estudio y tratamiento de los *efectos que el funcionamiento del sistema penal provoca en las personas, incluyendo a los autores, víctimas, agentes de control y terceros afectados*. (Elbert, 2013, p. 12-13) (Cursiva por dentro del texto original).

Teniendo en cuenta lo anterior, se propone contemporáneamente formular una noción de criminología basada más en la integración de contenidos y métodos epistemológicos, una que

permita abarcar todos aquellos asuntos que puedan ser comprendidos dentro de su objeto de estudio y al tiempo puedan ser analizados mediante diferentes técnicas y modelos de interpretación, como cabe esperar de una disciplina estrechamente ligada a otras tantas disciplinas y especialidades. La criminología así planteada, entiende el autor citado, debe encerrar las dos *órdenes de la realidad* expuestos por Baratta: la realidad social de los procesos de criminalización y la realidad material de los comportamientos dañosos, conflictuales o problemáticos, a partir de las cuales pueden estudiarse, tanto la intervención del derecho penal y otros sistemas de control social para la superación del conflicto, como una ontología de comportamientos sociales desde una perspectiva antropológica y sociológica, respectivamente. Para el autor, aunque no pueda considerarse una ciencia en sentido estricto, la criminología produce conocimientos válidos y representativos en torno a sus objetos de estudio:

Comparto el punto de vista de que la criminología no es una ciencia. Empero, sostengo que está legitimada como disciplina científica e interdisciplinaria, en la medida en que, sin disponer de un objeto unívoco ni de un único método, está en condiciones de tratar temas relativos al crimen y el control social con coherencia científica, valiéndose de objetos y métodos de distintas disciplinas. En tal sentido, los enfoques explicativos de la criminología en sus diversas paradigmas, *permiten someter a verificación racional sus proposiciones y hallazgos, a fin de estimar la validez del alcance explicativo* (Elbert, 1998, p. 143 -144) (Cursiva por dentro del texto original)

Una vez realizado este recorrido por los presupuestos epistemológicos de la criminología como disciplina o especialidad legitimada para la producción de saberes válidos, es conveniente entonces formular una definición que desarrolle esta visión integradora planteada por el profesor

Elbert (1998), para lo cual se acude a continuación a la propuesta por García-Pablos (2003) en su Tratado de criminología:

[...] *Ciencia empírica e interdisciplinaria que tiene por objeto el crimen, el delincuente, la víctima y el control social del comportamiento delictivo; y que aporta una información válida, contrastada y fiable sobre la génesis, dinámica y variables del crimen – contemplado éste como fenómeno individual y como problema social, comunitario -; así como su prevención eficaz, las formas y estrategias de reacción al mismo y las técnicas de intervención positiva en el infractor* (p. 47) (Cursiva pro fuera del texto original)

Al margen del debate acerca de la categoría de la criminología como disciplina o ciencia, como lo plantea García-Pablos (2003) al otorgarle este último estatus, a diferencia de Elbert (1998), para quien la considera una disciplina, es lo cierto que la definición que propone el primero abarca completamente el objeto de estudio (siguiendo la propuesta de Baratta sobre los *dos órdenes de la realidad*) y las reflexiones que postula el segundo sobre el método y la validez y legitimidad de los conocimientos que la criminología puede producir. Así, tenemos, como categorías principales de su objeto de estudio: el crimen (o más técnicamente delito, *como fenómeno individual y problema social comunitario*), el delincuente, la víctima, el control social del comportamiento delictivo y las formas y estrategias de reacción e intervención positiva frente al infractor. Como se observa, la vastedad de asuntos que pretende conocer la criminología obliga, como se indicó atrás, a afrontarlos de manera interdisciplinaria y multidimensional a través de métodos y técnicas consensuadas con base en su fiabilidad y validez epistemológica, razón por la cual es improbable que dicho conocimiento pueda ser producido por fuera del debate académico e institucional, como ocurre con la criminología mediática, como se explicara en

seguida, completamente ajena a este diálogo racional entre las diferentes disciplinas que convergen en la criminología académica para explicar su amplio objeto de estudio.

### **La mediatización del derecho penal**

En las sociedades contemporáneas los medios de comunicación juegan un papel preponderante en la difusión masiva de información de toda índole. A las publicaciones escritas, la radio y la televisión se suman las nuevas tecnologías de la información, lo cual ha permitido un crecimiento superlativo de contenidos y difusores de estos de todas las regiones del mundo, en un tráfico incesante de información que, no obstante, cada vez más carece de filtros y criterios para su construcción y difusión. Si bien es cierto que esta expansión es una consecuencia natural del avance tecnológico y el actual momento histórico – marcado esencialmente por modelos de Estado y de gobierno democráticos, al menos en Occidente, caracterizados por una férrea defensa de los derechos humanos, entre los cuales se destacan, el derecho a la libertad de expresión, de pensamiento y de prensa e información -, también lo es, igualmente, que la calidad de la información producida y divulgada en este contexto ha perdido fiabilidad precisamente por no participar de procesos de contrastación y verificación. Desde profesiones como el periodismo se plantean críticamente esta paradoja entre el acceso libre a la información y la calidad de esta, insistiendo en la necesidad de formar profesionalmente en esta tarea y generar espacios neutrales, confiables y veraces para transmitir contenidos informativos, como ha pretendido hacer antes el periodismo desde plataformas televisivas, radiales y escritas y pretende continuar haciéndolo ahora en medios digitales.

No obstante, pese a los buenos propósitos frente a los nuevos escenarios informativos que se plantea el periodismo académico y otras disciplinas como la sociología, la realidad cotidiana refleja una situación bastante compleja en este sentido, puesto que los medios de comunicación, aun cuando ejerzan un control técnico y editorial sobre los contenidos, no son ajenos a la divulgación de información equívoca, inexacta, infundada y aún manipulada que puede generar contextos de desinformación con impactos negativos sobre la vida social y política de un Estado, lo cual, sin embargo, no es una problemática nueva, puesto que se considera que la génesis de medios de comunicación masiva modernos como el periódico o el diario, estuvo estrechamente vinculada a grupos económicos y políticos tras los contenidos informativos.

En este contexto, tiene lugar una reflexión acerca del papel de los actuales medios de comunicación masiva en la creación de un imaginario particular sobre el delito, los delincuentes, las víctimas y los aparatos de control social como el derecho penal, materias de este trabajo de investigación, en tanto pueden sustituir – y de hecho lo hacen, al menos para las masas- a la criminología académica, abordada en párrafos antecedentes y notoriamente contrapuesta a la criminología mediática, como se conoce esta práctica mediante la cual se “informa” masivamente acerca del acontecer criminal sin ningún rigor científico o disciplinar y prescindiendo de la aplicación de criterios que permitan la construcción de información válida, contrastada y fiable como se exige desde la propuesta de García-Pablos (2013), cuando no se limita a la llana manipulación de la información para favorecer intereses particulares (P. 151).

Desde principios de siglo XX los medios escritos de comunicación masiva incursionaron en la narración de hechos delictivos de manera tremendista sobreponiéndolos a otros contenidos informativos de interés general, como lo recuerda Barata (2008):

En unos casos con dibujos de espantos, en otros con relatos de terror, la prensa decimonónica se empeñaba así en mostrar los peligros ciudadanos. Desde el francés *Le Petit Journal* al mexicano *La Gaceta del Policía*, pasando por el inglés *Pall Mall Gazette*, y el español *El Diluvio*, todos tuvieron sus páginas de sobresalto. Refiere el escritor Carlos Monsiváis (1994) que *La Gaceta Callejera* relataba en forma de corridos los más horribles crímenes, acompañados de los dibujos de José Guadalupe Posada. Hechos de sangre y expresión artística para el fervor popular, relatos de sentimientos que suplantaban otros padecimientos relegados al olvido: el hambre, las enfermedades, la vida de miserias y la dura explotación en el trabajo (p. 7)

El maestro Zaffaroni (2013), en *La cuestión criminal*, sugiere que fue el sociólogo Gabriel Tarde el primero en reconocer el poder de los medios de comunicación masiva para recrear contextos sociales y políticos con implícitos contenidos criminológicos:

El poder de la criminología mediática lo detectaron los sociólogos desde fines del siglo XIX. Con motivos del poder de los diarios en el caso Dreyfus, Gabriel Tarde afirmaba que en el presente (en el año 1900), el arte de gobernar se ha convertido en gran medida en la habilidad de servirse de los diarios. Denunció claramente la fuerza extorsiva de los medios masivos (en su tiempo los diarios) la gran dificultad para neutralizar los efectos de una difamación periodística y la explotación de la credulidad pública. Pero Tarde fue más lejos, destacando el poder inverso al de la extorsión, o sea, el del silencio cómplice, como el que tenía lugar ante el genocidio armenio o el negociado de Panamá. Sin duda que fue el sociólogo que descubrió el inmenso continente de la construcción social de la realidad que anunciaba su creciente poder (s.p.).

La radio, por su parte, como medio masivo, también ha sido empleada para la creación de imaginarios sociales que se materializan en la vida real de las sociedades con efectos a veces indeseables. Un claro ejemplo de esto, aunque no propiamente sobre el fenómeno delictual pero sí relacionado con la capacidad de influencia de los medios de comunicación masiva sobre los imaginarios populares, a comienzos del siglo XX, lo trae a consideración Navarro (2005):

Uno de los primeros caos que dimensionó tal influencia, se dio en la noche de Halloween de 1938. Ese día, bajo la dirección del joven de 23 años George Orson Welles la emisora RKO de Nueva York emitió una teatralización radiofónica de la novela “La guerra de los mundos”<sup>52</sup>, en la que los marcianos invaden la Tierra, y aunque la novela radiada se presentó como una recreación de ficción, gran parte de la audiencia interpretó el programa como una situación real, lo que desencadenó una reacción de histeria colectiva que supuso la evacuación de numerosas poblaciones, la saturación de los servicios de emergencia y las situaciones de colapso de los servicios públicos.

Tres ese programa, los medios de comunicación, pusieron de manifestó su capacidad para influir en la sociedad a la que se dirigen (p. 2, citado por Guzmán, 2015, p. 32).

Una específica forma de narrar el acontecer delictual de una comunidad se afincó para siempre en las agendas informativas y el entretenimiento ofrecidos por los medios de comunicación y su poderosa influencia sobre la vida social, con independencia de sus formatos, pues como las publicaciones escritas y la radio, también la televisión cumple un rol protagónico desde su nacimiento hasta la actualidad como fuente de percepción del delito, aunque no sea

directamente, como el suplicio público de Robert François Damiens representado por Michel Foucault, puesto que como afirman Barata (2008): “la plaza pública en las sociedades modernas son los medios de masas” (p.6).

Fuentes (2005), afirma que este papel de los medios de comunicación, especialmente la televisión (en lo que coincide con Barata y Zaffaroni), “por su capacidad de seducción, su simulación sensorial de la realidad y fácil comunicabilidad a lo largo de las líneas del menor esfuerzo psicológico” como concluyó en su momento Castell (1999), puede tener dos efectos, uno positivo y otro negativo respecto a la visión social que se tiene del fenómeno criminal.

Considerando el primero, Fuentes (2005) arguye:

la visión de ciertos hechos delictivos permite advertir que existe un <<problema social>> y dentro de qué límites. Así mismo, es capaz de provocar y dirigir un debate público en el que se enfrenten os distintos planteamientos sobre las causas y las medidas de acción que han sido presentados como existentes por los medios (p.16).

Por otra parte, en contraste con estos posibles efectos deseables de la exposición mediática del delito por los medios de masas, explica el autor aludido:

No obstante, tras esa imagen ideal se esconde una realidad más negativa: el protagonismo mediático de este asunto (que sobre todo garantiza la atención de la audiencia) se plasma en una información que, tanto respecto al fenómeno criminal como sobre las propuestas de solución, es inexacta, poco plural y adulterada por los intereses particulares de los medios y de aquellos que los controlan (p.16).

Esta situación obliga a considerar, a juicio del autor, al menos cuatro características de los medios de comunicación masiva y su información sobre el fenómeno criminal y las consecuencias que se desprenden de su actividad informativa, las cuales se reproducen íntegramente a continuación, dada su riqueza explicativa:

(1) Los medios de comunicación presentan una realidad distorsionada. Se sobredimensiona la gravedad y la frecuencia de ciertos acontecimientos al tiempo que otros hechos delictivos cotidianos son condenados al ámbito de lo excepcional. No se limitan a presentar y reconocer el <<problema social>>, sino que realmente construyen y comunican una imagen virtual que no coincide con la real. De este modo contribuyen a la aparición y al refuerzo de errores cognitivos en el auditorio (p.e. respecto a la probabilidad de ser víctima del delito)

(2) La constante aparición del fenómeno criminal en los medios, así como la insistencia en sus manifestaciones más violentas, favorecen igualmente a la consolidación de esta cuestión en la agenda pública, así como la formación y el refuerzo de una conciencia social y personal de preocupación en torno al delito. Sin embargo, la evolución real de la criminalidad revela que no hay motivo suficiente para semejante atención mediática, ni para que haya un incremento de la preocupación social e individual. Además, la constante atención otorgada al delito nos distrae de otros problemas sociales cuyo debate queda relegado a un segundo plano.

(3) Los medios de comunicación no son plurales en lo relativo a la definición del conflicto social y a la presentación de propuestas de intervención: reproducen las

imperfecciones del mercado y, así, dan preferencias a las perspectivas de la criminalidad y de la política criminal de los actores que disponen de mayor poder (sic) socioeconómico e institucional. De este modo los mass media sustraen otras visiones de la realidad criminal del debate público. Las soluciones finales adoptadas presentan por ellos un déficit de legitimidad democrática.

(4) La constante transmisión de una realidad criminal distorsionada (según los intereses de los medios y de los grupos que consiguen acceder a ellos) como la conversión en noticia de la preocupación individual y social al respecto, influyen en la política legislativa; son factores de presión sobre los agentes políticos, que se ven obligados a reaccionar de forma inmediata y contundente con una ley penal. Y así manifiestan su intención de no hacer concesiones, su capacidad de actuación, su celeridad a la hora de enfrentarse a los problemas. Todas ellas son virtudes que tienen un alto valor electoral. Ahora bien, se debe tener en cuenta, por un lado, el carácter populista y simbólico de esta legislación. Por otro, que las instituciones políticas intervienen en esa comunicación distorsionada del fenómeno criminal: crean una imagen que evita discusiones sobre problemas estructurales de difícil solución, crean una imagen que se puede esgrimir en los medios contra el contendiente político (Fuentes, 2005, p. 18-19).

### **Criminología mediática y derecho penal del enemigo**

En la misma línea crítica, Zaffaroni incluso va más allá de los cuestionamientos planteados por Fuentes, indicando, entre líneas, que la criminología mediática reproduce el llamado

*Derecho penal del enemigo*, imponiendo a través de su visión sesgada del fenómeno criminal una postura ética frente a sectores sociales estereotipados y marginados:

La criminología mediática crea la realidad de un mundo de personas *decentes* frente a una masa de criminales identificada a través de estereotipos, que configuran un *ellos* separado del resto de la sociedad, por ser un conjunto de *diferentes* y *malos*.

Los *ellos* de la criminología mediática molestan, impiden dormir con puertas y ventanas abiertas, perturban las vacaciones, amenazan a los niños, *ensucian* en todos lados y por eso deben ser separados de la sociedad, para dejarnos vivir tranquilos, sin miedos, *para resolver todos nuestros problemas*. Para eso es necesario que la policía nos proteja de sus asechanzas perversas sin ningún obstáculo ni límite, porque nosotros somos limpios, puros, inmaculados.

Este *ellos* se construye por semejanzas, para lo cual la televisión es el medio ideal, pues juega con imágenes, mostrando a algunos de los pocos estereotipados que delinquen y de inmediato a los que no delinquieron o que sólo incurren en infracciones menores, pero son parecidos (Zaffaroni, 2011, s.p.).

Colombia, por supuesto, no es ajena a esta práctica mediática extendida a lo largo del mundo. El diario martillar de los medios de comunicación sobre las cuestiones criminales produce universos de inseguridad que determinan agendas políticas, especialmente frente a delitos o perfiles delincuenciales que en determinada coyuntura histórica protagonizan los contenidos informativos y en consecuencia la censura y el rechazo social, tras lo cual se pretende vulnerar al *otro*, que hace parte de ese *ellos*, las garantías mínimas dentro del Estado Social de Derecho, como afirma Guzmán (2015):

la justificación de la persecución de la macrocriminalidad, y la manipulación de la opinión pública, da visos de legalidad a que las personas penalmente procesadas, independientemente que su delito haga o no parte de un tipo de criminalidad macro, *sean presentados por los medios, sin ningún tipo de restricción o reserva vulnerando sus derechos fundamentales, y se predique que deben ser excluidos del goce de tales garantías*, constituyendo un verdadero retroceso en los logros obtenidos por la Constitucionalización de los Derechos Humanos, que han representado para la humanidad verdaderos límites a la barbarie de los gobernantes (p. 26) (Cursiva y negrilla por fuera del texto original).

### **Los medios de comunicación frente a la administración de justicia**

Además de lo anterior, Guzmán (2015) alude incluso a un posible (a su juicio evidente) influjo de los medios de comunicación sobre las propias decisiones judiciales, con lo cual se afecta además de los derechos de los procesados, la credibilidad y legitimidad de la administración de justicia. Según Guzmán (2015), en recientes casos representativos de nuestra vida política y social como el de María Pilar Hurtado, los involucrados en Agro Ingreso Seguro (en especial Valery Domínguez y Andrés Felipe Arias), o aún el de algunos conductores bajo estado de embriaguez, las decisiones judiciales, gracias a la presión de los medios, no se correspondieron a derecho tal cual lo manda la Constitución y las leyes, sino que por el contrario se profirieron en forma de guiño a la opinión pública para satisfacerla.

Las afirmaciones del autor, con independencia de su grado de veracidad, puesto que ciertamente es cuando menos complejo advertir en las decisiones judiciales dicha influencia,

dada la presunción de legalidad y legitimidad de las sentencias judiciales, invitan a cuestionar al menos el marco legal en que dichas situaciones se producen y hasta qué punto el proceso jurisdiccional se blinda contra estas interferencias, pues las apreciaciones sociológicas y criminológicas revelan un creciente poder de los medios de comunicación en ese sentido que propicia, como explica Barata (2008):

Una forma de actuar que seguía más por las *emociones públicas* que por la opinión de los expertos, desplazados a la sombra o invisibilizados cuando sus criterios cuestionan las políticas criminales. Nunca antes, desde que apareciera el positivismo criminológico, había sido tan poco escuchada la opinión de los criminólogos. Su lugar ha sido ocupado por las noticias, y los supuestos *alarmismos ciudadanos* han adquirido un peso determinante en las orientaciones penales (p. 25) (Cursiva por dentro del texto original).

Visto lo anterior, no cabe duda que es una tarea de primer orden que desde la academia – de la propia criminología académica, por cierto – se preste toda la atención a la influencia que tienen los medios de comunicación masiva sobre el imaginario social relativo a las cuestiones criminales y los aparatos de control social del delito, como lo es el derecho penal y las instituciones estatales que lo soportan, pues de otra manera la criminología mediática puede seguir construyendo escenarios que impiden la comprensión global – en su pluralidad – del fenómeno criminal y mediante esa tergiversación reproducir el propio fenómeno, agudizarlo o deformarlo negativamente para que sirva a intereses sociales, económico y políticos particulares.

Sin embargo, dado que este proyecto se limita a preguntarse si la criminología mediática puede afectar el derecho a la defensa de los procesados en la etapa de indagación, en adelante se

abordará esta influencia de los medios de comunicación masiva desde una perspectiva exclusivamente jurídica, con relación precisamente al derecho de defensa, la etapa procesal referida y el marco constitucional y legal en el que se desenvuelve tanto el procedimiento penal como los propios medios de comunicación, a fin de conocer al detalle si dentro de dicho marco es posible que la injerencia de la criminología mediática trascienda de tal manera que pueda afectar, y en qué manera, al proceso penal y en consecuencia el derecho de defensa de los procesados e incluso el funcionamiento de la administración de justicia previsto por el legislador, con base en los elementos criminológicos hasta aquí analizados.

## CAPÍTULO III

### Los medios de comunicación frente al proceso penal

#### **Libertad de información y de expresión: los medios de comunicación en el ordenamiento constitucional**

Una vez analizada la la percepción social del fenómeno criminal desde la criminología mediática y por ende sobre asuntos colaterales como las agendas políticas, la propia política criminal de un país o su sistema de control social del delito cabe preguntarse ahora si la criminología puede sobrepasar las dimensiones sociológicas, psicológicas y políticas para injerir en el proceso penal propiamente dicho, para este caso el colombiano. Esta claridad se hace para salvar un inconveniente metodológico que impone la misma naturaleza de los sistemas jurídicos positivos: en vista de que cada país tiene un sistema jurídico diferente (aun cuando beban de unas mismas fuentes o se integren a sistemas normativos internacionales) – y por ende unos procedimientos diferenciables y muy específicos – la reflexión sobre una posible injerencia negativa de los medios de comunicación sobre el procedimiento, en este caso penal, debe ceñirse exclusivamente a ese procedimiento, aun cuando la criminología mediática opere más o menos de igual manera en todas partes del mundo.

Ahora bien, en primer lugar, se pasará a analizar cuál es el lugar que ocupan los medios de comunicación masiva al interior del ordenamiento jurídico colombiano, cuáles son sus alcances y limitaciones en el registro, creación y divulgación de la información. Sobre este punto, conviene aclarar que este trabajo de investigación se ciñe especialmente a aquellos medios masivos como la radio, la televisión y la prensa escrita, por tener un impacto social de masas, como lo tienen las nuevas tecnologías de la información y las diferentes redes sociales, y por estar legitimados

como fuentes de información fiable y veraz, como quiera que están dotados de elementos técnicos, infraestructura y recursos humanos profesionales para esa tarea.

La primera consideración en este sentido necesariamente recae sobre los periodistas, quienes son realmente los que se encargan de la labor de recolección y tratamiento de la información que se difunde en los medios. El periodismo como profesión en Colombia, a diferencia de lo que ocurre con otras profesiones, no tiene una reglamentación legal para su ejercicio, es decir, no hay un reconocimiento estatal diferenciador entre un periodista profesional que ha cursado una carrera universitaria o tecnológica y otro que ejerza empíricamente el oficio. Lo anterior es consecuencia de la declaración de inconstitucionalidad de la ley 51 de 1975 que realizó la Corte Constitucional en 1998, al plantearse en su momento el interrogante sobre si ¿puede el legislador, a la luz de la nueva Carta, exigir formación académica a quienes se dedican habitualmente a opinar y a informar (a través de los medios), sin vulnerar el artículo 20 Superior que 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? La Corte Constitucional argumentó entonces:

La libertad de opinión, en tanto que derecho fundamental, lo mismo que el sufragio universal, son "riesgos" (así entre comillas) ínsitos al sistema. El debate acerca de si deben o no precaverse es más bien materia de una controversia extrasistemática que puede formularse en estos términos: ¿debe la sociedad, para evitar ciertos peligros latentes en la libertad de opinión (en tanto que derecho fundamental) y en el sufragio universal (que parece su consecuencia obligada), sustituir a la democracia otra forma de organización política? La posibilidad, desde luego, está abierta. Pero no tiene sentido, desde un punto de vista intrasistemático,

preguntar si un régimen democrático puede mantenerse como tal, renunciando a postulados que le son inherentes. Sería algo así como proponer que la trigonometría (por definición la ciencia del triángulo), cambiara de objeto, manteniéndose como tal, en vista de las dificultades que el triángulo plantea. (Corte Constitucional, sentencia C-087 de 1998)

Aunado a la anterior, la Corte Constitucional diferencia en la sentencia de constitucionalidad entre la opinión y la información, sugiriendo que sobre esta última se debe aplicar más rigor al momento de su publicación, dado que su tratamiento implica para el periodista o divulgador un conocimiento de aquello sobre lo que brinda esa información (astronómica, bioquímica, económica o derecho), aunque no por ese grado de exigencia se puede impedir que quien no posea certificación para realizar dicha divulgación pueda hacerlo. Concluye la Corte:

Entre el eventual daño social que pudiera seguirse de una información inadecuada, consecuencia de la libertad de informar, y la restricción general de ésta para precaverlo, la sociedad democrática prefiere afrontar el riesgo del primero. Y es que no hay duda de que impedirle a alguien que opine o informe habitualmente ("en forma permanente", dice la ley), oponiéndole su incompetencia intelectual para hacerlo, es una modalidad de censura, así se la maquille con razones de conveniencia, incompatible con un sistema democrático y específicamente con una Constitución como la colombiana, que la rechaza incondicionalmente, en términos categóricos: "... no habrá censura" (Corte Constitucional, sentencia C-087 de 1998).

Este debate constitucional entorno al ejercicio periodístico, pionero en el tema en la jurisprudencia colombiana, ya desde entonces planteaba un escenario complejo en torno a los

derechos que involucra el acceso a la información y su difusión: la Corte Constitucional pone de relieve la importancia de la libertad de expresión en un Estado Social de Derecho y hace un test de ponderación entre ese derecho y las posibles consecuencias negativas que su goce pleno, sin censuras ni limitaciones mayores a las que le imponga el propio marco constitucional, pueda ocasionar a la sociedad. Esta primera reflexión de la Corporación abarcaba ya todo un panorama de derechos que serían posteriormente desarrollados por ella con base en la hermenéutica de la Carta Política y los tratados internacionales que integran el bloque de constitucionalidad.

### **Libertad de expresión y derecho a la información: protección constitucional y convencional**

Como se planteó anteriormente, el ordenamiento jurídico colombiano gira alrededor de la Constitución Política de 1991 y el llamado bloque de constitucionalidad, el cual integra a su vez los tratados y convenciones en materia de derechos humanos. Es en este contexto que encuentra un fuerte respaldo jurídico el derecho a la información y la libertad de expresión, pensamiento y opinión. La Declaración Universal de los Derechos Humanos es el primer instrumento internacional que protege estas libertades:

Art 19. Todo individuo tiene derecho a la libertad de opinión y de expresión; este derecho incluye el 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 (ONU, 1948).

Como se puede observar, del texto internacional se desprende una visión bidimensional del derecho a la información: el de difundir información con base en la libertad de expresión y opinión y el de recibirla. La Corte Constitucional precisa al respecto:

La libertad de expresión stricto sensu consiste en la facultad que tiene todo individuo de comunicarse con otro sin ser constreñido por ello en manera alguna. Esta facultad abarca, en su aspecto individual, no solamente el derecho formal a expresarse como tal sin interferencias arbitrarias, sino el derecho a utilizar cualquier medio apropiado para difundir el propio pensamiento: la libertad en comento no se agota en el reconocimiento teórico del derecho a hablar o escribir, sino que comprende inseparablemente el derecho a utilizar cualquier medio adecuado para difundir el pensamiento y hacerlo llegar al mayor número de destinatarios. Al ser la expresión y el medio de difusión de dicha expresión indivisibles, las restricciones sobre las posibilidades de divulgación constituyen, igualmente, una limitación de la libertad de expresión stricto sensu. Esta libertad también abarca el derecho a escoger la forma y el tono que se prefieran para expresar las ideas, pensamientos, opiniones e informaciones propias.

Por otra parte, la libertad de expresión stricto sensu –entendida como un medio para el intercambio de pensamientos, ideas, opiniones e informaciones entre las personas- tiene una dimensión colectiva, consistente en el derecho de todas las personas a recibir tales pensamientos, ideas, opiniones e informaciones de parte de quien las expresa. Esta dimensión colectiva es igual de importante que la individual, por lo cual ambas han de ser protegidas en forma simultánea (Corte Constitucional, sentencia T-391 de 2007)

Otros instrumentos internacionales que protegen la libertad de expresión y opinión y el derecho a la información (en ambos sentidos o dimensiones) son también la Convención Americana sobre Derechos Humanos en su artículo 13, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos en su artículo 19 y la Declaración de Principios sobre Libertad de Expresión y la Declaración Americana en su artículo IV. Este marco legal, interpreta la Corte Constitucional, la libertad de expresión:

**a) asegura el derecho individual de toda persona a pensar por cuenta propia y a compartir con otros el pensamiento y la opinión personal**[20], **b) tiene una relación estrecha, indisoluble, esencial, fundamental y estructural con la democracia**, y en esa medida, el objetivo mismo del artículo 13 de la Convención Americana es el de fortalecer el funcionamiento de sistemas democráticos, pluralistas y deliberativos, mediante la protección y fomento de la libre circulación de ideas y opiniones[21], y **c) finalmente, es una herramienta clave para el ejercicio de los demás derechos fundamentales, toda vez que “se trata de un mecanismo esencial para el ejercicio del derecho a la participación**, a la libertad religiosa, a la educación, a la identidad étnica o cultural y, por supuesto, a la igualdad no sólo entendida como el derecho a la no discriminación, sino como el derecho al goce de ciertos derechos sociales básicos (Corte Constitucional, sentencia T- 256 de 2013) (Negrilla por fuera del texto original)

La Carta Constitucional colombiana, por su parte, también consagra el derecho a la libertad de expresión, garantizando 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 de comunicación masiva. Estos son libres y tienen responsabilidad social. Se garantiza el derecho a*

*la rectificación en condiciones de equidad. No habrá censura*” (C. N., art. 20). Este mandato constitucional, considerado a partir de los tratados internacionales que de suyo integran el bloque de constitucionalidad, comprende once elementos normativos, siguiendo la exposición que de ellos se hace en la sentencia T-391 de 2007, a saber:

- a) La libertad de expresar y difundir el propio pensamiento, opiniones, informaciones e ideas, sin limitación de fronteras y *a través de cualquier medio de expresión –sea oral, escrito, impreso, artístico, simbólico, electrónico u otro de elección de quien se expresa-*, y el derecho a no ser molestado por ellas. (Doble dimensión)
- b) *La libertad de buscar o investigar información sobre hechos, ideas y opiniones de toda índole, que junto con la libertad de informar y la de recibir información,* configura la llamada **libertad de información**.
- c) La libertad de informar, que cobija tanto información sobre hechos como información sobre ideas y opiniones de todo tipo, a través de cualquier medio de expresión; junto con la libertad de buscar información y la libertad de recibirla, configura la llamada **libertad de información**.
- d) *La libertad y el derecho a recibir información veraz e imparcial sobre hechos,* así como sobre ideas y opiniones de toda índole, por cualquier medio de expresión. Junto con los anteriores elementos, configura la **libertad de información**.
- e) La libertad de *fundar medios masivos de comunicación*.

- f) La libertad de prensa, o *libertad de funcionamiento dichos medios masivos de comunicación, con la consiguiente responsabilidad social*.
- g) El derecho a la rectificación en condiciones de equidad
- h) La prohibición de la censura, cualificada y precisada por la Convención Americana sobre Derechos Humanos.
- i) La prohibición de la propaganda de la guerra y la apología del odio, la violencia y el delito, cualificada y precisada por la Convención Americana sobre Derechos Humanos y la Convención internacional sobre la eliminación de todas las formas de discriminación racial
- j) La prohibición de la pornografía infantil.
- k) La prohibición de la instigación pública y directa al genocidio (Negrilla y subrayado dentro de texto) (Cursiva fuera de texto) (Corte Constitucional, sentencia T-391 de 2007).

Este catálogo de elementos normativos que sintetiza la Corte Constitucional permite dimensionar *derechos, limitaciones, prohibiciones y obligaciones* que orbitan alrededor del ejercicio de la libertad de expresión, la cual es además un principio medular de los modelos democráticos como el adoptado por el Estado Social de Derecho colombiano.

En este escenario normativo se desarrolla la actividad de los medios de comunicación masiva, expresamente protegidos en los literales e y f, aunque en este último se impone una

responsabilidad social a dicho ejercicio. Respecto a esta responsabilidad la misma Corte Constitucional argumenta que:

*se hace extensiva a los periodistas, comunicadores y particulares que se expresan a través de los medios, en atención a los riesgos que éstos plantean y su potencial de lesionar derechos de terceros, así como por su poder social y su importancia para el sistema democrático. La responsabilidad social de los medios de comunicación tiene distintas manifestaciones. **En relación con la transmisión de informaciones sobre hechos, los medios están particularmente sujetos a los parámetros de (i) veracidad e imparcialidad, (ii) distinción entre informaciones y opiniones, y (iii) garantía del derecho de rectificación** (Corte Constitucional, sentencia T-040 de 2013) (Negritas por dentro del texto original) (Cursiva por fuera del texto original).*

La existencia de estos límites y estas responsabilidades de los medios de comunicación masiva obligan a cuestionar su papel como fuentes de percepción del delito, pues como se explicó anteriormente, la criminología mediática –indisolublemente ligada a estos medios – es un factor determinante en la comprensión del fenómeno criminal, en especial para las masas, quienes reciben esta información de manera desprevenida y acrítica de dichas fuentes, que además logran desplazar o sustituir a otras con criterios y metodologías académicas y científicas.

Sin embargo, este análisis sobre la responsabilidad de los medios de comunicación en tanto creadores de un imaginario equívoco o distorsionado respecto a la criminalidad, resulta de suyo complicado, puesto que es difícil distinguir líneas claras entre lo que es información (veraz e imparcial) sobre hechos (verificables) y la opinión implícita en el desarrollo de esa información. En el mismo sentido, todavía resulta más complejo interpretar si la divulgación exagerada de

hechos delictivos, maximizando así la sensación de inseguridad o el alarmismo social, pueda estar sometida a un control, limitación o prohibición en el marco del actual escenario constitucional y convencional de la libertad de expresión; o cómo podría exigirse, sin incurrir en censura, el cumplimiento de una responsabilidad social en ese sentido para tratar de superar la problemática que suscita la práctica mediática de difusión del fenómeno delictual desde perspectiva distorsionadas.

No obstante dichas cuestiones, de gran trascendencia sociológica y jurídica, aunque puedan confluir temáticamente con el propósito de este trabajo – y de hecho lo hacen-, lo desbordan, puesto que el procedimiento penal, objeto de este proyecto, es en sí mismo el límite de este ejercicio académico, razón por la cual sólo se tendrá en cuenta el fenómeno de la criminología mediática frente a la etapa procesal presupuesta y el derecho a la defensa dentro del procedimiento penal colombiano – siguiendo la pregunta problematizadora, con lo cual a su vez se descarta de plano profundizar en el ámbito del derecho a la libertad de expresión y su correlativa responsabilidad social por fuera del propio proceso penal, sin que ello implique necesariamente acritud frente a los temas colaterales que nutren la discusión aquí planteada.

### **La medios de comunicación frente al derecho a la defensa en etapa de indagación**

Una vez aclarado esto, es conveniente de una buena vez fijar la atención en la criminología mediática frente al procedimiento penal para determinar su influencia sobre el mismo, especialmente en la etapa de indagación que, como se explicó antes, es una etapa preliminar de la investigación desde la cual se activa el derecho de defensa de los perseguidos punitivamente por el Estado.

Generalmente, las investigaciones de este tipo se limitan a enfrentar el papel de los medios con el derecho a la presunción de inocencia, consagrado constitucionalmente en el artículo 29 de la Carta, en el cual se desarrolla el derecho máximo a la defensa, el mismo que dentro de nuestro modelo político democrático está también elevado como principio y valor, según se explicó en el primer capítulo de este trabajo. Martínez y Aguilar (2013), respecto a la presunción de inocencia y los medios de comunicación explican:

Los medios de comunicación, generalmente son los que advierten por el desarrollo de la actividad judicial y con sus comunicaciones dan a conocer a la comunidad en general los hechos que se desarrollan, por ello es importante generar información de forma clara y apegada a la realidad, sin hacer juicios de valor sobre los hechos, comprometiendo el buen nombre de quien se encuentra en duda su responsabilidad [penal], así como de funcionarios judiciales quienes tienen la carga de tomar decisiones que en derecho correspondan, de lo contrario se estaría vulnerando el derecho fundamental a la dignidad y el buen nombre, puesto que solamente un juez de conocimiento tendrá la facultad de realizar juicio de responsabilidad y emitir una sentencia en ese sentido... (p. 11).

A propósito, la Corte Constitucional ha reiterado en múltiples ocasiones que no obstante el eventual riesgo de lesionar derechos fundamentales como la presunción de inocencia, el buen nombre, la dignidad y la honra mediante el cubrimiento periodístico sobre las actuaciones judiciales, estas son de suma relevancia y no puede coartarse la libertad de expresión de los medios de comunicación en su intención de informar al respecto, aunque exigiendo de ellos conductas responsables, como se explica a continuación:

**cuando se trata de hechos que están sometidos a investigación judicial, la jurisprudencia de esta Corte ha considerado que estos hechos pueden y deben ser dados a conocer a la ciudadanía a través de los medios de comunicación, en razón del interés general que entrañan.** Sin embargo, el manejo de esta información es muy delicado y merece especial cuidado por parte del emisor. En estas materias los medios de comunicación **deben limitarse a hacer la exposición objetiva y escueta de lo acaecido, absteniéndose de hacer análisis infundados y de inclinar, sin evidencias, las opiniones de quienes reciben la información.**

Hacer que el receptor de la información considere verdadero algo que aún no ha sido establecido, merced al uso sesgado de titulares, comentarios, interrogantes, o inferencias periodísticas puede conducir a defraudar a la comunidad, en cuanto se le transmite información errónea o falsa <sup>[11]</sup>. Ha indicado, además, **que la tarea fiscalizadora que cumplen los medios en un sistema democrático no puede desarrollarse adecuadamente si ellos se conforman con las informaciones que le suministren los interesados en un litigio. Su misión exige que indaguen siempre más allá.** <sup>[12]</sup>. (Corte Constitucional, sentencia T-626 de 2007) (Negrilla por fuera del texto original)

Sin embargo, considerando las múltiples manifestaciones de la Corporación Superior en el sentido de que la presunción de inocencia y el buen nombre deben ser respetados por los medios de comunicación, la discusión parece zanjarse a favor de estos derechos, pues aunque no es posible ni deseable limitar o censurar la labor informativa, sí se le exige un determinado comportamiento a los periodistas y a los medios, de suerte que cuando lo incumplen (deliberada

o inesperadamente) se ven obligados a la retractación pública como mecanismo para tratar de compensar el daño ocasionado a través de los mismos medios.

Por esa razón, se pregunta si la influencia mediática puede afectar el derecho a la defensa de los procesados dentro del proceso penal o si, por el contrario, dentro del actual marco jurídico, el procedimiento penal está suficientemente blindado para impedir que esas intromisiones extrañas a la cuerda procesal afecten su curso natural, especialmente en etapa de indagación, en la que se adelanta por parte de la Fiscalía y la Defensa labores que pueden conculcar derechos de los indiciado o indagado. En palabras de Buitrago (2005):

Todo lo anterior permite afirmar que el verdadero ejercicio material de defensa sólo se realizará si se puede controlar, preparar y controvertir los elementos esgrimidos por quienes proponen esa medida o esa imputación, por lo que el conocimiento de esas diligencias que sirven para imputar un determinado comportamiento desde esta óptica haría necesario el conocer la actividad que realiza la policía y/o fiscalía en algunos casos para ejercer el derecho de defensa.

La persona que está siendo indagada tiene comprometidos derechos fundamentales como los de libertad, intimidad, integridad física, entre otros; en esencia, sus derechos subjetivos pueden estar siendo intervenidos, restringidos o desconocidos. Se está realizando una “injerencia” en los derechos fundamentales cuando se acude a medidas coercitivas en la actuación procesal. (p. 14).

Buitrago (2005) señala además que este derecho a la defensa a lo largo del proceso implica la participación de la defensa en a) Las diligencias policiales y judiciales, b) La captura, c) Las diligencias de imputación o inculpación y d) En audiencia o en el debate; y además se exige que

esta participación pueda 1) Actuar de manera real y efectiva, 2) Ejercer formal – un profesional capaz – y material: intervención – contradicción y 3) Controlar que se actúe correctamente por parte del Estado y sus agentes, para ejercer los derechos del sujeto, para recolectar material o evidencia, así como prueba exculpatoria (p. 16 y ss).

Este derecho está positivizado consecuentemente en la ley 906 de 2004, en cuyos artículos 267 y 268 se dispone:

**Art. 267. Facultades de quien no es imputado.** *Quien sea informado o advierta que se adelanta investigación en su contra, podrá asesorarse de abogado. Aquel o este, podrán buscar, identificar empíricamente, recoger y embalar los elementos materiales probatorios, y hacerlos examinar por peritos particulares a su costa, o solicitar a la policía judicial que lo haga. Tales elementos, el informe sobre ellos y las entrevistas que hayan realizado con el fin de descubrir información útil, podrá utilizarlos en su defensa ante las autoridades judiciales.*

Igualmente, podrá solicitar al juez de control de garantías que lo ejerza sobre las actuaciones que considere hayan afectado o afecten sus derechos fundamentales  
(Cursiva fuera de texto)

**Art. 268. Facultades del imputado.** El imputado o su defensor, durante la investigación, podrán buscar, identificar empíricamente, recoger y embalar los elementos materiales probatorios y evidencia física. Con la solicitud para que sean examinados y la constancia ~~de la Fiscalía~~ de que es imputado o defensor de este, los trasladarán al respectivo laboratorio del Instituto Nacional de Medicina Legal y Ciencias Forenses, donde los entregarán bajo recibo. (Aparte tachado inexecutable,

subrayado condicionalmente exequible) (Congreso de la República, ley 906 de 2004).

Puede afirmarse que la etapa de indagación comprende un universo limitado pero basto dentro del procedimiento penal, dentro del cual se adelantan diligencias investigativas por parte del Estado, sometidas, eso sí, al control de legalidad y constitucionalidad que ejerce el Juez de control de garantías, valga decir garantías para el procesado, sobre quien recae efectivamente ese poder punitivo. Dichas actuaciones están comprendidas en el libro II del Código de Procedimiento Penal – Ley 906 de 2004, en su título I, artículos 200 al 274. En este punto, vale aclarar que, aunque el mismo estatuto procedimental intitule el capítulo II como Actuaciones que no requieren autorización judicial previa su realización, para distinguirlas de aquellas que sí la requieren, contenidas en el capítulo III, esas actuaciones sí están sometidas a un control por parte del juez de control de garantías, como lo explica la Corte:

(i) que el orden jurídico contempla una amplia libertad de configuración al legislador en materia de procedimientos, sometida esta, sin embargo, a unos límites constitucionales, siendo uno de ellos la garantía del derecho de acceso a la justicia orientada a la materialización del derecho sustancial; (sic) (iii) **que como principio general, toda medida de investigación que implique afectación de derechos fundamentales debe estar precedida de autorización del juez de control de garantías;** y (iv) **que las decisiones que conlleven facultad dispositiva, o que impliquen valoraciones propias de la potestad jurisdiccional sobre asuntos que puedan tener contenido litigioso, deben ser resueltas, en la fase de investigación del proceso penal acusatorio, por el juez de control de garantías** (Corte

Constitucional, sentencia C-591 de 2014) (Cursivas dentro del texto original)

(Negrilla por fuera del texto original)

Así las cosas, es claro que las actuaciones de Fiscalía y policía judicial dentro de la etapa de indagación - previa a la formulación de imputación desde la que según el estatuto procedimental se inicia la investigación y el indiciado o indagado adquiere la calidad de imputado o investigado- pueden tener una vocación restrictiva o lesiva de los derechos fundamentales de los indagados, razón por la cual el legislador y los propios órganos jurisdiccionales prevén mecanismo para el ejercicio de una defensa que cumpla los compromisos constitucionales y convencionales del Estado colombiano frente a los derechos fundamentales de sus ciudadanos. Algunas de estas actuaciones son resaltadas por Buitrago (2005) por su aptitud para vulnerar estos derechos:

Es así como encontramos el artículo 233 sobre “Retención de correspondencia”; el artículo 235 sobre “La interceptación de comunicaciones telefónicas y similares”; el artículo 236 sobre la “Recuperación de información dejada al navegar por internet u otros medios tecnológicos que produzcan efectos equivalente”; el artículo 239 sobre “Vigilancia y seguimiento de personas”; la vigilancia de cosas en el artículo 240; los exámenes de ADN que involucren al indiciado o imputado del artículo 245, “cuando la policía judicial requiera la realización de exámenes de ADN, en virtud de la presencia de fluidos corporales, cabellos, vello púbico, [...] Si requiere cotejo de los exámenes de ADN con la información genética del indiciado o imputado, mediante a bancos de espermatozoides y de sangre [...] deberá adelantarse la revisión de legalidad dentro de las 36 horas siguientes a la terminación del examen respectivo”; la

inspección corporal del artículo 247 y el registro personal del artículo 248, para poner algunos ejemplos. (p. 22).

### **Reserva de la información en la etapa de indagación**

Ahora bien, por regla general las actuaciones judiciales están sometidas al principio de publicidad, según el cual estas deben ser públicas, o lo que es mejor, no ser secretas. La Corte Constitucional lo explica aduciendo que como principio contribuye a fundar la efectividad de los derechos al debido proceso, de defensa, contradicción y seguridad jurídica a favor de los sujetos procesales y un medio indispensable para que la comunidad en general ejerza el control y vigilancia sobre las actuaciones de las autoridades:

El principio de publicidad de las actuaciones judiciales se encuentra expresamente consagrado en el artículo 228 de la Constitución como uno de los principios estructurales de la correcta y adecuada administración de justicia. De manera particular para el proceso penal, el artículo 29 de la Carta dispone que toda persona tiene derecho *“a un debido proceso público sin dilaciones injustificadas”*. En el mismo sentido, el artículo 8º de la Convención Americana sobre Derechos Humanos señala que *“El proceso penal debe ser público, salvo en lo que sea necesario para preservar los intereses de la justicia”* y el artículo 14 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, que *“Toda persona tendrá derecho a ser oída públicamente y con las debidas garantías por un tribunal competente, independiente e imparcial, establecido por la ley, en la substanciación de cualquier acusación de carácter penal formulada contra ella o para la determinación de sus derechos u obligaciones de carácter civil”* [20] (Corte Constitucional, sentencia T-049 de 2008) (Cursivas dentro del texto original)

Sin embargo, es apenas lógico que, dada la necesidad de conservar la reserva sobre cierta información, por ejemplo, para hacer viables las indagaciones y que no se vean entorpecidas por terceros, el legislador opte por restringir el acceso a cierta información por parte de terceros (o el público), lo cual exceptúa por supuesto al indagado y su defensa, como quiera que, tal cual se manifestó en párrafos antecedentes, a este le asiste el derecho de defensa en todo momento. No obstante, esta reserva, límite al principio democrático de publicidad, no puede ser arbitraria y debe sujetarse a la Constitución y las leyes:

Más adelante, dentro del análisis del artículo 64 de la misma Ley, la Corte especificó que dentro de las actuaciones judiciales la regla general es la aplicación del principio de publicidad y que, por tanto, la aplicación de la reserva tiene carácter restrictivo, pues debe estar definida claramente en la ley, bajo parámetros de razonabilidad y proporcionalidad. En efecto, la sentencia C-037/96 dijo lo siguiente:

“De otro lado, en atención a que el principio constitucional general aplicable a las actuaciones que se adelanten por los órganos del Estado es la publicidad, la reserva tiene carácter excepcional y es de interpretación restrictiva. Le corresponde a la ley, dentro del marco de la Constitución, establecer en términos de razonabilidad y proporcionalidad, la extensión de la respectiva reserva. De ahí que la constitucionalidad, en este caso, se condicione, igualmente, a la posibilidad de comunicar las informaciones que de conformidad con la ley, no están sujetas a reserva y, en este evento, deberá también permitirse el acceso público a las mismas.”

Así pues, la restricción del acceso del público en general a un proceso judicial o a alguno de los componentes del expediente debe estar explícitamente definida en la

ley. Tal regla, por supuesto, es muchísimo más exigente en lo que se refiere a las partes o intervinientes dentro del proceso, pues respecto de éstos el acceso a las piezas procesales constituye uno de los elementos básicos para hacer valer los derechos de contradicción y de defensa. (Corte Constitucional, sentencia T-920 de 2008)

En ese sentido, el artículo 18 de la Ley 906 de 2004 positiviza este precepto y delimita las situaciones en las que pueda presentarse dicha reserva, las cuales se desarrollan también en los artículos 149, 150, 151 y 152:

La actuación procesal será pública. Tendrán acceso a ella, además de los intervinientes, los medios de comunicación y la comunidad en general. *Se exceptúan los casos en los cuales el juez considere que la publicidad de los procedimientos pone en peligro a las víctimas, jurados, testigos, peritos y demás intervinientes; se afecte la seguridad nacional; se exponga a un daño psicológico a los menores de edad que deban intervenir; se menoscabe el derecho del acusado a un juicio justo; o se comprometa seriamente el éxito de la investigación* (Congreso de la República, ley 906 de 2004, art. 18). (Negrilla por fuera del texto original) (Cursiva por fuera del texto original)

A propósito del tema principal de este proyecto, el inciso final de artículo 149 del Código de Procedimiento Penal establece que “*tampoco se podrá, antes de pronunciarse la sentencia, dar declaraciones sobre el caso a los medios de comunicación so pena de la imposición de las sanciones que corresponda*”, con lo cual señala un protocolo en la actuación de los jueces y un límite a la información judicial para los medios de comunicación. De este modo, parece apenas

evidente que los medios de comunicación masiva tienen poca posibilidad de conocer lo que ocurre en la etapa de indagación, puesto que, si estas actuaciones están sometidas a reserva en su gran mayoría, dado que su divulgación puede comprometer seriamente “*el éxito de la investigación*” y aún a las autoridades judiciales y los funcionarios públicos del ente investigador y auxiliares les está vedado suministrarla, **no es un defecto del ordenamiento jurídico que ocurra lo contrario, como efectivamente se presenta en ocasiones.**

Ahora bien, a estas alturas cabe preguntarse cómo podría la criminología mediática afectar este derecho a la defensa, materializado en las acciones que puede ejercer la defensa contra los excesos del poder punitivo del Estado, en vista de los límites legales y constitucionales impuestos sobre las informaciones judiciales. Pues bien, el interés profesional – y comercial – de los medios de comunicación por ciertos procesos o hechos delictivos<sup>3</sup> ha permitido en ocasiones que, por ejemplo, **estos medios realicen investigaciones paralelas a las que adelanta el ente investigador, e incluso, de manera independiente, a veces son ellos los que hacen las primeras averiguaciones (con éxito o sin él), que luego son retomadas por las autoridades para hacer las propias.** Es en este escenario que se plantea la pregunta por esa influencia determinante sobre el proceso penal que tienen los medios de comunicación.

---

<sup>3</sup> Los medios de comunicación no informan sobre la totalidad de los delitos que se cometen en el país, sino que se enfocan en algunos de ellos para darles mayor protagonismo en sus agendas informativas, en especial algunos de interés público como casos de corrupción (Proceso ocho mil, Odebrecht, etcétera), homicidios (Yuliana Samboní, caso Colmenares), etcétera.

### **Algunas hipótesis sobre la actividad de los medios y las labores defensivas dentro de la etapa de indagación**

Como se ha planteado a lo largo de este capítulo, las actuaciones en etapa de indagación, en su gran mayoría, están sometidas a reserva, según lo preceptúa el propio artículo 155 del Código de Procedimiento Penal literalmente:

**Art. 155. Publicidad.** Las audiencias preliminares deben realizarse con la presencia del imputado o de su defensor. La asistencia del Ministerio Público no es obligatoria.

**Serán de carácter reservado las audiencias de control de legalidad sobre allanamientos, registros, interceptación de comunicaciones, vigilancia y seguimiento de personas y de cosas. También las relacionadas con autorización judicial previa para la realización de inspección corporal, obtención de muestras que involucren al imputado y procedimientos en caso de lesionados o de víctimas de agresiones sexuales. Igualmente, aquella en la que decrete una medida cautelar.** (Congreso de la República, ley 906 de 2004).

Del texto normativo citado, junto a un análisis hermenéutico de la norma procesal en general, se desprende un interés por parte del legislador en que no se vean entorpecidas las labores de indagación para culminarlas con éxito y evitar la interferencia de las partes en la etapa investigativa. Con mayor razón, podrá sostenerse que el acceso a esta información, negada incluso a los propios indagados y su defensa, es también vedada para los medios de comunicación.

Sin embargo, en la realidad se observa cómo en ocasiones los medios de comunicación no sólo acceden a información que se supone bajo custodia de los funcionarios, sino que por su propia cuenta logran acceder a ella sin que medie autoridad judicial en ese cometido. En el primero de los eventos, es decir, el de las filtraciones por parte de las autoridades de la información relevante de las indagaciones, es de suyo concluir que son los propios funcionarios públicos los que faltan a sus deberes constitucionales y legales. Esta situación es todavía más preocupante si se piensa que la criminología mediática en el contexto colombiano parece nutrirse peculiarmente de las filtraciones y agendas informativas sugeridas por la fuerza pública y las autoridades judiciales. Esto obliga a pensar en las autoridades y funcionarios que participan en esta etapa, para lo cual es necesario remitirse al artículo 202 del Código de Procedimiento Penal:

**Art. 202. Órganos que ejercen funciones permanentes de policía judicial de manera especial dentro de su competencia.** Ejercen permanentemente funciones especializadas de policía judicial dentro del proceso penal y en el ámbito de su competencia, los siguientes organismos:

1. La Procuraduría General de la Nación.
2. La Contraloría General de la República.
3. Las autoridades de tránsito.
4. Las entidades públicas que ejerzan funciones de vigilancia y control.
5. Los directores nacional y regional del Inpec, los directores de los establecimientos de reclusión y el personal de custodia y vigilancia, conforme con lo señalado en el Código Penitenciario y Carcelario.

6. Los alcaldes.

7. Los inspectores de policía (Congreso de la República, ley 906 de 2004).

Como se observa, el número de funcionarios que pueden participar de la etapa de indagación es amplio, y todavía puede ser mayor de acuerdo con lo dispuesto por el artículo 203, según el cual los también ejercer funciones de podía judicial los “*entes públicos que, por resolución del Fiscal General de la Nación, hayan sido autorizados para ello*”. Es por esta razón que toda la responsabilidad de la reserva sobre la información durante esta etapa no recae exclusivamente en la Fiscalía General de la Nación, la Policía Nacional, Medicina Legal o los Jueces de Control de Garantías y es mucho más compleja la red de funcionarios que participan y pueden dar al traste con dicha reserva, aun cuando tengan la obligación legal y constitucional de protegerla, pues la Ley 270 de 1996 – Ley Estatutaria de la Administración de Justicia- los impele a ello en sus artículos 7 y 9, relativos a la eficiencia y el respeto de los derechos, respectivamente.

Ahora bien, una eventual filtración de la información a los medios de comunicación puede lesionar derechos fundamentales como la intimidad, el buen nombre e incluso y, de acuerdo al manejo que de ella se haga, a la presunción de inocencia de los indagados, pues ese es el mayor efecto que sobre el individuo concreto suele generar la criminología mediática. Sin embargo, dado que la fuente de la información es la propia autoridad competente para recaudarla y conducirla posteriormente al proceso, **mientras se cumpla rigurosamente la ley en su obtención y custodia, no parece viable concluir que se vulnere el derecho a la defensa frente a las actuaciones procesales o preprocesales, pues es lo cierto que dichos elementos**

**materiales probatorios, si los hubiere, pueden ser contradichos por la defensa en la respectiva oportunidad ante el juez de control de garantías o de conocimiento.**

Esta situación, obliga a pensar más en el papel de las autoridades y funcionarios que participan en la investigación preliminar, más que en el propio proceso de defensa, ya que los medios sólo hacen eco de la información filtrada, información que, vale reiterar, será lícita siempre y cuando satisfaga a cabalidad las exigencias para su licitud, mas, por la misma razón, la defensa podrá usar su oportunidad procesal para combatirla. Conviene advertir en este punto los funcionarios que levanten dicha reserva pueden enfrentarse a sanciones disciplinarias y penal por esta razón, pero tal vez lo más importante, pueden verse inmiscuidos en otro tipo de procesos administrativos como la reparación directa (o medio de control de repetición), cuando por medio de su actuación generen al indiciado un perjuicio imputable al Estado.

La función de los medios de comunicación masiva con ocasión de estas filtraciones puede ser reprochablemente socialmente atendiendo a las críticas antes esbozadas a la criminología mediática y la maximización que esta hace del fenómeno criminal. No obstante, incluso aunque el medio de comunicación utilice esta información de manera sensacionalista para “inclinarse” el llamado por Zaffaroni “deseo de venganza” en contra del indagado o abiertamente juzgarlo culpable y vulnerar los derechos fundamentales de este, no puede reprochársele concretamente una intervención en el proceso de indagación que vulnere el derecho a la defensa. En todo caso, la divulgación masiva de la actividad investigativa de las autoridades correspondientes puede llegar a entorpecer la investigación (hecho hartamente reprochado por la academia y la crítica), **pero no se advierte aquí que las oportunidades procesales y preprocesales para la defensa se amenacen.**

Solamente se advierte un escenario de especial atención en el que podría pensarse en que el eco que hacen los medios de comunicación de las filtraciones que emanan de las autoridades o de sus propias investigaciones, puede entorpecer la defensa de un indagado: **el de la propia indagación que realice la defensa para obtener sus medios materiales probatorios.** Del mismo modo que para la Fiscalía General de la Nación existe un inminente riesgo de que la divulgación del material indagado entorpezca la investigación, para la defensa también puede representar una dificultad en su tarea investigativa, pues es apenas comprensible que los posibles testigos o las personas que tengan que ver con el ilícito investigado **se pongan bajo alarma, eliminen u oculten elementos materiales probatorios, huyan o se intimiden ante el cubrimiento mediático del hecho y una eventual exposición pública.** Esta situación, realmente compleja pero poco estudiada y analizada por los operadores jurídicos y la academia, obliga a pensar en una posible interferencia de los medios de comunicación en el proceso propiamente dicho, con eventuales repercusiones sobre la administración de justicia, pero especialmente el indagado y su defensa

Aunado a lo anterior, esta divulgación inconveniente abre también la posibilidad de que terceros enterados del hecho noticioso pretendan por su parte interferir en el proceso de indagación, **manipulando bases de datos,** por ejemplo, o incluso **destruyendo correspondencia** que pudiera beneficiar la defensa del indiciado. **Es evidente que estas situaciones que se plantean aquí tienen el carácter de hipótesis, pero no por ser tales tienen menor probabilidad de ocurrir en la realidad,** pues es muy posible que estas circunstancias sean soslayadas por los actores del proceso por considerarla irrelevante dentro del propio proceso y por eso no sean habituales en el debate académico.

Luego, es posible que las actuaciones en etapa de la indagación y la defensa puedan verse entorpecidas por las filtraciones que hacen las mismas autoridades y los funcionarios públicos, pero, sobre todo, esta injerencia tiene lugar con ocasión de la propia actividad de los medios de comunicación y sus periodistas, puesto que como se vio anteriormente, el derecho a la información (a informarse e informar) es un principio fundante del Estado social de Derecho colombiano. Gracias a los medios de comunicación, históricamente, se han conocido escandalosos hechos delictivos, generalmente vinculados a la corrupción burocrática. Casos como el proceso ocho mil o el más reciente relacionado con Odebrecht, divulgados por la prensa nacional antes de que se conocieran investigaciones oficiales al respecto, dan cuenta de la labor importantísima que ejercen los medios de comunicación como fuentes de información y control de lo público.

Por esta razón, como bien lo advierte la Corte Constitucional, es de sumo interés para todos los ciudadanos la actividad periodística que informe veraz e imparcialmente sobre el acontecer nacional. Así, los medios de comunicación masiva no sólo reproducen la información que legítima o ilegítimamente emana de las autoridades judiciales y los órganos de control, sino que además ellos mismos se dan a la tarea de investigar por su cuenta determinadas situaciones que revisten para ellas un interés informativo, logrando incluso adelantarse a los propios entes de investigación y siendo fuente de información para estos y de paso para toda la ciudadanía.

Esta labor de los medios sin duda alguna ha prestado en muchas oportunidades un beneficio social de gran impacto, especialmente político, pues sus mayores investigaciones han estado encaminadas al desvelamiento de actos de corrupción pública y también expresiones criminales complejas como el narcotráfico, la trata de personas y similares. No obstante, este proceder mediático ha generado también **ciertos conflictos poco visibilizados, como puede serlo el**

**hecho inconveniente de que se adelanten investigaciones periodísticas paralelas a las indagaciones que realiza el ente de persecución penal o los organismos de control.** Estas investigaciones paralelas, a partir de las cuales los medios ya no reproducen simplemente la información oficial sino que ellos mismos buscan la información de las fuentes primarias, pueden amenazar la persecución penal y los trabajos de indagación que adelanta el ente investigador, así como la eventual defensa de los procesados, en la medida en que sus divulgaciones o la misma búsqueda de la información puede enrarecer el curso de la investigación, encendiendo las alarmas de los presuntos implicados en el hecho punible, **favoreciendo la destrucción u ocultamiento de elementos materiales probatorios,** etcétera.

### **Amparo constitucional para la actividad de los medios de comunicación**

Es necesario aclarar en este punto que lejos de censurar esta labor periodística, la Corte Constitucional la alienta, aunque recaiga sobre ella una responsabilidad social que, sin embargo, es cuando menos difusa, si consideramos razonamientos como este que hace la Corporación, relativa al derecho a la información pública:

En resumen, la Corte ha considerado que sólo es legítima una restricción del derecho de acceso a la información pública – o el establecimiento de una reserva legal sobre cierta información – cuando: i) la restricción está autorizada por la ley o la Constitución; ii) la norma que establece el límite es precisa y clara en sus términos de forma tal que no ampare actuaciones arbitrarias o desproporcionadas de los servidores públicos; iii) el servidor público que decide ampararse en la reserva para no suministrar una información motiva por escrito su decisión y la funda en la norma

legal o constitucional que lo autoriza; iv) la ley establece un límite temporal a la reserva; v) existen sistemas adecuados de custodia de la información; vi) existen controles administrativos y judiciales de las actuaciones o decisiones reservadas; vii) la reserva opera respecto del contenido de un documento público pero no respecto de su existencia; viii) **la reserva obliga a los servidores públicos comprometidos pero no impide que los periodistas que acceden a dicha información puedan publicarla**; ix) la reserva se sujeta estrictamente a los principios de razonabilidad y proporcionalidad; x) existen recursos o acciones judiciales para impugnar la decisión de mantener en reserva una determinada información.” (Corte Constitucional, sentencia C-491 de 2007)

La misma Corte Constitucional sostiene en otra de sus sentencias:

**La reserva cobija a los funcionarios públicos, pero no habilita al Estado para censurar la publicación de dicha información cuando los periodistas han logrado obtenerla. En aplicación de esta regla la Corte declaró inexecutable una norma que prohibía a los periodistas difundir información reservada.** Al respecto dijo la Corte:

“El párrafo segundo de la norma examinada que prohíbe publicar extractos o resúmenes del contenido de la investigación sometida a reserva, hasta que se produzca el fallo, es inexecutable en cuanto comporta una forma clara e inequívoca de censura y viola, por ende, el artículo 20 de la C.N. De otra parte, vulnera la libertad e independencia de la actividad periodística, garantizada en el artículo 73 de la Carta. La prohibición de la censura opera en un ámbito propio y respecto de ciertos sujetos,

pero por sí misma no limita la competencia del legislador para imponer respecto de determinados actos y personas la obligación de la reserva.” [28]. (Corte Constitucional, sentencia C-038-96).

Bajo la lógica que propone la Corporación, los medios de comunicación, siempre que accedan a la información con base en sus recursos y métodos, pueden publicar libremente dicha información, aunque se halle bajo reserva para las propias autoridades. En este sentido, el poder de los periodistas y sus medios crece considerablemente, en el sentido de que por virtud de la protección constitucional al derecho a la información parece ilimitada su facultad para difundir todo tipo de información. Ahora bien, claro que la Corte Constitucional, como se apuntó atrás, ha impuesto como límite a esta libertad informativa el respeto de los derechos fundamentales de quienes puedan resultar afectados con sus publicaciones. Lo que lleva a considerar hasta qué punto, al estar inmerso en un proceso penal o ser objeto de indagaciones por las autoridades, la información proveniente de un individuo deja de ser de su fuero íntimo; o hasta qué punto, **las investigaciones periodísticas sobre personas o hechos determinados, aunque no exista investigaciones oficiales al respecto, pueden vulnerar el derecho a la intimidad de estas personas**. Sin duda, este es un asunto de difícil tratamiento, dada la dificultad que reviste ponderar el beneficio social que puede conllevar – y de hecho conlleva el periodismo de investigación- con los derechos fundamentales de las personas.

Lo cierto, entonces, es que las investigaciones de los medios de comunicación bajo el amparo del derecho a la información podrían llegar a amenazar el derecho a la defensa en etapa de indagación de los procesados, puesto que como se explicó más arriba, **aunque no se presente interferencia de los medios en las actuaciones procesales, las cuales obedecen a un sistema**

**normativo previo que regula su trámite, sí es posible que sus divulgaciones tengan un impacto negativo sobre las labores defensivas que se pretendan realizar durante esta etapa.**

### **Los medios de comunicación frente a las labores defensivas en etapa de indagación**

Si bien el principal papel de la defensa en esta etapa es velar por la constitucionalidad de las actuaciones que adelanten los órganos de investigaciones, también esta está facultada para realizar sus propias averiguaciones, consultar en bases de datos, recolectar sus propios elementos materiales probatorios y encontrar testimonios, por ejemplo, labores que pueden verse notablemente afectadas por el actuar de los medios de comunicación, si se tiene en cuenta el significativo despliegue mediático que tienen ciertos casos, sobre los cuales estos no sólo enfocan su actividad periodística sino que vuelcan igualmente toda su capacidad investigativa, con lo cual, incluso, pueden dirigir o desviar la función del ente de investigación y sus auxiliares, o incluso desequilibrar la balanza en contra de los presuntos culpables, sobre los que además recae la presión social que incitan estos medios.

Lo anterior, por supuesto, revela una situación demasiado compleja, en vista de que un límite a la actividad periodística podría conllevar a la censura, lo cual está proscrito por nuestro ordenamiento como se explicó más arriba. Además de lo anterior, respecto al propio procedimiento penal, también se advierte que la publicidad es un principio rector del proceso y de la administración de justicia, por lo cual una restricción al acceso a la información pública no sólo violenta los derechos de los medios de comunicación, sino que por extensión afecta a los periodistas y en general a todos los ciudadanos. Ahora bien, ¿cómo es posible conciliar el

principio de publicidad, el derecho a la información y el respeto por los derechos fundamentales, y especialmente el derecho de defensa, de los indagados? Sin duda, esta pregunta conviene resolverla haciendo un concienzudo análisis de cada situación.

En el eventual caso en que la información sometida a reserva se filtre por parte de las autoridades judiciales o el ente investigador o sus auxiliares, es lo propio reconocer que el sistema normativo colombiano prevé procedimientos y sanciones para estos casos, tanto disciplinarias como penales, e incluso de índole económico por la vía administrativa. Dicho esto, respecto a los medios de comunicación no quedaría otra opción que reprochar socialmente su injerencia en la administración de justicia, lo que puede poner en riesgo o llevar al traste una investigación y eventualmente una defensa. Se concluye que no existe otra opción que la sanción social, puesto que jurídicamente los medios de comunicación están respaldados constitucionalmente para publicar estas informaciones, dado que la responsabilidad social que le atribuye el legislador está más enfocada en la veracidad e imparcialidad de estas.

De otra parte, considerando ese amparo constitucional, gracias al cual, además, pueden publicar información sometida a reserva que hayan logrado recolectar por sus propios medios, es posible pensar que es cuando los medios de comunicación investigan y revelan información que ha estado bajo reserva de la autoridad o que no ha sido siquiera conocido por esta, que se pueden vulnerar mayormente los derechos de los indiciados, pudiendo eventualmente incluso obstaculizar sus estrategias de defensa.

La verificación de una eventual afectación por parte de los medios de comunicación al derecho de defensa en etapa de indagación, en tanto se entorpece las labores de investigación que puede adelantar el defensor del indiciado, bajo hipótesis como la revelación u ocultamiento de

datos, alerta de testigos (sobre avisados o puestos en peligro), la misma presión social sobre el proceso y el procesado, o efectos semejantes, sin embargo, es un tarea cuando menos compleja, puesto que se advierte de inmediato que la única posibilidad de acceder a fuentes que corroboren esa hipótesis es acudiendo a defensores encargados en su momento de representar intereses jurídicos en casos de renombre o de la suficiente trascendencia social como para que sean objeto de presión mediática y de intervención de terceros en busca de información bajo reserva.

Ni las autoridades judiciales ni el ente investigador, como tampoco los participantes del proceso en calidad de policía judicial (margen amplia de entidades y funcionarios empleables para ese propósito) pueden dar cuenta de una posible afectación al derecho de defensa del indiciado en etapa de indagación, puesto que, como se advirtió anteriormente, no sólo el derecho de defensa durante esta etapa está plenamente garantizado en la normativa penal colombiana, asegurando la participación y la igualdad de armas de los actores procesales, sino que, tampoco se espera que los propios funcionarios acusen su propia culpa frente a las filtraciones indebidas de la información bajo reserva, dado que ellas implican consecuencias penales, sancionatorias e incluso en materia de responsabilidad administrativa.

Como se explicó atrás, por ejemplo los jueces de control de garantías están encargados de velar por la constitucionalidad del proceso de indagatoria o investigación, asegurando el cumplimiento de todas las garantías del procesado para desarrollar su derecho a la defensa. No obstante, frente a la filtración de información bajo reserva por parte de los medios de comunicación masiva, al juez de control de garantías no le es permitido concluir que hubo una vulneración al derecho de defensa del procesado, porque en términos jurídicos, esto no ha ocurrido, si se materializan los procedimientos y los actos preprocesales y procesales conforme la Constitución Política y las leyes.

Si el derecho de defensa de un indiciado, en especial los actos de investigación adelantados por el defensor en paralelo con los de la Fiscalía General de la Nación, se ve entorpecido, lo mismo que puede entorpecerse el éxito de la investigación del ente acusador, a causa de una filtración de información bajo reserva o la presión de los medios de comunicación sobre el proceso de investigación, los investigados o los testigos, etcétera, el juez de control de garantías no tiene, en todo caso, ningún interés en ello, porque a él sólo le corresponde asegurar la legalidad de los actos procesales o preprocesales, como los que tienen lugar durante esta etapa de indagación, en la que se realizan procedimientos ( como los mencionados arriba) de recolección de elementos materiales probatorios, allanamientos, registros corporales, etcétera.

Además de lo anterior, en los casos en los que los medios de comunicación adelantan investigaciones por su propia cuenta, no es responsabilidad de las autoridades el efecto o efectos que como consecuencia de la publicación de cierta información puedan producirse en contra del indagado. Incluso en algunos casos el propio ente investigador se vale de esta información para iniciar sus propias indagaciones o nutrir las que tiene en curso. Una hipótesis aceptable, de otro lado, es que la Fiscalía General de la Nación, bajo la excepción de la reserva judicial, conmine a los medios de comunicación a no divulgar información que posean y pueda dar al traste con sus labores investigativas y acusatorias. Pero este escenario no es extensivo a favor del indagado, pues este no tiene la potestad institucional de impedir la divulgación de información que posteriormente pueda ser usada en su contra en un proceso penal propiamente dicho. Aquí se observa, en todo caso, un posible desequilibrio en desfavor del indiciado, pues este debe enfrentarse (conforme las leyes y los procedimientos establecidos en plena igualdad de armas) al poder punitivo del Estado, pero también a la presión mediática y las actividades investigativas de los medios de comunicación masiva. Lo cierto es que, en cualquier caso, los medios tiene un

respaldo constitucional para ejercer su labor periodística e informativa, contra la cual ni siquiera las autoridades pueden hacer mayor cosas, bajo el amparo que la misma Corte Constitucional les otorga al dar por sentado que son libres de **publicar la información que obtengan por sus propios medios.**

### **La actividad de los medios de comunicación en casos puntuales**

Volviendo sobre casos representativos de afectación a las labores de investigación adelantadas por la defensa en la etapa de indagación y la imposibilidad de obtener información académica o institucional al respecto, paradójicamente, los medios de comunicación pueden ofrecer algunos indicios de cómo ellos mismos se inmiscuyen en el proceso de indagación, o cómo adelantan investigaciones paralelas o desconocidas por los autoridades judiciales. Tal vez el caso más representativo en los últimos años fue el conocido como Panamá Papers, una filtración de datos sensibles de la firma de abogados Mossack Fonseca hecha por el diario Süddeutsche Zeitung y el Consorcio Internacional de Periodistas de Investigación. Antes de la publicación del primer informe el 03 de abril de 2016, no existía ninguna investigación penal o administrativa abierta en Colombia contra los implicados por conductas como evasión fiscal, falsedad en documento privado, lavado de activos, estafa o enriquecimiento ilícito. La investigación del entramado delictual construido por la firma de abogados panameña fue adelantada por 370 reporteros de 76 países (El Tiempo, 16 de junio de 2018) y fue publicada masivamente, en consecuencia, antes de que se pudiera comunicar por el ente investigador colombiano una apertura formal de indagación en contra de los presuntos responsables de estos delitos.

Por supuesto que la presión social y mediática no tardó en descargarse en contra de quienes aparecieron relacionados en las listas del Panamá Papers, aun cuando con posterioridad de las 1845 firmas o empresas señaladas, sólo 12 personas fueron investigadas penalmente. Ahora bien, ¿además de haberse podido afectar el buen nombre de estas empresas y los derechos a la presunción de inocencia o el buen nombre de sus representantes o propietarios, cuáles fueron las implicaciones negativas a la defensa de aquellas personas imputadas por diferentes delitos por la Fiscalía General de la Nación?

La respuesta a esta pregunta resulta de suyo compleja, puesto que, como se señaló arriba, el proceso penal colombiano, incluida su etapa de indagación, está completamente ajustado a la Constitución Política para garantizar la igualdad de armas y la contradicción al indagado, previendo un cúmulo de actos procesales y preprocesales que, observados rigurosamente, aseguran el derecho a la defensa del procesado. Otra cosa, como se sostiene, es que exista la posibilidad de que las filtraciones periodísticas desequilibren la balanza en contra de los indagados (al funcionar como investigaciones paralelas a aquellas para las cuales está destinado el ente investigador y ejercer una presión mediática y social en su contra) o entorpezcan las investigaciones o indagaciones que pueda realizar la defensa, a diferencia de la ventaja que supone para la Fiscalía General de la Nación que los medios de comunicación contribuyan a sus labores investigativas. Sin embargo, la realidad de si existe o no entorpecimiento de las investigaciones de la defensa en estos casos sólo la conocen los abogados defensores, pues además de conocer a fondo el proceso (incluso información que no se debate dentro de él), son ellos quienes elaboran las estrategias de defensa y pueden concluir si la suya se vio afectada por las publicaciones de los medios de comunicación masiva.

Este último punto es de vital importancia para comprender la dificultad que entraña que los medios de comunicación intervengan externamente (porque en el proceso no tienen cabida como actores) en la etapa de indagación, pudiendo afectar las labores indagatorias de la defensa. Dado que las estrategias de defensa las elaboran, naturalmente, los defensores, sólo a ellos compete identificar hasta qué punto esas intervenciones extrañas al proceso pueden dar al traste o afectar la estrategia defensiva.

Un caso igualmente reciente en el ámbito nacional donde se observa el papel de los medios de comunicación es el llamado a indagatoria del senador y expresidente Álvaro Uribe Vélez por el delito de fraude procesal. Dos días antes de que la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia le notificara la citación a indagatoria, el 24 de julio de 2018, el noticiero Noticias Uno comunicó en su emisión del 22 de julio 2018 que en los días siguientes se produciría dicha notificación. Evidentemente la filtración de esta información es ajena al natural curso del procedimiento legal, el cual contempla la comunicación formal de indagación personalmente al indiciado o su defensor, debiéndose mantener bajo reserva, incluso, para no entorpecer la investigación o evitar la elusión de la justicia por parte del indagado. Aunque en este caso ninguna de los dos eventos se presentó, lo cierto es que la opinión pública se volcó de tal manera sobre el asunto que los testigos en contra del senador Uribe Vélez fueron objeto de señalamiento y amenazas en redes sociales, así como otros, implicados en la presunta manipulación de testigos, se infirmaron en sus anteriores declaraciones, lo cual, paradójicamente, favorece, al menos a priori, al indagado. El senador Uribe Vélez, dada su trascendencia política en el país, pudo convocar incluso a rueda de prensa para manifestarse sobre el llamado a indagatoria y exponer públicamente su versión de los hechos, lo cual parece ser parte de su estrategia de defensa. Sin embargo, este caso, que en apariencia no revela ninguna idea sustancial frente a la pregunta que problematiza esta

investigación, permite plantearse un interrogante importante: ¿Esta misma presión mediática sobre testigos a favor y en contra del indagado, así como sobre los investigadores (en este caso la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia) y personas cercanas al proceso podría afectar las labores de investigación de un indagado que carezca del poder político y mediático del senador Uribe Vélez? Cabe señalar en este punto que el mismo senador fue quien convocó a los medios de comunicación para emplearlos como plataforma defensiva, aunque no jurídica, frente al llamado indagatoria, pero, ¿si los medios, a diferencia de este caso, no le sirven al indagado sino que juegan en su contra, podría entorpecerse la labor defensiva?

En la línea de este trabajo de investigación, se busca plantear estas inquietudes, aunque de antemano se advierta la naturaleza espinosa de este tema sobre la defensa en la etapa de indagación y el papel de los medios de comunicación masiva durante ella, en especial cuando estos divulgan información sometida a reserva bajo el amparo constitucional y el respaldo social. En estos eventos, se cree conveniente revisar detenidamente la normativa colombiana respecto al tratamiento de esta información judicial, dado que, no existe un régimen especial que regule propiamente los datos judiciales, excepto el consabido principio de publicidad y la jurisprudencia de la Corte Constitucional y el órgano de cierre en materia penal.

### **La información judicial y su tratamiento mediático: una mirada al panorama de desregulación**

Ni la Ley Estatutaria de la Administración de Justicia - Ley 270 de 1996 – ni la Ley Estatutaria para la protección de datos personales – Ley 1581 de 2012- regulan el tratamiento específico que debe darse a la información judicial, este tratamiento entonces se atiende lo

dispuesto por el Código de Procedimiento Penal y los mandatos constitucionales. A propósito, la Ley Estatutaria de protección de datos personales en su artículo 5 define lo que se consideran datos sensibles de las personas:

**Art. 5. Datos sensibles.** Para los propósitos de la presente ley, se entiende por datos sensibles *aquellos que afectan la intimidad del Titular o cuyo uso indebido puede generar su discriminación*, tales como aquellos que revelen el origen racial o étnico, la orientación política, las convicciones religiosas o filosóficas, la pertenencia a sindicatos, organizaciones sociales, de derechos humanos o que promueva intereses de cualquier partido político o que garanticen los derechos y garantías de partidos políticos de oposición así como los datos relativos a la salud, a la vida sexual y los datos biométricos (Congreso de la República, ley 1581 de 2012).

Como se lee, la ley de habeas data en Colombia no considera datos sensibles aquellos que surjan de una investigación judicial o que integren el expediente judicial de una persona. Una sola interpretación de la norma podría conducir a considerar sensibles estos datos: una lectura hermenéutica y constitucional de la literalidad “*aquellos que afectan la intimidad del Titular*”, a partir de la cual pueden alegarse vulneraciones a la presunción de inocencia, el buen nombre, la honra y por supuesto a la intimidad. No obstante, todo ello tiene lugar a posteriori, cuando se ha efectuado la vulneración, puesto que la ley no prevé un tratamiento especial para la información judicial, la cual, se reitera, se gobierna normativamente por los códigos procedimentales en clave de su constitucionalización. Por el contrario, la ley de habeas data en su artículo 10 consagra:

**Art. 10. Casos en que no es necesaria la autorización. La autorización del Titular no será necesaria cuando se trate de:**

a) **Información requerida por una entidad pública o administrativa en ejercicio de sus funciones legales o por orden judicial;**

b) **Datos de naturaleza pública;**

c) Casos de urgencia médica o sanitaria;

d) Tratamiento de información autorizado por la ley para fines históricos, estadísticos o científicos;

e) Datos relacionados con el Registro Civil de las Personas.

Quien acceda a los datos personales sin que medie autorización previa deberá en todo caso cumplir con las disposiciones contenidas en la presente ley (Congreso de la República, ley 1581 de 2012) (Negrilla fuera de texto original).

Es lógico concluir entonces que la información judicial es una información de naturaleza pública, no sólo porque la ley y la Constitución proclaman el principio de publicidad en los procesos judiciales, sino porque la propia ley de protección de datos personales no tiene una regulación especial que haga pensar lo contrario, e incluso, dispone para aquella información que no requiera de autorización del titular para su tratamiento. Con mayor razón, entonces, los medios de comunicación no tendrían ningún límite para divulgar datos judiciales, a menos que medie expresa prohibición de la autoridad judicial o acusadora, aunque, se puede pensar que siempre que la información no provenga con restricciones de esas fuentes, constitucionalmente los medios de comunicación están respaldados para publicarla.

En este sentido, es evidente que en Colombia no existe como en otros países como España o Brasil, una regulación específica sobre el asunto que oriente este tratamiento de datos judiciales para prevenir la lesión de derechos fundamentales que se vienen discutiendo, pues el sistema normativo prefiere el control a posteriori, mediante la protección vía tutela o jurisdicción ordinaria de dichos derechos. Por esta razón, en vista de lo que hasta aquí se ha discutido, es imperioso que el Estado colombiano legisle más claramente sobre el particular, como internacionalmente se ha hecho en otros países. En Colombia, como se ha planteado durante el desarrollo de este trabajo, los controles no sólo son realizados por los jueces a manera de amparo, lo cual desdice de la integridad del sistema normativo, sino que jurisprudencialmente se ha respaldado el papel de los medios y su alcance informativo, estableciendo límites difusos que en todo caso no satisfacen la necesidad de contrarrestar los efectos negativos de la llamada criminología mediática, no sólo sociológicamente hablando, sino jurídicamente, considerando las hipótesis anteriormente planteadas.

Respecto a la regulación de la información judicial en otros países, conviene la lectura de Guzmán (2015), quien se refiere a esas legislaciones foráneas en los siguientes términos, destacando en España el concepto de juicio paralelo:

Se entiende por “juicio paralelo” el conjunto de informaciones y el seguimiento que hacen los medios de comunicación social de un hecho sometido a investigación o enjuiciamiento judicial efectuándose una valoración jurídica ética y jurídica de la conducta de las personas implicadas de forma que los medios de comunicación ante la opinión pública ejercen el papel de juez, fiscal y abogado defensor, según los casos. La valoración del asunto discurre paralela al proceso, utilizando sesgada y

parcialmente la información que deriva del proceso judicial (Barrero, 2015, p.175, citado por Guzmán, 2015, p. 39).

Como se observa, en España se estudia este tema de manera consciente e incluso, como relata Guzmán (2015) el Consejo Audiovisual de Andalucía desarrolló una “*guía para el tratamiento informativo de los procesos judiciales*”, con base en la ley y la jurisprudencia constitucional de ese país, de la cual se puede rescatar lo siguiente:

Consagra dicho documento, una serie de principios como: publicidad (aunque no es aplicable en todas las etapas del proceso sino tan solo al acto oral que lo culmina y al pronunciamiento de la subsiguiente sentencia G.PT.PJ. 2013: 22); confianza de los operadores judiciales hacia los medios; aceptación de los operadores judiciales de la presión lícita a los que puedan estar sometidos juicios y procesos judiciales; brindar datos de primera veraces, neutrales y de primera mano a los medios, a fin de evitar que éstos formen juicios paralelos o se vulnere la presunción de inocencia, y la concurrente limitación de los medios, de respetar las limitaciones legales.

El derecho a la información no puede prevalecer sobre el derecho a la intimidad e imagen de las personas; ante la duda debe imperar la prudencia (G.PT.PJ. 2013: 16); brindar información neutral, objetiva y plural; no usurpar la función de los tribunales; salvaguardar los derechos de los menores y colectivos necesitados de especial protección, como personas con discapacidades psíquicas y víctimas de violencia de género (G.PT.PJ. 2013: 17) (Guzmán, 2015, p.42).

Además de la anterior, más concretamente referido a esta investigación, el aludido Consejo identifica dos etapas procesales: instrucción y juicio oral, indicando respecto a la primera que “*se*

*rige por el secreto sumarial, consustancia a dicha fase, pero se pueden brindar información a los medios que no afecte la investigación”* (G.PT.PJ. 2013: 17) (Guzmán, 2015). Como se observa, existe un claro propósito de la sociedad española por limitar la actividad de los medios y su criminología mediática. Guzmán concluye en su disertación, en la misma vía, una serie de medidas que a su juicio pueden contribuir a un mejor tratamiento de la información procesal en Colombia, entre las que se destacan 1) la autorregulación por parte de las autoridades y los medios; 2) filtrar la información ponderando equilibradamente el derecho a la información y el debido proceso; 3) Garantizar adecuadamente a los medios el acceso a las audiencias públicas; 4) Motivación en Derecho de las decisiones judiciales; 5) la celeridad procesal para evitar largos lapsos durante los cuales se puedan generar especulaciones en torno a los proceso; 6) Evitar el escarnio de los procesados.

Por otra parte, el mismo Guzmán, sugiere la creación de un marco normativo concreto, especialmente dedicado a este tipo de información y su tratamiento, a lo cual se suma conclusivamente esta investigación, pues en su transcurso se ha identificado esta necesidad, ya que lo derechos debatidos son de primer orden en la escala de valores constitucionales, incluso, como se ha advertido, una negativa injerencia de los medios de comunicación, especialmente en la etapa de indagación, puede vulnerar el derecho a la defensa, entorpeciendo estrategias de defensa e incluso la propia investigación de la Fiscalía General de la Nación, con lo cual el Estado colombiano estaría defraudando sus propios principios convencionales e incumpliendo sus compromisos internacionales, pues como se estudió en capítulo antecedente, garantizar la defensa y los derechos humanos son compromisos convencionales insoslayables.

Ahora bien, de ninguna manera, vale decirlo en este punto, **este trabajo pretende inculpar a los medios de comunicación del eventual fracaso de una defensa técnica en materia penal,**

**ni mucho menos se propone facilitar el encubrimiento de conductas delictuales y sus presuntos autores**, las cuales deben ser investigadas por el ente de investigación constitucionalmente destinado para ese propósito, sin negar que, eventualmente, los medios de comunicación pueden y deben ir más allá de las apariencias, pero sin lesionar derechos fundamentales.

Lo que se ha buscado es tratar de encontrar los efectos jurídicos de esa criminología mediática que ha ido ampliamente estudiada en otras disciplinas pero que, en rigor, ha sido poco sometida a un análisis concreto dentro de un ordenamiento jurídico determinado. Para el caso colombiano, aunque como se ha citado anteriormente la Corte Constitucional se refiera a la responsabilidad de los medios de comunicación, esta responsabilidad de los medios se torna difusa en el amplio margen de acción que tienen frente a la información que obtengan por sus propios medios, o incluso la que les sea brindada regular o irregularmente por las autoridades correspondientes. La exigencia de veracidad, imparcialidad y apego a los hechos parece no ser suficiente para proteger derechos fundamentales tan medulares como el derecho a la defensa y las labores investigativas que, al menos en la etapa indagatoria, resultan fundamentales para el éxito de la defensa, sin desconocer que el derecho a ella está plenamente garantizado en esta etapa de acuerdo con las normas constitucionales y procedimentales en materia penal y lo que principalmente se afecta son las labores de investigación de la defensa en etapa de indagación, lo cual puede representar un desequilibrio, más nunca una vulneración al derecho de defensa.

## Conclusiones

Como resultas de esta investigación es plausible aceptar en un primer momento que el ordenamiento jurídico colombiano, en especial la normatividad procesal penal, sí garantiza el derecho de defensa del indiciado durante la etapa de indagación, a pesar, incluso, de la interferencia de la criminología mediática o los medios de comunicación en las labores de investigación, bien sea mediante la divulgación de información bajo reserva que hayan obtenido por sus propios medios o bien porque estos medios sean quienes investiguen y publiquen información que comprometa la responsabilidad penal de una persona en hechos delictivos. La figura del juez de control de garantías descolla en esta etapa como garante de los derechos constitucionales de los procesados, sumada, por supuesto, a la propia defensa, quien, conjuntamente con el ente investigador, deben observar el estricto cumplimiento de los preceptos procesales y sustanciales del proceso.

La publicación por parte de los medios de comunicación de declaraciones de testigos en contra del indagado o de la existencia de elementos materiales probatorios, por ejemplo, no impide que la defensa pueda contradecirlos durante el proceso penal, conforme las reglas procedimentales para ese propósito. El blindaje jurídico del derecho a la defensa del procesado resulta suficiente para garantizar un juicio justo e imparcial, en igualdad de armas y con plenas garantías para el procesado.

Sin embargo, las labores de la defensa, especialmente en la etapa de indagación, no se limitan a la ejecución de actos procesales (o preprocesales) bajo el control del juez de control de garantías, pues ella, al igual que la Fiscalía General de la Nación lo hace, puede adelantar sus propias indagaciones para soportar su defensa y conducirla de acuerdo con la estrategia que los

elementos materiales probatorios le faciliten. Es aquí donde los medios de comunicación pueden jugar un papel importante, pero poco estudiado, en contra del indagado, así como es evidente que una filtración de información bajo reserva puede estropear una investigación adelantada por la fiscalía y los órganos o entidades que funjan como policía judicial.

No obstante, si una posible estrategia de defensa se entorpeciera por la acción divulgativa o la presión social y mediática de los medios de comunicación, asunto que sólo puede determinar un defensor sobre un caso concreto para el cual se haya diseñado una estrategia determinada, este, sin embargo, no es un asunto de competencia del juez de control de garantías, ni de ninguna otra entidad, pues en Colombia, a pesar de que la Corte Constitucional establece una responsabilidad social para los medios de comunicación, cualquier información que estos se hayan procurado por su propios medios puede ser publicada sin que exista algún control posterior al respecto, a menos que afecten derechos fundamentales como la honra y el buen nombre, caso en el cual se conmina al medio de comunicación a la retractación, generalmente por vía de tutela.

Por eso se considera que la afectación que puedan producir a las labores defensivas de los procesados las publicaciones de los medios de comunicación, bajo las hipótesis contempladas en este trabajo u otras semejantes, aunque afecten la estrategia de defensa, no tiene ninguna implicación frente al derecho de defensa propiamente dicho, el cual se materializa en la posibilidad de adelantar una indagación paralela a favor del procesado y tener las mismas oportunidades procesales que la Fiscalía General de la Nación durante dicha etapa, asegurando la bilateralidad de la audiencia dentro de esta etapa, considerada por algunos preprocesal.

Mas la interferencia negativa en las labores investigativas de la defensa no es un asunto menor, pues su consecuencia básica es frustrar las posibles estrategias de defensa que previamente se hayan adoptado o se piensen adoptar a favor del indiciado. No es descabellado pensar en la hipótesis de que la presión social y mediática de un testigo pueda hacerlo reconsiderar su versión de los hechos, o que, advertido de una investigación en su contra, antes de que las investigaciones del ente acusador y la defensa culminen, un presunto cómplice evada la justicia u oculte elementos materiales probatorios a causa de la alerta en la que fue puesto gracias a la información divulgada por los medios de comunicación, bien sea que lo señalen o no directamente. Pero este mismo efecto puede producirlo una filtración cualquiera, sin que medien en ella los medios de comunicación.

En todo caso, parece incomprensible siquiera plantear que deba sacrificarse la libertad de información para no entorpecer las labores de investigación de la defensa de un indiciado, en especial si se le garantiza el derecho de defensa durante el procesal penal, incluido los actos preprocesales previos a la imputación de cargos por parte de la Fiscalía General de la Nación. Si lo que se amenaza son las labores investigativas de la defensa en etapa de indagación, y no su derecho a la defensa, a lo sumo puede observarse un desbalance en contra del indagado, quien soporta la doble presión investigativa de los medios de comunicación y el ente acusador.

Lo que sí resulta sensato, como se expuso al final de este trabajo, es regular la relación entre los medios de comunicación y la información judicial, siguiendo los ejemplos de Brasil y España, quienes han creado estatutos que, si bien no tienen fuerza legal vinculante, rigen entre los periodistas y comunicadores como un catálogo de procedimientos para tratar la información judicial. Si bien en Colombia existen consecuencias penales, disciplinarias y económicas para los funcionarios públicos que expongan la información sometida a reserva, en especial para los

procesos judiciales, frente a los medios de comunicación y su responsabilidad social no existe ninguna, pues bajo el amparo de la carta constitucional y la jurisprudencia de la Corte Constitucional, su responsabilidad es tan difusa que les es permitido publicar información de cualquier índole mientras la consigan por sus propios medios, aunque ese medio pueda ser, incluso, un funcionario público que falta a sus deberes legales. El afán de los medios de comunicación por informar sobre el acontecer delictual, la llamada criminología mediática, además de generar un ambiente enrarecido frente al fenómeno criminal y generar alarma pública y sensación generalizada de inseguridad, puede también obstaculizar la administración de justicia, encontrándose necesario que se entable un diálogo social para ponderar los principios y libertades relacionados con la información, los cuales fundamentan el Estado social de Derecho, en el marco del proceso penal y el poder punitivo del Estado, evitando al máximo la intromisión de estos en la administración de justicia.

## Referencias

### Artículos en línea

- Barata, F., (2008). La mediatización del derecho penal. *Novus jum*, vol. 2, No.1, p. 7.
- Buitrago R., Á, M. (Agosto de 2005). Derecho de defensa en etapa de indagación. XXVII Jornadas Internacionales de Derecho Penal. Universidad Externado de Colombia. Bogotá, Colombia.
- Castell, M., (1997). La era de la información. *Economía, sociedad y cultura*, vol. 1. La sociedad red, Madrid, España.
- Elbert, C.A, (1998). Manual básico de criminología. Buenos Aires, Argentina. Editorial Universitaria de Buenos Aires.
- Elbert, C.A., (2013). Paradigmas de la criminología contemporánea: lo viejo, lo nuevo y el futuro. *Nuevos paradigmas de las ciencias sociales latinoamericanas*, vol. IV, No.8, p.p. 10-11.
- Fuentes O, J.L, (2005). Los medios de comunicación y el derecho penal. *Revista electrónica de ciencia penal y criminología*, núm. 07 -16, p. 16:1 – 16: 51.
- García-Pablos de M, A., (2003). Tratado de criminología. Valencia, España. Editorial Tirant Lo Blanch.
- Guzmán M., C.R., (2015). Los medios de comunicación masiva y su actual influencia en las decisiones de los jueces penales en Colombia (Artículo para de investigación para optar al grado de Magister) Universidad Militar Nueva Granada. Bogotá, Colombia.
- Martínez T, F.H., Aguilar G., E. M, (2013). La incidencia de los medios de comunicación en decisiones del sistema penal acusatorio (Artículo para de investigación para optar al grado de Especialización) Universidad Militar Nueva Granada. Bogotá, Colombia.

Zaffaroni, E. R., (2013). La cuestión criminal. Bogotá, Colombia. Grupo Editorial Ibáñez

### **Bibliografía**

Agudelo R, M, (2004), El debido proceso. Revista Opinión Jurídica, Universidad de Medellín.  
Recuperado de <http://revistas.udem.edu.co/index.php/opinion/article/view/1307/1283>.

Avella F, P.O, (2007). Estructura del proceso penal acusatorio. Bogotá, Colombia: Fiscalía General de la Nación.

Barbosa C, G, (2005). Estructura del proceso penal: aproximación al proceso penal colombiano. Reflexiones sobre el nuevo sistema procesal penal: los grandes desafíos del juez penal colombiano. Bogotá, Colombia: Consejo Nacional de la Judicatura

Uprimy, R, (2005). Bloque de Constitucionalidad, derechos humanos y nuevo procedimiento penal. Reflexiones sobre el nuevo sistema procesal penal: los grandes desafíos del juez penal colombiano. Bogotá, Colombia: Consejo Nacional de la Judicatura

### **Documentos legales**

Congreso de la República de Colombia. (31 de agosto de 2004) Código de Procedimiento Penal. [Ley 906 de 2004]. DO: 45.658.

Congreso de la República de Colombia. (3º de diciembre de 1972) Ratificación del Pacto de San José [Ley 16 de 1972]. DO: 33.780.

Congreso de la República de Colombia. (26 de diciembre de 1968) Ratificación de Pactos Internacionales de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, de Derechos Civiles y Políticos, así como el Protocolo Facultativo [Ley 74 de 1968]. DO: 32.682

Constitución Política de Colombia [Const] (1991) Recuperado de [http://www.secretariasenado.gov.co/senado/basedoc/constitucion\\_politica\\_1991.html](http://www.secretariasenado.gov.co/senado/basedoc/constitucion_politica_1991.html)

ONU. Declaración Universal de los Derechos Humanos (10 de diciembre de 1948) París, Francia. Disponible en: <http://www.un.org/es/universal-declaration-human-rights/>

### **Jurisprudencia**

Corte Constitucional de Colombia, Sala Quinta de Revisión. (30 de junio de 2011) Sentencia T508/11. [MP Jorge Iván Palacio Palacio]

Corte Constitucional de Colombia, Sala Plena. (27 de enero de 2009) Sentencia C025/09. [MP Rodrigo Escobar Gil]

Corte Constitucional de Colombia, Sala Plena. (11 de mayo de 2011) Sentencia C371/11. [MP Luis Ernesto Vargas Silva]

Corte Constitucional de Colombia, Sala Plena. (25 de junio de 2014) Sentencia C387/14. [MP Jorge Iván Palacio Palacio]

Corte Constitucional de Colombia, Sala Plena. (13 de febrero de 2008) Sentencia C118/08. [MP Marco Gerardo Monroy Cabra]

Corte Constitucional de Colombia, Sala Plena. (22 de noviembre de 2005) Sentencia C1194/05. [MP Marco Gerardo Monroy Cabra]

Corte Constitucional de Colombia, Sala Plena. (02 de marzo de 2011) Sentencia C127/11. [MP María Victoria Calle Correa]

Corte Constitucional de Colombia, Sala Plena. (18 de marzo de 1998) Sentencia C087/98. [MP Carlos Gaviria Díaz]

Corte Constitucional de Colombia, Sala Segunda de Revisión. (22 de mayo de 2007) Sentencia T391/07. [MP Manuel José Cepeda Espinosa]

Corte Constitucional de Colombia, Sala Séptima de Revisión. (30 de abril de 2013) Sentencia T256/13. [MP Jorge Ignacio Pretelt Chaljub]

Corte Constitucional de Colombia, Sala Tercera de Revisión. (15 de agosto de 2007) Sentencia T626/07. [MP Jaime Córdoba Triviño]

Corte Constitucional de Colombia, Sala Séptima de Revisión. (28 de enero de 2007) Sentencia T040/13. [MP Jorge Ignacio Pretelt Chaljub]

Corte Constitucional de Colombia, Sala Plena. (20 de agosto de 2014) Sentencia C591/14. [MP Luis Ernesto Vargas Silva]

Corte Constitucional de Colombia, Sala Sexta de Revisión. (24 de enero de 2008) Sentencia T049/08. [MP Marco Gerardo Monroy Cabra]

Corte Constitucional de Colombia, Sala Novena de Revisión. (18 de septiembre de 2008) Sentencia T920/08. [MP Clara Inés Vargas Hernández]

Corte Constitucional de Colombia, Sala Plena. (27 de junio de 2007) Sentencia C491/07. [MP Jaime Córdoba Triviño]

Corte Constitucional de Colombia, Sala Plena. (05 de febrero de 2007) Sentencia 0381/96. [MP Eduardo Cifuentes Muñoz]