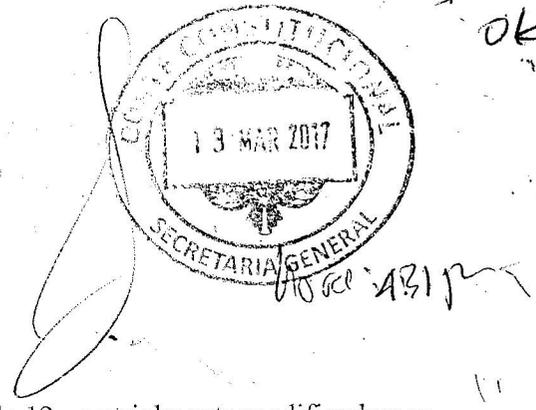


D-12013
OK



Señores
Honorables Magistrados y Magistradas
Corte Constitucional
Ciudad

Ref. Demanda de inconstitucionalidad contra el artículo 12 - parcialmente modificado por el artículo 1º de la Resolución No. 1999 de 2016-, el literal (c) el artículo 17 y los literales (a), (c) y (d) del artículo 21 de la **Resolución No. 1733 de 2016 del Consejo Nacional Electoral** -modificados por el artículo 3º de la Resolución No. 1999 d 2016-

HÉCTOR RIVEROS SERRATO, mayor de edad e identificado con cédula de ciudadanía No. 19.445.020 de Bogotá, presento **DEMANDA DE INCONSTITUCIONALIDAD** contra el artículo 12 - parcialmente modificado por el artículo 1º de la Resolución No. 1999 de 2016-, el literal (c) del artículo 17 y los literales (a), (c) y (d) del artículo 21 de la **Resolución No. 1733 de 2016 del Consejo Nacional Electoral** -modificados por el artículo 3º de la Resolución No. 1999 de 2016-, con el fin que se declare la inexecutable de las mencionadas normas, de conformidad con el numeral 3º del Artículo 241 de la Constitución Política y los siguientes hechos fácticos y jurídicos:

I NORMAS CONSTITUCIONALES Y DEL BLOQUE DE CONSTITUCIONALIDAD VULNERADAS.

- Artículo 20 Constitución Política de 1991
- Artículo 73 Constitución Política de 1991
- Artículo 264 Constitución Política de 1991
- Artículo 13 Convención Americana de Derechos Humanos

II TRANSCRIPCIÓN DE LAS NORMAS DEMANDADAS

ARTÍCULO 12. (MODIFICADO POR EL ARTÍCULO 1 DE LA RESOLUCIÓN 199 DE 2016) Pluralismo, equilibrio informativo e imparcialidad. Los concesionarios y operadores de radio y televisión, durante la campaña del plebiscito, deberán garantizar el pluralismo, el equilibrio informativo y la imparcialidad, así como la veracidad en el manejo de la información sobre las campañas por la opción del SI y por la opción del NO.

Los medios de comunicación remitirán un informe semanal al Consejo Nacional Electoral, con los tiempos o espacios que en dichas emisiones o publicaciones se otorgaron a las distintas campañas.

El Consejo Nacional Electoral publicará dicha información y verificará el cumplimiento de lo aquí previsto.

Las campañas tendrán derecho a la rectificación en condiciones de equidad, cuando se presenten informaciones falsas, parcializadas o imprecisas.

ARTÍCULO 17. Medidas cautelares. El Consejo nacional Electoral podrá tomar las siguientes medidas, de oficio o a petición de parte:

- a)
- b)
- c) Ordenar la rectificación cuando sea procedente. (Se subraya lo demandado)

ARTÍCULO 21: (MODIFICADO POR EL ARTÍCULO 1 DE LA RESOLUCIÓN 199 DE 2016) De las encuestas. De conformidad con el artículo 20 de la Constitución Política, las encuestas que se realicen con ocasión del plebiscito deberán cumplir con los requisitos previstos en las Resoluciones 023 de 1996 y 050 de 1997 proferidas por esta Corporación.

Adicionalmente, se deberán observar las siguientes reglas:

- a) La encuesta deberá ser remitida por el medio de comunicación a través del cual se divulga, al Consejo nacional Electoral al día siguiente de su publicación, acompañada de la información que permita establecer su trazabilidad. La ficha técnica debe especificar si la encuesta fue realizada por solicitud de alguno de los comités por la opción del si o la opción del no o por un medio de comunicación. En la ficha técnica presentada por la firma encuestadora se incluirá el nombre de un profesional de estadística que acredite la idoneidad de la firma.
- b)
- c) Solo se podrán publicar y difundir encuestas hasta el martes anterior a la fecha de la votación del plebiscito especial.
- d) Las inconsistencias graves de la información contenida en la ficha técnica darán lugar a una multa que oscilará entre veinticinco (25) y cuarenta (40) salarios mínimos legales mensuales vigentes, según la gravedad de la falta, o la prohibición o suspensión del ejercicio de estas actividades. El medio de comunicación que publicó la encuesta será corresponsable y por consiguiente, se le aplicará la sanción pecuniaria en la misma cuantía y proporción que la firma encuestadora.

III CONSIDERACIÓN PRELIMINAR: VIGENCIA DE LOS EFECTOS JURÍDICOS DE LAS NORMAS DEMANDADAS.

Dado que las normas demandadas establecen reglas relacionadas con los medios de comunicación durante la campaña que se desarrolló previo a la realización del plebiscito que se realizó el pasado dos de Octubre, ha surgido la duda sobre su vigencia y podría surgir la idea, ya planteada por el magistrado Alberto Rojas, sobre la eventual carencia actual de objeto, que podría llevar a que se rechace la demanda, por lo que es necesario hacer una consideración preliminar para explicar las razones que confirman que las normas

demandadas no han perdido vigencia y muy por el contrario la mantienen a plenitud y la organización electoral podría derivar consecuencias que llevarían a imponer sanciones a los medios que eventualmente hayan incumplido las reglas establecidas en las disposiciones en cuestión.

La jurisprudencia del máximo tribunal constitucional en reiteradas oportunidades ha establecido la necesidad de que la norma sujeta a su control se encuentre vigente o que sus efectos aún continúen produciéndose. Así entonces, se ha señalado que la Corte no podrá estudiar contenidos normativos que hayan sido derogados no sólo por respeto a las competencias del legislador al tomar la determinación de excluir la norma del ordenamiento jurídico, sino adicionalmente, con el fin de no generar sentencias de inhibición en tanto la norma carecería de aptitud para vulnerar alguno de los preceptos constitucionales.

La discusión frente a la posibilidad de estudiar la constitucionalidad de una determinada norma, no se circunscribe a un análisis objetivo frente a su eventual derogación, sino que se debe examinar si ésta continúa generando efectos o si por el contrario, éstos han cesado. En este sentido, la jurisprudencia constitucional enfatizó:

“La competencia de la Corte para pronunciarse de fondo sobre una disposición derogada se restringe a aquellos casos en que ésta es aun eficaz, es decir, cuando la disposición, a pesar de estar derogada, sigue siendo susceptible de producir efectos jurídicos. Los efectos que produce una disposición de carácter legal tienen tres características: son generales, impersonales y abstractos”. (C-329 de 2001).

Frente al caso bajo estudio, es necesario señalar que no existe ninguna disposición jurídica que haya derogado expresamente las normas que son objeto de controversia en la presente demanda. Tampoco es el caso de la Ley 1806 de 2016, la cual es el fundamento normativo para la expedición de la Resolución del Consejo Nacional Electoral. Sin embargo, resultaría posible interpretar que debido a que éstas normas pretendían regular un mecanismo de participación ciudadana que se realizó durante el mes de octubre del año pasado, sus contenidos normativos perdieron eficacia en tanto ya no estarían produciendo efectos. Si bien es cierto que el plebiscito que se reguló mediante la Resolución No 1733 de 2016 - modificado parcialmente por la Resolución No. 1999 de 2016- ya se llevó a cabo, las normas de éste aún son susceptibles de producir efectos.

Como se explicará en el acápite siguiente, las normas demandadas establecieron ciertas condiciones y requisitos que debían cumplir los medios de comunicación durante el tiempo de campaña del citado plebiscito en relación con asuntos como (i) contenido informativo, (ii) tiempo y forma de cubrimiento de hechos noticiosos, (iii) publicación y elementos técnicos de las encuestas, (iv) rectificaciones, entre otros. Así mismo, dicha resolución y en particular las normas demandadas, establecen posibles consecuencias ante la violación de alguno de los requisitos señalados. Por ejemplo, la obligación de abrir espacios de rectificación e incluso, la imposición de multas de hasta por 40 salarios mínimos legales vigentes.

Así entonces, si bien las normas regulaban situaciones propias del transcurso de la campaña del plebiscito del Acuerdo Final para la Terminación del Conflicto y la Construcción de

una Paz Estable y Duradera, éstas aún pueden producir efectos en tanto una posible vulneración de las mismas durante aquel entonces, será el sustento jurídico para imponer, hoy en día, cualquiera de las sanciones que la misma resolución contempla.

Es decir, actualmente el Consejo Nacional Electoral está en la obligación de aplicar las normas contenidas en la Resolución No. 1733 de 2016 al estudiar eventuales incumplimientos de las normas sustantivas que allí se contemplan. En consecuencia, no sólo los preceptos normativos contentivos de sanciones tienen la vocación de producir efectos jurídicos, sino también todas las normas sustanciales o reguladoras de supuestos de hechos, toda vez que éstas serán el fundamento aplicable en los casos que se estén estudiando o se vayan a estudiar por parte del Consejo Nacional Electoral.

En conclusión, las normas demandadas, a pesar de la ocurrencia del plebiscito del 2 de octubre de 2016, aún tienen la potencialidad de generar efectos jurídicos de manera general, impersonal y abstracta con respecto a la totalidad del universo objeto de regulación mediante la Resolución del Consejo Nacional Electoral. Por lo tanto, la Corte Constitucional tiene plena competencia para estudiar la constitucionalidad de las mismas, en tanto resulta plenamente posible que se apliquen normas, que como se demostrará, presentan importantes contradicciones con los principios, garantías y competencias contempladas en la Constitución Política de 1991.

IV FUNDAMENTOS DE LA INCONSTITUCIONALIDAD

4.1. Alcance de las normas demandadas.

En primer lugar, resulta determinante establecer el alcance de los artículos demandados con el fin de acotar los problemas jurídicos que se derivan de su contenido.

La primera norma que se cuestiona a través de la presente demanda es el artículo 12 de la Resolución 1733 de 2016 expedida por el Consejo Nacional Electoral --modificado por el artículo 1º de la Resolución No. 1999 de 2016-. Mediante dicha norma el órgano electoral ordena a que durante la campaña del plebiscito los concesionarios, operadores de televisión y radio *“deberán garantizar el pluralismo, el equilibrio informativo y la imparcialidad, así como la veracidad en el manejo de la información sobre las campañas por la opción del Sí o por la del No”*.

Por su parte, el inciso 2º del artículo 12 obliga a los medios de comunicación social al envío semanal de un informe *“con los tiempos o espacios que en dichas emisiones o publicaciones se otorgaron al cubrimiento de las distintas campañas”*. Continúa la norma señalando que el CNE, con base en dicho informe, verificará el cumplimiento de los requisitos de pluralidad, equilibrio informativo e imparcialidad que se establecen en el mismo artículo.

Así entonces, se debe cuestionar la competencia del CNE para revisar el contenido informativo de los medios de comunicación y sus decisiones editoriales en relación con qué hechos noticiosos informar, el espacio o tiempo destinado para ellos, teniendo en cuenta que estos son elementos del núcleo esencial del derecho fundamental a libertad de prensa e información. De igual manera, se

debe verificar si el citado artículo cumple con los requisitos y garantías mínimas establecidas por la jurisprudencia constitucional e internacional en relación con la aplicación de medidas restrictivas de la libertad de expresión para así no generar riesgo de censura.

La segunda disposición normativa demandada es el literal (c) del artículo 17 de la Resolución No. 1733 de 2016. Dicha norma señala que el CNE podrá, de oficio o a petición de parte, “ordenar la rectificación cuando sea procedente”. Una vez más se debe estudiar la competencia del Consejo Nacional Electoral para poder ordenar rectificaciones a los medios de comunicación cuando en estas circunstancias se debe adelantar un proceso que respete y pondere diferentes derechos fundamentales como la libertad de prensa, el debido proceso e incluso, la intimidad, la honra y el buen nombre.

Por último, se cuestiona el artículo 21 de la Resolución 1733 de 2016 -modificado por el artículo 3º de la Resolución 1999 de 2016-. A través de los literales (a), (c) y (d) de dicho artículo, el Consejo Nacional Electoral (i) señala que los medios de comunicación deberán enviarle las encuestas que estos decidan divulgar, (ii) prohíbe la publicación de encuestas con posterioridad al “*martes anterior a la fecha de la votación del plebiscito especial*” y (iii) establece que los medios de comunicación serán corresponsables por las inconsistencias graves que se presenten en las encuestas. En este caso, los problemas jurídicos se centran en la definición de la competencia del CNE para vigilar y verificar el cumplimiento de las normas sobre encuestas de opinión pública. Así entonces, se deberán analizar cuestiones como: ¿Podría dicho organismo limitar el derecho a la información restringiendo el tiempo para la publicación de encuestas? ¿Es competente el CNE para extender la responsabilidad sobre la calidad de las encuestas a los medios de comunicación cuando estos se limitan a publicar un hecho informativo? ¿Su función de vigilancia sobre las normas relacionados con encuestas de opinión pública se limita única y exclusivamente sobre quienes realizan dicha actividad profesional?

Teniendo en cuenta el alcance de las normas demandadas a continuación se ahondará sobre los problemas jurídicos que estas generan.

4.2. Libertad de prensa: Asunto esencial y estructural de los Estados Democráticos

El asunto objeto de la presente demanda trasciende la simple discusión jurídica en relación con una eventual violación de normas constitucionales de un acto administrativo. La regulación realizada por el Consejo Nacional Electoral toca asuntos esenciales y determinantes de la definición de Colombia como un Estado Democrático. La mencionada normatividad regula temas que vulneran el derecho fundamental a la libertad de información y prensa, la independencia de la actividad periodística e incluso, tiene consecuencias que violarían la prohibición constitucional contra la censura.

La concepción filosófica más básica de la existencia de los medios de comunicación en un sistema democrático, implica el rompimiento de la relación entre estos y el poder del Estado, en tanto actúan como un “cuarto poder” que controla, vigila e investiga la actividad gubernamental. Así fue reconocido por el Constituyente de 1991 y de igual manera ha sido ampliado y profundizado por la jurisprudencia constitucional. La sentencia T-391 de 2007, la cual es sin duda una providencia hito dentro de esta línea jurisprudencial, señaló:

“la libertad de prensa es fundamental en el ordenamiento político constitucional, porque cumple funciones de control al poder y de ser depositaria de la confianza pública. Como consecuencia de su importancia para el sistema democrático, los medios de comunicación gozan de especial protección constitucional; los medios de comunicación cumplen una tarea fundamental para la participación ciudadana en una democracia, al proveer información y observaciones críticas sobre la gestión de las autoridades”

De esta manera los medios de comunicación tienen como objetivo fundamental contrarrestar las versiones oficiales mediante la crítica, la investigación, la controversia y la complementación con el fin presentar visiones distintas a las que en determinados momentos coyunturales los gobiernos pretendan promover o defender. La libertad de fundar un medio de comunicación forma parte del citado derecho fundamental y su propósito puede ser precisamente difundir una línea editorial que corresponde a una posición ideológica. La protección de esta garantía se hace efectiva con la posibilidad de que las diferentes tendencias ideológicas puedan fundar sus propios medios. En este sentido, -tal como se desarrollará detalladamente- no podría ninguna institución estatal obligar o limitar la publicación y difusión de un determinado contenido informativo, salvo aquellas limitaciones que puedan estar expresamente señaladas en la Constitución y la Ley.

4.3. Vulneración de la libertad de prensa e información por parte de los artículos 12 y 17 de la Resolución 1733 de 2016.

La regulación de un derecho fundamental, en especial en aquellos asuntos que hacen parte de su núcleo esencial, son temas de la mayor reserva por parte de la Constitución y por lo tanto, no pueden ser intervenidos por cualquier institución. La existencia de las leyes estatutarias que exigen mayorías calificadas y revisión previa por parte de la Corte Constitucional, son garantías jurídicas para la protección de los derechos fundamentales con el fin de que estos no sean limitados o restringidos de manera desproporcionada.

En el caso particular, el artículo 12 de la Resolución objeto de la presente demanda pretende regular aspectos esenciales de la libertad de prensa e información toda vez que se encuentra exigiendo requisitos para su práctica, so pretexto de estar reglamentando elementos electorales del plebiscito para la terminación del conflicto y la construcción de una paz estable y duradera. Frente a lo establecido en el mencionado artículo es determinante analizar (i) la competencia del Consejo Nacional Electoral, (ii) determinar los aspectos básicos de la autonomía editorial e informativa y (iii) establecer los supuestos de hecho para la configuración de escenarios de censura.

4.3.1. Competencia del Consejo Nacional Electoral

En primer lugar, de acuerdo con el artículo 265 constitucional, la función básica y primordial del Consejo Nacional Electoral consiste en *regular, inspeccionar, vigilar y controlar toda actividad electoral de los partidos, movimientos políticos y grupo significativo de ciudadanos*. Para el caso concreto, resultaría también importante mencionar los numerales 6° y 10° de la citada norma superior ya que en ellas se faculta al CNE para (a) *“velar por el cumplimiento de las normas sobre Partidos y Movimientos Políticos y de las disposiciones sobre publicidad y encuestas de opinión política y (b) “reglamentar la participación de los partidos y movimientos políticos en los medios de comunicación social del Estado”*.

Es de especial importancia analizar en qué consisten específicamente dichas competencias del CNE. En primer lugar, es imperioso señalar que su competencia esencial, de la cual se derivan todas las demás que pueda tener dicho organismo, se encuentra circunscrita única y exclusivamente a asuntos propios de la actividad electoral. Así entonces, es este órgano administrativo el encargado de adelantar inscripciones de partidos o movimientos políticos, establecer los topes de financiación para cada evento electoral, regular temas relacionados con la propaganda permitida durante las épocas electorales, entre otros. Las normas que el CNE establezca solo podrán estar dirigidas a estos asuntos y sus destinatarios principales son los partidos, movimientos políticos, candidatos y/o comités que participen en elecciones o en los mecanismos de participación ciudadana.

De esta manera, las funciones del CNE se encuentran muy alejadas de cualquier intento de regular temas relacionados con los medios de comunicación y la información que estos puedan o no publicar, difundir o presentar. Más allá de la discusión jurídica de si lo establecido en el artículo 12 se entromete en temas del núcleo esencial del derecho a libertad de prensa, lo cual exigiría la expedición de una ley estatutaria, es claro que el CNE no cuenta con ninguna competencia constitucional ni legal para reglamentar temas de esta índole así estos, en gracia de discusión, no fueran elementos esenciales para el goce efectivo del derecho.

En este sentido, es indispensable recordar la sentencia C-226 de 1996, en la cual la Corte Constitucional analizó un asunto similar al presente, pero particularmente sobre temas de la dirección de la televisión. En aquella oportunidad, el máximo tribunal constitucional determinó que la competencia del CNE no puede ser interpretada de manera amplia a tal punto que termine regulando todos los asuntos que puedan resultar directa o indirectamente relacionados con su función primordial. Así entonces, se señaló que el CNE no podría establecer regulaciones en temas televisivos como distribución de franjas, frecuencias o audiencias so pretexto de estar regulando la participación de partidos en épocas electorales. Expresamente la Corte concluyó que admitir dicha intervención *"equivaldría a facultar a un órgano que tiene una función pública específica en el campo electoral, para influir de manera determinante y general en el manejo y dirección de la televisión"*.

Bajo la misma lógica argumentativa, la situación resuelta por la Corte es de suma importancia en tanto, al alegar estar estableciendo la participación de los movimientos, comités y/o partidos en el marco del plebiscito, no puede el Consejo Nacional Electoral inmiscuirse o regular la cantidad, cubrimiento, espacio y/o el contenido informativo de los medios de comunicación tal como lo pretende a través del artículo 12 de su Resolución.

4.3.2. Autonomía editorial e informativa: Elementos esenciales de la libertad de prensa.

La autonomía editorial o informativa -eje esencial del derecho a la libertad de prensa- sólo se encuentra limitada por la mencionada obligación de presentar hechos ciertos e imparciales y la protección derechos fundamentales de las personas tales como la intimidad o el buen nombre. Sin embargo, cada medio de comunicación tiene la plena libertad para decidir cómo presenta los hechos, el espacio que dará al cubrimiento de hecho noticioso y la organización en la presentación de los mismos. En este sentido, la sentencia T-1000 de 2000, determinó:

“En cuanto no haya un ocultamiento de hechos, una presentación claramente tendenciosa de los mismos, o una acusación infundada hacia las personas, no puede el juez de tutela cuestionar la organización de la exposición que el medio hace de la información. Esta capacidad de organización debe considerarse una garantía indispensable para el ejercicio de la libertad de prensa que requiere un margen de discrecionalidad en la manera como se resaltan, organizan y presentan los hechos mientras sea “ajena a la pretensión de obtener de las informaciones efectos normalmente no derivados de los hechos u opiniones que las configuran,”. Ello es necesario para que los medios puedan adecuar las características de su formato y del contenido de las informaciones a las de su audiencia, y así, asegurar que los alcances y la trascendencia de la información que presentan sean comprendidos por un público heterogéneo. De conformidad con lo anterior, para esta Sala el grado de autonomía conferido a los medios de comunicación en la presentación de las noticias es particularmente importante para que la labor periodística pueda cumplir una función educativa y formativa”. (Subrayado fuera del original) .

El artículo 12 de la Resolución 1733 de 2016, modificado por el artículo 1º de la Resolución No. 1999 de 2016, vulnera de manera evidente la autonomía editorial de los medios de comunicación ya que expresamente faculta al Consejo Nacional Electoral para revisar los tiempos, espacios y cubrimientos que estos le den a las distintas campañas a favor o en contra del plebiscito. El hecho de exigir a los medios de comunicación presentar un informe semanal para “verificar” cuánto espacio, tiempo y cubrimiento le otorgaron a las campañas constituye una clara vulneración del derecho a la libertad de prensa. Le corresponde única y exclusivamente a los medios de comunicación determinar con plena autonomía y discrecionalidad dichas decisiones. Esta autonomía no puede, tal como se desprende de la jurisprudencia citada, ni siquiera ser limitada o restringida por los jueces constitucionales, razón de más para alegar la completa incompetencia de un órgano administrativo como el Consejo Nacional Electoral. La verificación de contenidos por parte del Consejo Nacional Electoral, sobrepasa sus funciones constitucionales en tanto esta sólo se puede limitar a expedir “normas de naturaleza operativa y administrativas” (C-1081 de 2005) relacionados con los procesos electorales

Es importante señalar que el problema que ha sido expuesto no se deriva de la obligación de presentar información veraz e imparcial, situación que se presenta siempre, sino por la supuesta obligación de garantizar equilibrio y pluralismo informativo.

4.3.3. Evidente Riesgo de Censura y Restricciones a la Libertad de Prensa

La remisión del informe al que se ha hecho referencia y la supuesta competencia del CNE para verificar el cumplimiento de lo establecido en la Resolución constituye un claro riesgo de censura. La discusión de la presente demanda trasciende el debate jurídico del caso particular, en tanto de no presentarse un pronunciamiento judicial en contra de lo establecido en la Resolución cuestionada se estaría admitiendo un precedente nefasto para el futuro en términos de protección y garantía de la libertad de prensa.

La Corte Constitucional ha señalado que se configura un evento de censura “cuando las autoridades estatales, invocando el ejercicio de sus funciones, supervisan el contenido de lo que los medios de comunicación quieren informar, publicar, transmitir o expresar, para efectos de supeditar la divulgación del contenido a su permiso, autorización, examen previo, o al recorte,

adaptación o modificación del contenido"¹. Si bien el informe y la verificación del control de los contenidos informativos por parte del CNE se daría con posterioridad a las publicaciones, esta labor debe ser considerada como censura en tanto su principal objetivo es señalarle al medio de comunicación sus supuestos errores e implicará la determinación de cómo se debe presentar la información en futuras publicaciones.

En este sentido, la jurisprudencia constitucional ha señalado que también se vulnera la prohibición de censura cuando se establecen *"controles administrativos o judiciales posteriores tan severos e invasivos de la libertad que tienen claramente el efecto de provocar la autocensura y la creación de mecanismos internos de revisión previa para evitar que tales controles externos sean dirigidos en contra del medio correspondiente"*². No se entendería que la verificación del contenido informativo no implique una intromisión del CNE al señalarle a los medios cuáles y cómo deberían ser las posteriores publicaciones que cada uno deba hacer, lo cual haría que estos empiecen a autocensurarse como consecuencia de los controles posteriores. La verificación es un riesgo a la libertad de expresión en tanto podrá terminar siendo el CNE quien establezca los lineamientos de cómo presentar información, a quienes se deben incluir o abrir espacios e incluso a direccionar el relato de hechos relacionados con las campañas en el plebiscito.

En gracia de discusión, aceptando que lo establecido en el artículo 12 de la Resolución no se configura como censura, sino como lo que se ha denominado como *"prohibiciones con responsabilidad ulterior"*, dicha norma tampoco cumple con los requisitos constitucionales y legales para tal fin. En este sentido, la jurisprudencia constitucional ha señalado que *"la censura previa, proscrita por la Convención Americana y por la Carta Política, es distinta a las limitaciones previamente definidas con precisión en la ley (prohibiciones legales previas) con establecimiento de responsabilidades posteriores, las cuales sí pueden ser acordes con la Constitución si cumplen con los requisitos constitucionales propios de las limitaciones a este derecho fundamental"*³.

Las prohibiciones o limitaciones que entraría a verificar el CNE -como se ha demostrado- no hacen parte de la Constitución ni la Ley, en tanto son exigencias establecidas por esta misma autoridad a través de su propio acto administrativo.

Así mismo, no existe claridad en relación con las eventuales responsabilidades que se derivan del supuesto incumplimiento de los requisitos establecidos en la Resolución. El artículo 12 se limita a señalar que el Consejo Nacional Electoral publicará los informes enviados por los medios de comunicación y *"verificará el cumplimiento de lo aquí previsto"*. Por su parte, el artículo 17 consagra unas medidas cautelares que aparentemente no hacen referencia expresa a las consecuencias del eventual incumplimiento de lo señalado por el artículo 12. Sin embargo, consagra una amplia facultad para *"ordenar la rectificación cuando sea procedente"*, lo cual vulnera la exigencia de establecer con precisión y claridad cuáles son las responsabilidades de los medios ante supuestas prohibiciones. Así entonces, el establecimiento de limitaciones sólo puede darse por Ley, respetando las garantías constitucionales, y estableciendo responsabilidades precisas. Ninguna de estas situaciones se encuentra satisfechas por la Resolución No. 1733 de 2016.

¹ Sentencia T-391 de 2007
² Sentencia C-592 de 2012.
³ Sentencia T-391 de 2007

Es importante reiterar que las limitaciones y controles que se establezcan a la libertad de prensa se presumen constitucionalmente sospechosos. Dicha presunción trae consigo dos consecuencias jurídicas esenciales: (i) la necesidad de realizar la interpretación más proteccionista para el goce efectivo del mencionado derecho fundamental y (ii) la obligación de la autoridad que establece dichos límites o controles de soportar la carga de la prueba para desvirtuar dicha presunción.

En este mismo sentido, resulta indispensable hacer alusión al test tripartito desarrollado por la jurisprudencia interamericana en interpretación del artículo 13.2. de la Convención Americana de Derechos Humanos, en relación con las limitaciones a libertad de expresión, la cual además hace parte del Bloque de Constitucionalidad. Así entonces, se ha señalado que para que los Estados puedan establecer limitaciones que se ajusten a la Convención, estas deben: "(i) establecerse mediante leyes redactadas de manera clara y precisa, (ii) estar orientadas al logro de los objetivos imperiosos autorizados por la Convención Americana y (iii) ser necesarias en una sociedad democrática para el logro de los fines imperiosos que persiguen". Así mismo, se ha determinado que las condiciones para limitar la libertad de expresión se han de aplicar para cualquier manifestación estatal (leyes, decisiones judiciales, actos administrativos, decisiones policiales, etc) que pretenda regular algún asunto concerniente con dicho derecho.

De esta manera, la jurisprudencia interamericana ha afirmado en innumerables oportunidades que *"toda limitación a la libertad de expresión debe encontrarse establecida en forma previa y de manera expresa, taxativa, precisa y clara en una ley tanto en el sentido formal como material"*⁴. En el caso particular las restricciones establecidas por el CNE de manera evidente no cumplen con este primer requisito del derecho internacional. Como se ha mencionado, la exigencia de "equilibrio informativo" y "pluralismo", son expresiones que no se encuentran establecidas - particularmente para medios como prensa o digitales- ni en la Constitución ni en la Ley. Así entonces, no puede un órgano administrativo incluir limitaciones que no estén expresa y taxativamente establecidas en el ordenamiento jurídico. Adicionalmente, las expresiones que se han señalado no cumplen con las condiciones de precisión y claridad exigidas por la jurisprudencia interamericana. La ambigüedad que estas presentan dejan abierta una puerta a la incertidumbre en tanto dependerá de las múltiples interpretaciones que los operadores jurídicos puedan dar a ella. En el caso hipotético en el que se aceptara la competencia del CNE para establecer restricciones como las señaladas, este órgano administrativo debe cumplir aún en mayor medida con los requisitos exigidos al legislador, en términos de precisión y claridad.

El segundo de los requisitos señalados en dicho test hace referencia a que los únicos objetivos que justifican la limitación a la libertad de expresión son la protección de los derechos de los demás, la seguridad nacional, el orden público, la salud y la moral pública. En conexión con lo anterior, la jurisprudencia internacional ha exigido que las limitaciones han de ser (i) necesarias, (ii) proporcionales e (iii) idóneas al fin perseguido. En el caso de la Resolución de la CNE, las restricciones que ahí señalan no responden a criterios de necesidad, proporcionalidad e idoneidad. La restricción a la autonomía editorial de la prensa, ejemplificada en la revisión de su contenido informativo, se presenta de manera desproporcionada. El supuesto fin perseguido, el cual sería el de brindar al ciudadano una mayor información para el momento de decidir su voto, puede ser alcanzado por otros medios menos restrictivos a la libertad de prensa. Ejemplo de ello, son las

⁴ Relatoria Especial para la Libertad de Expresión. Comisión Interamericana de Derechos Humanos. 2010.

medidas adoptadas por la Ley 1806 de 2016 y la sentencia C-379 de 2016 en relación con la pedagogía de los acuerdos para la terminación del conflicto.

Así mismo, la jurisprudencia interamericana ha señalado que los derechos que se pretenden proteger a través de restricciones a libertad de expresión deben encontrarse *“claramente lesionados o amenazados, lo cual compete demostrar a la autoridad que impone la limitación”*. Esta obligación fue completamente omitida por el Consejo Nacional Electoral en tanto, no sólo no demuestra la supuesta vulneración o amenaza, sino que ni siquiera señala cuáles serían los derechos protegidos a través de la implementación de las restricciones a las que se han hecho referencia.

2.5. El derecho fundamental a la rectificación

El numeral 3º del artículo 17 de la Resolución 1733 de 2016, establece que el Consejo Nacional Electoral podrá *“ordenar la rectificación cuando sea procedente”*, con lo cual se otorga una competencia que no le corresponde a dicho organismo. La jurisprudencia de la Corte Constitucional en reiteradas oportunidades ha estudiado y desarrollado los elementos propios de la rectificación como un derecho constitucional que exige las más estrictas garantías y procedimientos en tanto este siempre involucrará una tensión entre los derechos a la libertad de prensa, expresión e información con otros derechos fundamentales como por ejemplo, la honra, el buen nombre y/o la intimidad.

La sentencia T-595 de 1993, reiterada recientemente mediante la providencia T-312 de 2015, señala que el derecho de rectificación exige (i) que quien se sienta vulnerado en sus derechos fundamentales deba acudir previamente al medio de comunicación a solicitar la corrección y (ii) que aporte las pruebas correspondientes que desvirtuarían la veracidad de los hechos publicados. De acuerdo con la reglamentación realizada en el artículo 17 se podrá ordenar una supuesta rectificación, sin necesidad de haber acudido de manera previa al medio de comunicación, lo cual desconoce por completo la garantía previa que ha sido reconocido por la Corte Constitucional y establecido por la ley⁵.

Sin embargo, el mayor cuestionamiento jurídico sobre el eventual poder para ordenar rectificaciones se circunscribe a que este tipo de competencia se encuentre en cabeza de un órgano de naturaleza administrativa. Situación similar a la presente fue resuelta a través de la sentencia C-162 de 2000 en la que la Corte Constitucional estudió la regulación establecida en la Ley 182 de 1995. Mediante dicha norma, el legislador le otorgó la competencia a la entonces Comisión Nacional de Televisión para que resolviera las solicitudes de rectificación realizadas contra los programas transmitidos por los canales de televisión. El Tribunal Constitucional encontró que dicha competencia era inexequible en tanto limitaba de manera desproporcionada los derechos a la libertad de información y debido proceso, más aún teniendo en cuenta la existencia del juez de tutela quien debe ser el juzgador natural de este tipo de problemas jurídicos. Expresamente la Corte estableció:

“En este punto puede entonces afirmarse que la medida legal se proyecta en un reforzamiento de los derechos de la persona que puede considerarse perjudicada con la divulgación televisiva de una información, pero al mismo tiempo comporta una clara restricción de los derechos del

⁵ Artículo 30 Ley 182 de 1995

comunicador. La circunstancia de que la ley injiera en el proceso comunicativo social no significa de suyo ninguna vulneración de la carta, salvo que, en este caso, ella afecte el núcleo esencial del derecho fundamental a la libertad de informar o del derecho al debido proceso del comunicador o que, pese a que no se produzca lesión alguna en estos dos ámbitos, la medida legal resulte desproporcionada e irrazonable

La norma examinada, en lo que concierne al comunicador, degrada la garantía constitucional de su libertad de informar, puesto que al generarse una controversia sobre si debe o no rectificar, absteniéndose o no de dar curso a la petición de la persona que se estima agraviada, en lugar de plantear la defensa de su derecho fundamental ante el juez natural constitucional, debe hacerlo ante la administración, si ocurre que el demandante decide optar por el procedimiento administrativo, exponiéndose por este camino además a ser objeto de sanciones administrativas que pueden significar la extinción misma de la empresa comunicativa. A la administración, la ley entrega una función de juzgamiento de los extremos de una controversia constitucional entre dos sujetos protegidos por la Carta. No se reduce la competencia que se asigna a la simple aplicación de la ley a una situación concreta, sino que va más allá en cuanto confía a la administración la resolución de un conflicto de naturaleza constitucional trabado entre dos titulares de derechos fundamentales que esgrimen cada uno a su favor pretensiones radicadas en libertades básicas. Este sin duda es un caso en el que la disputa debe ser zanjada por el órgano judicial como defensor de los derechos fundamentales y, además, porque la protección no puede darse sin adelantar una tarea de juzgamiento. El sistema contemplado en la ley, examinado en su integridad, cuando se pone en marcha por el presunto agraviado, significa para el titular de la libertad de informar, desligarse de la garantía de poder contar con el juez natural de defensa de sus derechos fundamentales, lo cual implica una grave vulneración de su núcleo esencial tanto por su aspecto sustantivo o de contenido como procedimental

Existe en la actualidad un procedimiento judicial-tutela-suficientemente expedito y portador de garantías mínimas para ambas partes, que con creces resulta más efectivo para alcanzar el fin que se ha propuesto el legislador. Mientras que el procedimiento administrativo, sacrifica o erosiona los derechos fundamentales del comunicador, el procedimiento judicial vigente los garantiza sin restar ninguna posibilidad para lograr el reconocimiento y respeto de los derechos de su contraparte. El legislador, desde luego, puede diseñar otro mecanismo judicial ordinario eficaz para proteger el derecho a la rectificación, pero lo que en esta ocasión ha querido establecer gravita negativa e innecesariamente sobre el comunicador, de suerte que la finalidad perseguida no justifica el costo que irradia sobre este sujeto de los derechos fundamentales y, por consiguiente, sobre el entero sistema de comunicación social” (Subrayado fuera del original).

Las razones jurídicas expuestas en la citada sentencia encuentran plena validez en el caso particular. Al señalar que el CNE tiene competencia para ordenar rectificaciones se debe establecer un procedimiento que garantice los derechos de las partes, y en especial el debido proceso y la libertad de prensa e información, hecho que no se encuentra establecido en la regulación demandada. Al igual que en el precedente constitucional citado, si bien la intención del CNE puede ser dar mayores protecciones al derecho fundamental de la rectificación, este no es el organismo competente para tal fin ya que semejante situación jurídica -de naturaleza constitucional- debe ser resuelta a través de un procedimiento judicial.

Ordenar una rectificación a un medio de comunicación es un asunto que sin duda toca los elementos más básicos del núcleo esencial del derecho a libertad de prensa ya que este es uno de los parámetros a los que los medios se encuentran constitucionalmente sujetos. Teniendo en cuenta la relevancia de una decisión de esta naturaleza, la Corte Constitucional ha reconocido a la acción de

tutela como el procedimiento idóneo y eficaz para resolver este tipo de disputas. Una vez el CNE, so pretexto de estar regulando asuntos propios de la campaña de un mecanismo de participación ciudadana se otorga funciones que resultan completamente contrarias a su esencia.

2.6. Incompetencia del CNE para establecer la regulación del artículo 21 de la Resolución No 1733 de 2016 -modificado por el artículo 3° de la Resolución No. 1999 de 2016-

El numeral 6° del artículo 265 de la constitución señala que el CNE debe velar por cumplimiento de las normas y disposiciones sobre encuestas de opinión política. En desarrollo de dicho postulado constitucional, el artículo 30 de la Ley 130 de 1994 señala que el mencionado organismo “*ejercerá especial vigilancia sobre las entidades o personas que realicen profesionalmente esta actividad, cuando se trate exclusivamente de encuestas sobre partidos, movimientos, candidatos o grado de apoyo a los mismos, para que las preguntas al público no sean formuladas de tal forma que induzcan una respuesta determinada*”.

En cumplimiento de dichas funciones el artículo 21 de la Resolución demandada regula lo concerniente a las encuestas que se realizan con el fin de consultar la opinión en relación con el plebiscito para la terminación del conflicto. Así entonces, se establecen asuntos relacionados con la ficha técnica, el tamaño de la muestra y exigencias a las empresas encuestadoras en relación con la remisión de informes sobre costos.

No obstante lo anterior, la competencia del CNE no puede extenderse para regular asuntos propios de los medios de comunicación para limitar su difusión y publicación y mucho menos, para establecer responsabilidades de estos por hechos de terceros. El literal (d) del citado artículo señala que los medios de comunicación serán responsables por la publicación de una encuesta que presente “inconsistencias graves”. En primer lugar, el término “inconsistencias graves” es sumamente amplio para el establecimiento de responsabilidades ya que, por ejemplo, no queda claro si dichas irregularidades hacen relación a temas únicamente establecidos en la Resolución o incluye también asuntos técnicos en la forma de realizar la encuesta y hacer los estudios estadísticos.

La responsabilidad de los medios en relación con la calidad de las encuestas que sean divulgadas es señalada de manera solidaria en tanto el medio debe responder por la eventual sanción monetaria que se le imponga a la empresa encuestadora. Lo anterior, implicaría una obligación del medio de comunicación de adelantar una revisión e inspección previa frente al contenido y calidad de la encuesta que iría mucho más allá de la obligación y responsabilidad social de los medios. Al igual que cualquier otro contenido informativo que sea presentado por los medios de comunicación debe estar amparado por la presunción de buena fe que incluso ha servido para que innumerables ocasiones la jurisprudencia constitucional haya fallado en protección de la libertad de prensa frente a posibles vulneraciones de derechos como la honra o la intimidad.

En este caso, el medio de comunicación presenta una información suministrada por un profesional en la materia, con conocimientos especializados y técnicos que llevan, de buena fe, a los medios a realizar su divulgación. Si bien debe existir una verificación, al igual que con cualquier otro contenido informativo que sea presentado, para poder alegar una responsabilidad solidaria debería probarse mala fe que incluso implique intención en desinformar o manipular la veracidad de los hechos. En el caso particular, resulta aplicable lo señalado por la Corte en tanto se debe “constatar

si el medio de comunicación ha incurrido en un error evidente o si, existen elementos que permitan desvirtuar la presunción constitucional de buena fe del periodista”.

Se extralimita en sus funciones el CNE al establecer responsabilidades de los medios de comunicación cuando éstos se han limitado a difundir un hecho informativo, que muchas veces incluso, ni siquiera ha sido contratado por el mismo medio, sino por innumerable otras fuentes.

En igual sentido, el establecimiento de una fecha límite para la divulgación o publicación de encuestas es un asunto que no le compete al CNE, como pretende realizarlo a través del numeral (c) del artículo 21 de la Resolución. El inciso 3° del artículo 28 de la Ley 996 de 2005, señaló:

“El Consejo Nacional Electoral ejercerá especial vigilancia sobre las entidades o personas que realicen esta actividad cuando se trate de encuestas políticas, electorales o sondeos de opinión, para asegurar que las preguntas al público no sean formuladas de manera que induzcan una respuesta determinada y que las encuestas reúnan las condiciones técnicas señaladas por el Departamento Administrativo Nacional de Estadística, Dane”.

Es indispensable hacer énfasis en que la competencia otorgada por la norma citada y por el numeral 6° del artículo 264 constitucional, hace referencia única y exclusivamente a la vigilancia sobre las empresas encuestadoras, más nunca frente a la opción de divulgación por parte de los medios de comunicación. Así entonces, y como lo ha aceptado la Corte Constitucional, el CNE tiene competencia en temas sobre la evaluación de la calidad de la encuesta, por ejemplo, puede revisar y exigir requisitos en la formulación de preguntas, tamaño de la muestra, entre otros.

Sin embargo, las encuestas -desde el punto de vista de los medios de comunicación- son un hecho noticioso o informativo que su decisión de divulgación hace parte de la autonomía editorial. Si bien la jurisprudencia constitucional ha señalado que debido a la capacidad de incidencia sobre la opinión por parte de las encuestas, el Estado está en la obligación de establecer una regulación sobre su divulgación y publicación, esto no implica que una entidad administrativa pueda restringir el goce efectivo del derecho fundamental a libertad de prensa. La Corte Constitucional a través de la sentencia C-1153 de 2005 ha reconocido que cuando se pretende establecer medidas restrictivas en relación con la divulgación de encuestas, se corre el riesgo de vulnerar el derecho fundamental a la información y por lo tanto, cualquier norma sobre la materia, no sólo debe respetar los postulados de proporcionalidad y razonabilidad, sino adicionalmente es el legislador estatutario el único con capacidad para expedir normas con dicho fin.

La Resolución demandada está basada en una suposición equivocada ya que pareciera confundir el hecho de contratar o publicar una encuesta con la actividad de realizarla. Estas son dos situaciones completamente distintas y que por lo tanto, -como se mencionó- no pueden ser objeto de la misma responsabilidad y ni siquiera, de la misma regulación. Bajo esta misma lógica equivocada, el literal (a) del artículo 21 obliga a que las encuestas que sean divulgadas sean remitidas al CNE con la *“información que permita establecer su trazabilidad”*. Al igual que como se ha explicado, no le corresponde al medio de comunicación enviar ninguna información para establecer la trazabilidad de la encuesta, en tanto, estos no son quienes la realizan y mucho menos, tienen la capacidad técnica para afirmar tal situación. Una vez más el CNE dirige su regulación a los sujetos pasivos

equivocados en tanto este puede señalar dicha obligación a las empresas encuestadoras, más no a los medios de comunicación que se limitan a publicar un hecho informativo.

III. PRETENSIONES

Primera. Que se declare la inexecutable del artículo 12 de la Resolución 1733 de 2016, modificado parcialmente por el Artículo 1° de la Resolución No. 1999 de 2016.

Segunda. Que se declare la inexecutable del literal (c) del artículo 17 de la Resolución No. 1733 de 2016 por las razones descritas anteriormente.

Tercera. Que se declare la inexecutable de los literales (a), (c) y la expresión "*el medio de comunicación que publicó la encuesta será corresponsable y, por consiguiente, se le aplicará la sanción pecuniaria en la misma cuantía y proporción*" del literal (d) del artículo 21 de la Resolución No. 1733 de 2016, modificado por el artículo 3° de la Resolución No. 1999 de 2016.

IV. COMPETENCIA

De conformidad con el numeral 3° del artículo 241 de la Constitución Política de 1991, es la Corte Constitucional la competente para estudiar la presente demanda.

La jurisprudencia, tanto de la Corte Constitucional como del Consejo de Estado, ha establecido que la competencia recae en el máximo tribunal constitucional respecto de todos los actos jurídicos que se hayan expedido en el marco de la convocatoria y la realización del plebiscito realizado el pasado 2 de octubre.

V. ANEXOS

1. Copia de la Resolución No. 1733 de 2016 expedida por el Consejo Nacional Electoral.
2. Copia de la Resolución No. 1999 de 2016 expedida por el Consejo Nacional Electoral.

VI. NOTIFICACIONES

Recibo notificaciones en la Transversal 1ª No. 57-45 de la ciudad de Bogotá. Teléfono: 315-328 2552.

Atentamente,


HÉCTOR RIVEROS SERRATO

C.E. 19.445.020 de Bogotá