



Honorables Magistrados
TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CUNDINAMARCA
SECCIÓN PRIMERA
SUB SECCIÓN B
E. S. D.

REFERENCIA : **IMPUGNACIÓN SENTENCIA TUTELA REF: 2010 – 001315-01**

ACCIONANTES : **FUNDACIÓN PARA LA LIBERTAD DE PRENSA – FLIP, CENTRO DE ESTUDIOS DE DERECHO, JUSTICIA Y SOCIEDAD – DEJUSTICIA, LA MISIÓN DE OBSERVACIÓN ELECTORAL –MOE, MEDIOS PARA LA PAZ Y LA ASOCIACIÓN DE DIARIOS COLOMBIANOS - ANDIARIOS**

ACCIONADO : **MINISTERIO DEL INTERIOR Y DE JUSTICIA**

CLAUDIA MARCELA ROJAS FORERO, identificada con la cédula de ciudadanía número 53.001.791 de Bogotá, vecina de la ciudad de Bogotá, actuando como apoderada judicial de la **FUNDACIÓN PARA LA LIBERTAD DE PRENSA – FLIP**, Nit: 800.102.745-9; **VIVIAN NEWMAN PONT**, identificada con cédula de ciudadanía número 32.691.759, vecina de la ciudad de Bogotá, actuando como representante legal suplente de la **CORPORACIÓN CENTRO DE ESTUDIOS DE DERECHO, JUSTICIA Y SOCIEDAD – DEJUSTICIA**, Nit: 830.131.150-1; **CAMILO ALEJANDRO MANCERA MORALES**, identificado con la cédula de ciudadanía número 80.136.164 de Bogotá, vecino de la ciudad de Bogotá, actuando como apoderado judicial de la **CORPORACIÓN MISIÓN DE OBSERVACIÓN ELECTORAL – MOE**, Nit: 900.072.185-7; **MARISOL MANRIQUE MORALES**, identificada con la cédula de ciudadanía número 52.487.687 de Bogotá, vecina de la ciudad de Bogotá, actuando como representante legal de **MEDIOS PARA LA PAZ**, Nit: 830.046.043-6; y **NORA LUCÍA SANIN POSADA**, identificada con la cédula de ciudadanía número 41.639.236, vecina de la ciudad de Bogotá, actuando como representante legal de la **ASOCIACIÓN DE DIARIOS COLOMBIANOS – ANDIARIOS**, por medio de la presente impugnamos el fallo del Tribunal Administrativo de Cundinamarca, dictado el pasado 8 de junio de 2010, en el marco del la acción de tutela de referencia.

Con el fin de realizar una argumentación organizada, el presente documento se referirá, en primer lugar, a las consideraciones formales sobre el fallo objeto de la impugnación. En segundo lugar, se presentarán las consideraciones de fondo sobre la sentencia. Este punto se controvertirán tres temas centrales en la argumentación del Tribunal, a saber: i) las normas acusadas “no impiden a los periodistas y comunicadores ejercer su función, así como tampoco limitan la libertad de prensa, de expresión, ni de información”, ii) los medios de comunicación tienen responsabilidad social, y iii) las restricciones “resultan proporcionadas para la conservación del orden público”. Finalmente, se le solicitará al Consejo de Estado que tutele los derechos fundamentales a la libertad de expresión, prensa e información y modifique la sentencia emitida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca.



I. Consideraciones formales

Los suscritos no tienen discrepancia alguna con respecto a la aplicación normativa y jurisprudencial realizada por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca en relación con la procedencia de la acción de tutela. Por lo tanto, este punto formal no se controvertirá con el presente documento, en la medida que los Honorables Magistrados declararon procedente la acción constitucional para el caso que nos ocupa.

Para resumir su posición, el Tribunal en la página 11 concluye que “en este caso se está frente a una situación inminente que en principio requeriría de medidas urgentes, además se evidencia que de la misma puede resultar un perjuicio grave para los accionantes y para la comunidad en general, por lo que encuentra la Sala que este evento constituye un típico caso que permite estudiar el fondo del asunto por vía de tutela como mecanismo subsidiario, toda vez que pese a que existen otros mecanismos de defensa judicial, éstos no resultan eficaces y además en caso de no abordarse el fondo del asunto, se puede derivar un perjuicio irremediable para los interesados”.

En consecuencia, consideramos aconsejable proceder a continuación con las consideraciones que controvierten la posición del fallador en el fondo del asunto.

II. Consideraciones de fondo

La sentencia del Tribunal Administrativo de Cundinamarca del 8 de junio del presente año niega el amparo de los derechos fundamentales a la libertad de expresión, prensa, e información, y la protección especial a la actividad periodística en cuanto a su independencia e imparcialidad, argumentando que: i) las normas acusadas “no impiden a los periodistas y comunicadores ejercer su función, así como tampoco limitan la libertad de prensa, de expresión, ni de información”, ii) los medios de comunicación tienen responsabilidad social, y iii) las restricciones “resultan proporcionadas para la conservación del orden público”.

Teniendo en cuenta lo anterior, se procede a controvertir cada uno de estos tres puntos que fueron cruciales al momento de denegar la tutela de los derechos fundamentales mencionados.

A. El Decreto 1800 de 2010 si impide la transmisión de información y constituye censura previa

La *ratio decidendi* del fallo radica en que los artículos 3, 7, 9 y 10 del Decreto 1800 de 2010 no limitan las libertades de prensa, de expresión, ni de información porque dichas normas no impiden a los medios informar, sino que imponen reglas razonables a la transmisión de la información. Al respecto, el fallador considera que el articulado acusado “de manera alguna les prohíbe informar, simplemente les impone unas reglas para que la información transmitida esos días no se base en especulaciones que puedan llegar a generar desórdenes, temores o en últimas terrorismo en la comunidad”. De esta manera, el principio normativo que sirve de sustento para la decisión es que las reglas impuestas son unas sencillas pautas para evitar el desorden público que no afectan las libertades informativas.

Este principio debe ser analizado con mayor detenimiento. Así, debemos analizar cómo las reglas impuestas no son simples regulaciones sino formas de censura previa, pues impiden o dan lugar a que se impida la difusión de la información, lo que da paso a una censura previa. Para el efecto es válido repensar la forma cómo el uso de las reglas impuestas afecta la disseminación y el acceso a la información, bajo tres categorías:

- 1- Al exigir que los medios transmitan “únicamente las informaciones confirmadas por fuentes oficiales”, la norma conlleva censura para toda la información que no recibe confirmación oficial que se quedará guardada en una gaveta sin que la sociedad tenga acceso a ella. Esto se causaría, ya sea porque el gobierno no goza de los medios para confirmar de manera expedita una información o



- porque de manera abusiva el gobierno no desea confirmar alguna información pues puede considerarla no conveniente para sus intereses (artículo 9).
- 2- Al definir la prelación de mensajes durante los fines de semana de elecciones, se afecta la libertad que debe tener un periodista para decidir si transmite una noticia que considera más importante que los mensajes emitidos por las autoridades electorales y se configura la censura pues se le impide ejercer su criterio de periodista e informador (artículo 10).
 - 3- Al exigir que solo informe sobre resultados electorales provenientes de las autoridades electorales, le impide la norma al periodista transmitir información que haya recibido de otras fuentes y que represente un contenido que deba ser conocido por la sociedad, ya sea para la toma de la decisión electoral por parte de sus miembros o para tener acceso a la libre circulación de información (artículo 7).

En la primera hipótesis, se presentan a su vez dos situaciones: el efecto directo y el efecto indirecto de la norma. En la primera situación o efecto directo, se da la intención de evitar que se publique información falsa sobre orden público y en la segunda, se da la intención de impedir que se publique información sobre orden público con independencia de su verdad o falsedad. Es importante distinguir las dos situaciones, pues de ellas se desprende de forma contundente que la norma sólo tiene sentido si le da al gobierno la posibilidad no de dar fe de la información –porque fuente oficial no equivale a fuente veraz–, sino de impedir que se publique información. Es decir, se le otorga al Gobierno el poder de determinar qué es conveniente divulgar. Así pues, pareciera que el Tribunal admite de manera implícita que el gobierno, por razones de orden público el día de elecciones, tiene el control y la decisión sobre qué se informa, con independencia de su falsedad o veracidad.

Adicionalmente, incurre el Tribunal en el mismo yerro que el Ministerio del Interior y de Justicia cuando considera que las regulaciones impuestas son un filtro para que los periodistas no se basen en especulaciones que puedan llegar a generar desórdenes, temores o terrorismo. Lo anterior, pues parte el fallador de la base de que el periodista no tiene libertad ni responsabilidad y de que el gobierno no tiene el deber de abstenerse de censurar en pro de la democracia y no puede a su vez abusar de su control en favor de su propia conveniencia.

En las segunda y tercera hipótesis de uso de las reglas impuestas, es claro que definir qué información se debe transmitir constituye una censura previa. Y no es que el orden público no sea un bien que no se deba perseguir. Es que en este caso, el Ministerio del Interior ha entendido el orden público como una parte de su todo. Para el Ministerio, el orden público es tranquilidad e inamovilidad de la ciudadanía ignorante de sus verdades. No concibe el representante del gobierno el orden público como esa coexistencia pacífica de libertad y orden de A. Hauriou, sino como la imposición del orden a costa de la desarmonía y de la coartación de la libertad.

En resumen, las regulaciones que propone el decreto 1800 de 2010 en sus artículos 3, 7, 9 y 10 no son simples ajustes del orden público en las elecciones, son verdaderas limitaciones a la libertad de prensa, reales casos de censura previa que lejos de garantizar la armonía de los derechos y deberes con el poder estatal, impiden el paso de la democracia en un momento vital. Este argumento se complementa con un análisis más profundo que pasamos a hacer respecto de la censura previa y la responsabilidad social de los medios de comunicación.

B. La responsabilidad social de los medios de comunicación, la prohibición de la censura previa y las responsabilidades ulteriores

En la sentencia que se impugna, el Tribunal Administrativo de Cundinamarca cita una sentencia de la Corte Constitucional en la cual se sostiene que “los medios de comunicación son libres, pero tienen



responsabilidad social, disposición que la jurisprudencia constitucional ha interpretado como facultad para que el legislador determine los alcances de dicha responsabilidad posterior”.

Es evidente que los medios de comunicación tienen una responsabilidad social la cual es intrínseca a su ejercicio en la medida en que son un canal de información para la sociedad. No obstante lo anterior, es necesario diferenciar entre la responsabilidad social de los medios de comunicación, la prohibición de la censura previa y las responsabilidades posteriores a las cuales pueden verse sujetos los periodistas y medios de comunicación.

En primer lugar, la *responsabilidad social de los medios de comunicación* está consagrada en el artículo 20 de la Constitución Política y según la jurisprudencia de la Corte Constitucional esta responsabilidad “tiene distintas manifestaciones. En relación con la trasmisión 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”¹. Esta responsabilidad social no se está discutiendo, ya que somos conocedores de la misma y la promovemos constantemente.

En segundo lugar, la *censura previa* está prohibida en el artículo 20 de la Constitución Política y ha sido definida por la jurisprudencia de la Corte Constitucional de la siguiente manera:

“La censura, en términos generales, supone el control previo de lo que se va a expresar y el veto de ciertos contenidos expresivos antes de que la información, opinión, idea, pensamiento o imagen sea difundida, impidiendo tanto al individuo, cuya expresión ha sido censurada, como a la totalidad de la sociedad potencialmente receptora del mensaje censurado ejercer su derecho a la libertad de expresión”².

Por su parte, la Convención Americana de Derechos Humanos, parte del bloque de constitucionalidad colombiano, ha establecido que las limitaciones a las libertades informativas deben proceder con posterioridad a su ejercicio, y no previamente, pues de lo contrario constituirían censura.³

De acuerdo con el artículo 13-2 de la Convención Americana de Derechos Humanos, el ejercicio del derecho a la libertad de expresión “no puede estar sujeto a previa censura sino a responsabilidades posteriores”. Solo hay una excepción a esta regla contenida en el numeral 4 del mismo artículo, al determinar que los espectáculos se pueden clasificar con el fin de limitar el ingreso del público y “*con el exclusivo objeto de regular el acceso a ellos para la protección moral de la infancia y la adolescencia*”. En Colombia, tenemos esta misma excepción, ya que, por ejemplo, hay películas que debido a su contenido no pueden ser observadas por menores de determinadas edades.

En tercer lugar, y como ya se evidenció en el punto anterior, se diferencian de la censura las *responsabilidades posteriores* que se pueden desprender de una extralimitación del ejercicio de la libertad de expresión. Al respecto la Corte Constitucional ha sostenido que:

“la Carta Política admite el establecimiento de responsabilidades posteriores por los efectos negativos que pueda surtir una determinada expresión las cuales sí pueden ser acordes con la Constitución si cumplen con los requisitos constitucionales propios de las limitaciones a este derecho fundamental”⁴.

¹ Corte Constitucional. Sentencia T-391/08. M.P. Manuel José Cepeda Espinosa.

² Ibidem.

³ Ibidem.

⁴ Ibidem.



De los dos apartes transcritos se concluye que no es constitucional que se impongan medidas que previamente prohíban la publicación de cierta información, y por el contrario, sí se permite publicar cualquier información so pena de que pueda haber responsabilidades ulteriores como sanciones. Unos ejemplos de estas sanciones ulteriores son los delitos de injuria y calumnia, o la obligación de rectificar.

Con el fin de ejemplificar lo anterior, se presenta un caso hipotético: en algún municipio un periodista logró captar con su cámara una asonada que estaba teniendo lugar el día de las elecciones y la cual estaba dejando grandes pérdidas económicas y humanas. El periodista intentó insistentemente obtener la versión oficial con las autoridades policiales o administrativas del municipio, pero éstas no quisieron pronunciarse sobre los hechos. En este orden de ideas, el periodista no pudo *confirmar* la noticia con una fuente oficial. Dado que había la restricción de no publicar información sin que haya sido *confirmada* por una autoridad oficial, el periodista no pudo transmitir la noticia y la comunidad no pudo ser informada sobre este evento, lo cual a su vez puede desencadenar efectos adicionales.

En este caso, el periodista tenía el registro en video de la asonada, pero no le fue permitido transmitir las imágenes ya que podía ser objeto de las sanciones contenidas en el artículo 22 del decreto 1800. Éste es un típico caso de censura previa, en el cual al medio de comunicación ni siquiera le fue posible cumplir con su responsabilidad oficial en virtud de la restricción.

Un caso distinto es que el periodista hubiera publicado información falsa mediante la cual se afirma la existencia de hechos irreales. En este caso el periodista muy probablemente sería objeto de una solicitud de rectificación, o en su defecto una tutela con el fin de lograr la misma. Lo anterior es una responsabilidad ulterior que recae sobre el periodista por no haber asumido como debía su responsabilidad social.

No obstante lo anterior, se debe presumir la buena fe de los periodistas y en general de todos los ciudadanos, de acuerdo con la Constitución, razón por la cual no se puede justificar una censura previa por presumir la mala fe del periodista, ya que éste, en todo caso, está sujeto a responsabilidades ulteriores.

Teniendo en cuenta lo mencionado, se evidencia la imposibilidad de alegar la responsabilidad social de los medios de comunicación y periodistas con el fin de permitir la censura previa en el ordenamiento jurídico colombiano. La censura previa está claramente prohibida de acuerdo con el bloque constitucional, y los medios de comunicación tienen una responsabilidad social evidente, lo cual no significa que en virtud de esta responsabilidad se pueda permitir la censura previa. Los medios de comunicación son libres e independientes, y si llegaran a abusar de su condición y no asumen su responsabilidad social, se verían expuestos a las responsabilidades ulteriores existentes en el sistema normativo colombiano, tales como los delitos de injuria o calumnia, o la rectificación.

C. Amenazas sustanciales a los derechos invocados en la expedición del Decreto 1800 de 2010 o la falta de proporcionalidad de las restricciones.

La sentencia del 8 de junio de 2010 del Tribunal Administrativo de Cundinamarca sostiene que en época electoral es necesario tomar medidas especiales con el fin de mantener el orden público y no las considera recortes ilegales a las libertades informativas. Ya hemos analizado que a nuestro parecer sí nos encontramos ante censura previa, que está prohibida constitucionalmente, por lo que no sería necesario aplicar el test de proporcionalidad pues la misma Corte ha dicho: *“cuando una conducta está proscrita expresamente del ordenamiento jurídico, no puede servir de base para la ponderación, por la sencilla razón de que es una prohibición que no puede ser tenida como uno de los derechos a ponderar, puesto que no puede ser calificado como tal”* (C-417/09)



No obstante, en aras de la discusión y teniendo en cuenta que la libertad de expresión no es un derecho absoluto sino que por el contrario se encuentra con frecuencia en tensión con otros derechos fundamentales, consideramos viable hacer un análisis de proporcionalidad de las medidas propuestas para establecer si la limitación que conlleva se ajusta a los requisitos impuestos por nuestra Corte Constitucional.

En efecto, bajo este esquema, dichas medidas podrían suponer limitaciones proporcionadas a los derechos fundamentales si superaran el test de proporcionalidad. Como bien ya se dijo en la acción de tutela, las libertades de expresión y prensa son manifestaciones de la libertad de información, el cual es un derecho esencial en una democracia, pero complejo en sus límites y en constante colisión con otros derechos fundamentales.

En virtud de lo anterior, se debe tener en cuenta los límites internos de la libertad informativa, así como las ocasiones en que debe ceder ante otros derechos o por lo menos ser sometido a una discusión cabal e integral, pues no se puede afectar arbitrariamente otros bienes constitucionales so pretexto de ejercer la libertad de expresión y el acceso a la información. Los límites internos son, por excelencia, la veracidad y la imparcialidad, elementos sin los cuales las libertades informativas carecerían de esencia. En cuanto a otros bienes constitucionales, ante los cuales se debe ceder, consideramos válido recordar que la honra y el buen nombre, así como el derecho a la intimidad, son derechos que con frecuencia se encuentran en tensión con la libre expresión y el acceso a la información de la ciudadanía. Lo anterior, sin desconocer que haya otros derechos que puedan entrar en colisión con la libertad informativa.

Por lo tanto, se está de acuerdo con el fallo del Tribunal en la medida que conocemos las limitaciones de las cuales pueden ser objeto los derechos fundamentales, como la libertad informativa, en ocasiones especiales y determinadas. Sin embargo, discrepamos del Tribunal en lo que refiere a su apreciación sobre la proporcionalidad de las restricciones aplicables al caso que nos ocupa.

En la sentencia del 8 de julio, esta Corporación sostiene que “no se les está impidiendo a los periodistas informar, ni mucho menos a la comunidad ser informada, sencillamente se están fijando algunas pautas para que la información que suministren en época electoral no afecte el orden público ni influya en manera alguna en el desarrollo de las jornadas de votación”. En conclusión, el Tribunal admite que “si bien a través de las normas se imponen algunas limitaciones éstas resulta proporcionales y razonables para conseguir el fin perseguido por las autoridades a través de ellas, es decir, la conservación del orden público en época de elecciones”.

En este orden de ideas, manifestamos nuestro inconformismo con la argumentación del Tribunal, en la medida en que no se evidencia un juicio de proporcionalidad claro que permita observar las razones por las cuales las restricciones se consideran proporcionales. Por lo tanto, reiteramos lo ya expuesto en la tutela, en relación con el juicio de proporcionalidad realizado con el fin de estudiar las restricciones a la libertad de expresión, prensa e información contenidas en el decreto 1800 de 2010.

Como bien lo ha establecido la jurisprudencia de la Corte Constitucional, cuando se restringe un derecho fundamental es necesario estudiar la norma restrictiva con el fin de establecer si ésta se ajusta a la Carta en términos de necesidad, utilidad y proporcionalidad. En palabras de esta Corporación:

“Una disposición que comporte la restricción de derechos fundamentales, no sólo debe estar orientada a **lograr una finalidad legítima** y resultar **útil** y **necesaria** para alcanzarla. Adicionalmente, para que se ajuste a la Constitución, se requiere que sea **ponderada o estrictamente proporcional**. Este paso del juicio de proporcionalidad se endereza a evaluar si, desde una perspectiva constitucional, **la restricción de los derechos afectados es equivalente a los beneficios que la disposición genera**. Si el daño que se produce sobre el patrimonio jurídico de



los ciudadanos es superior al beneficio constitucional que la norma está en capacidad de lograr, entonces es desproporcionada y, en consecuencia, debe ser declarada inconstitucional”⁵. (Resaltado por fuera del texto).

Procederemos, en consecuencia, a estudiar el Decreto 1800 del 3 de marzo de 2010, en los términos sustanciales mencionados, para determinar si dicha norma es constitucional.

Estudio de utilidad de la restricción de la libertad informativa

Se entiende que la restricción es útil, si con ésta se fomenta el fin deseado. Para poder determinar la utilidad de la medida, es necesario en primer lugar identificar el fin legítimo que se está buscando proteger. En este caso, como ya se ha repetido en varias ocasiones, el Ministerio del Interior y de Justicia busca preservar el orden público. Este fin es completamente legítimo y no está prohibido por la Constitución. Lo anterior, entendiéndolo que:

“El orden público no sólo consiste en el mantenimiento de la tranquilidad, sino que, por sobre todo, consiste en la armonía de los derechos, deberes, libertades y poderes dentro del Estado. La visión real del orden público, pues, no es otra que la de ser el garante de las libertades públicas [...] El orden público, entonces, implica la liberación del hombre, porque le asegura la eficacia de sus derechos, al impedir que otros abusen de los suyos”⁶.

Con ocasión del análisis de constitucionalidad del artículo 6º de la Ley 74 de 1966 o Ley de radio, que exigía previo aviso al Ministerio de Comunicaciones para transmitir en radio discursos de carácter político, la Corte Constitucional colombiana hizo un análisis de fondo de la censura previa que contiene implícita una reflexión válida en términos de utilidad. En aquella ocasión se estableció muy claramente que “[t]ambién hay medios indirectos, como el abuso de controles oficiales encaminados a impedir la comunicación y la circulación de ideas que son censura. Por lo tanto, cualquier control indirecto preventivo debe ser cuidadosamente examinado por el juez constitucional. Conforme a lo anterior, la única forma de justificar constitucionalmente la exigencia de que los operadores privados informen previamente al Ministerio para poder transmitir discursos políticos, es que ese aviso constituya un medio indispensable para alcanzar finalidades constitucionales trascendentales. No se observa que la norma obedezca a finalidades justificadas y por lo tanto constituye una forma de censura previa, por lo cual el aparte demandado es declarado inexecutable”⁷.

De lo anterior se desprende que para abordar el estudio de utilidad de la norma, es necesario discernir si la finalidad de la misma es legítima y si lo dispuesto por la misma cumple esa finalidad.

Con respecto al decreto que se estudia, en primer lugar se observa que la finalidad que busca la norma es legítima, en la medida que pretende preservar el orden público en un día tan importante como el de los comicios nacionales. Frente a este objetivo no hay mayor discrepancia con la norma. No obstante, la pregunta que debemos hacernos es si frente a la finalidad legítima de preservar el orden público, la medida propuesta tiene la potencial capacidad de ser útil, de servir realmente para evitar que haya afectaciones al orden público.

La respuesta negativa se impone si acudimos a la noción de orden público mencionada previamente, con base en la cual no hay orden sin libertad y el recorte a esta armonía no puede contribuir de manera útil con su preservación. Pero, en gracia de discusión, si se considerara que el orden público es solamente el

⁵ Corte Constitucional. Sentencia C-584/97. M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz.

⁶ Corte Constitucional. Sentencia C-045/96. M.P. Vladimiro Naranjo Mesa.

⁷ Corte Constitucional, Sentencia C-010-2000, M.P. Carlos Gaviria Díaz



mantenimiento de la calma y la tranquilidad como parece pensarlo el Ministerio del Interior, ¿las regulaciones propuestas son útiles para dicho mantenimiento? Es decir, ¿la prohibición a periodistas y medios de comunicación de publicar información sobre resultados electorales y orden público no confirmada con fuentes oficiales, o no proveniente de autoridades electorales es útil para preservar el orden público? ¿el orden de prelación de mensajes del artículo 10 del Decreto 1800 de 2010 contribuye con el mantenimiento del orden público? ¿el prohibir la transmisión de entrevistas con fines político-electorales que no constituyan propaganda contribuye a la preservación del orden público?

Nos parece que la respuesta afirmativa a la pregunta anterior es dudosa, pues la exclusividad en la fuente de información solo garantiza ausencia de pluralidad y control preventivo de la información. Pareciera que nos encontramos ante una especie de paternalismo que le resta autonomía, capacidad e independencia a los periodistas y a los medios de comunicación y que adicionalmente abre las puertas al abuso que de esta posición pueda tener el gobierno. Lo que podría afectar el orden público es la difusión de información no veraz, que genere reacciones de pánico y miedo. Pero fuente oficial no es equivalente a fuente veraz. Cada periodista y cada medio de comunicación es responsable de transmitir la información verdadera, según sus propias fuentes. Dudar de su autonomía y de su responsabilidad no previene las alteraciones del orden público ni evita que se presenten crisis.

Adicionalmente, con respecto a las vulneraciones a la libertad de información es necesario traer a colación la jurisprudencia de la Corte Constitucional la cual establece que:

“Se viola la prohibición de censura y la libertad de prensa, cuando se impone al periodista la obligación de publicar una información u opinión, del mismo modo que cuando se impide su difusión. Que la prensa sea libre no admite interpretación diferente a la que se basa en la real libertad del periodista. Es él [o ella] quien, bajo su responsabilidad, debe decidir qué publica, y cuándo y cómo lo publica”⁸ (Resaltado por fuera del texto).

Teniendo en cuenta lo anterior, se evidencia que el “beneficio” que se podría derivar de la norma, no sería conservar el orden público, sino la censura misma; por lo cual no se evidencia realmente la utilidad de la norma, sino por el contrario se duda que ésta se ajuste a la Carta Magna.

Con respecto al artículo 3° del decreto 1800, ni siquiera se evidencia el nexo causal entre la prohibición de transmitir entrevistas con fines político-electorales (sin que éstas constituyan propaganda), con el mantenimiento del orden público. En el caso que se publiquen o se transmitan entrevistas a los candidatos aspirando a llevar al poder, ¿cómo esto puede afectar el orden público? Es evidente que las entrevistas no pueden constituir propaganda, ya que ésta está prohibida por ley en el día de las elecciones. Sin embargo, el artículo 10 de la ley 163 de 1994 no limita los contenidos periodísticos en el día de las elecciones, prohibiendo las entrevistas. Teniendo en cuenta lo anterior, se evidencia la falta de nexo causal entre la prohibición de las entrevistas a candidatos en el día de elecciones con la preservación del orden público.

Por lo tanto, toda vez que el medio establecido - que afecta derechos fundamentales - no puede fomentar el fin legítimo, ya que no se evidencia cómo podría efectivamente conservarse el orden público, entonces no es viable considerar la medida útil, y por lo tanto ésta es desproporcionada en sentido amplio. En este orden de ideas, no sería necesario continuar con el estudio de proporcionalidad; sin embargo, en gracia de discusión se continúa con el mismo.

⁸ Corte Constitucional. Sentencia T-484/94. M.P.: Jorge Arango Mejía.



Estudio de necesidad de la restricción de la libertad informativa

El estudio de necesidad hace relación a la valoración que conduzca a que la medida propuesta sea la única forma o la mejor forma de lograr el objetivo buscado. Si se puede lograr dicho objetivo con una medida diferente y menos dañina, entonces el uso de la restricción a la libertad es ilegítimo. En otras palabras, para poder examinar el mandato de necesidad o de medio alternativo menos lesivo se debe estudiar la norma, llegándose a la conclusión que la medida “es *necesari[a]* cuando no puede ser establecido otro medio, igualmente adecuado para el logro del fin, pero que suponga una menor restricción para el derecho fundamental afectado”⁹.

En el caso específico, surgen dos problemas jurídicos: para mantener el orden público, ¿hay algún medio menos restrictivo que limitar la transmisión de información sobre resultados electorales únicamente a la proveniente de autoridades electorales o darle prelación a los mensajes emitidos por dichas autoridades? ¿Existe una medida menos gravosa que aquella que establece que los medios de comunicación únicamente podrán transmitir información sobre orden público confirmada previamente por fuentes oficiales?

Como respuesta a los anteriores interrogantes, no se considera que el Ministerio del Interior y de Justicia tenga que recurrir a la censura previa para poder mantener el orden público el día de las elecciones. En primer lugar, porque la censura previa está prohibida por el bloque de constitucionalidad colombiano y por la jurisprudencia internacional y nacional, tal y como se analizó previamente. En segundo lugar, porque si se quiere conservar el orden público no es necesario restringir la libertad de expresión al punto de exigir que sólo se obtenga información de determinadas fuentes.

Lo anterior, pues se podría argumentar que una medida menos restrictiva podría ser suficiente para lograr los fines legítimos de mantenimiento del orden público en un sentido restringido, impidiendo que se publique información falsa. Por ejemplo, la norma podría limitarse a recomendar que los medios de comunicación contrasten la información que obtienen con la información oficial, y ahí se estaría respetando el pluralismo informativo y la independencia periodística que protege el artículo 73 de la Constitución Política. Se hace la aclaración que este argumento se realiza solo en gracia de discusión, en la medida que, como ya quedó claro en el escrito de la tutela, una regulación y/o limitación a libertades y derechos fundamentales sólo puede realizarse mediante una ley estatutaria y no mediante un decreto del gobierno nacional, por lo cual esta norma sufre de un vicio de constitucionalidad.

Estudio de proporcionalidad propiamente dicha, en relación con la restricción a derechos fundamentales

Este es el último paso del juicio de proporcionalidad. Se debe entender que si los perjuicios a los derechos fundamentales de los afectados que se derivan de la medida restrictiva son mayores a la importancia de la realización del fin, la medida debe considerarse desproporcionada.

Es importante comenzar por recordar la importancia de la libertad de expresión dentro del ordenamiento jurídico colombiano, la cual ha sido claramente delimitada por la jurisprudencia de la Corte Constitucional de la siguiente manera:

“Cuandoquiera que el ejercicio de la libertad de expresión entre en conflicto con otros derechos, valores o principios constitucionales, su posición privilegiada exige que se haya de otorgar, en principio, una primacía a la libertad de expresión”¹⁰.

⁹ Clérico, Laura. *El examen de proporcionalidad: entre el exceso por acción y la insuficiencia por omisión o defecto en El principio de proporcionalidad en el Estado Constitucional*. Universidad Externado de Colombia. Primera edición, noviembre 2007. p. 148.

¹⁰ Corte Constitucional. Sentencia T-391/07. M. P.: Manuel José Cepeda Espinosa.



Seguidamente, debemos mencionar casos previos en los que la Corte Constitucional ha dado varias lecciones en materia de proporcionalidad respecto de la libertad de expresión. Así, en la sentencia C-10/00, al preguntarse sobre la prohibición del tono de arenga, discurso, declamación o imitación de voz de los programas de radio, la Corte considera que “no resulta **proporcionada** porque con tal restricción se pone en riesgo excesivo la libertad de expresión, sin que sea claro que la disposición favorezca el cumplimiento de un objetivo constitucional de importancia” (Resaltado por fuera del texto).

Más aún, en la misma providencia, al analizar el requerimiento de título de idoneidad académica para cumplir con la actividad de informar, considera la Corte que nos encontramos ante una forma de censura. En efecto, se estimó en dicha ocasión que la libertad de información debe cuidarse con gran celo en una sociedad democrática por lo que “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 primero¹¹.” Para el caso en comento, es trasladable la argumentación de la proporcionalidad con resultados semejantes, pues entre el eventual daño social que pudiera seguirse de una información que no proviene de fuentes oficiales, consecuencia de la libertad de informar y la restricción general de ésta al obligar al periodista o al medio a confirmar con el gobierno la información, la democracia debe preferir el primer riesgo.

Sin embargo, proponemos realizar un estudio de proporcionalidad detallado y analizar si la finalidad legítima que se busca obtener con la restricción es superior o equivalente a los efectos mismos de la restricción.

Así, se debe evaluar, por un lado, los perjuicios que se derivan de la medida restrictiva, para luego analizar los beneficios de eventualmente alcanzar el fin deseado y así finalmente realizar una ponderación. Como ya se ha mencionado a lo largo del texto, se perjudica enormemente la libertad de expresión, la libertad de prensa y la libertad de información de los periodistas. Es inconcebible que en un Estado de Derecho se limite el núcleo esencial de la libertad de expresión de los periodistas en un día tan importante como el de las elecciones. Lo anterior, ya que en un caso hipotético en el que un desorden público tenga lugar en cualquier lugar del país, y no haya una posición oficial al respecto o ningún funcionario público esté en capacidad o desee dar declaraciones, entonces esta información simplemente no se publicaría afectando, a su vez, el derecho fundamental de acceso a la información de la ciudadanía. Por lo tanto, el menoscabo a las libertades fundamentales en juego es profundo.

Ahora, y con el fin de continuar con el juicio de proporcionalidad, sería necesario aplicar la regla de la ponderación según la cual “[c]uanto mayor es el grado de la no satisfacción o de afectación de un principio, tanto mayor tiene que ser la importancia de la satisfacción del otro”¹². Es decir, debemos ponderar las restricciones y beneficios derivados de las mismas con el fin de observar si hay proporcionalidad entre unas y otros, ya que no es procedente afectar el núcleo esencial de un derecho fundamental por la posible materialización de consecuencias que son, a su vez, intrínsecas del ejercicio de los mismos derechos. Para poder realizar este estudio, primero se evaluarán los efectos de las restricciones, luego los posibles beneficios de las mismas, y finalmente se realizará una ponderación entre estos dos elementos.

En este caso, como se ha dicho previamente, se le está prohibiendo a los periodistas y medios de comunicación que publiquen información sobre resultados electorales y orden público diferente a la información oficial. Además, se le obliga a los servicios de telecomunicaciones a darle prioridad “a los

¹¹ Sentencia C-010-2000, ponencia de Carlos Gaviria Díaz

¹² Clérico, Laura. *El examen de proporcionalidad: entre el exceso por acción y la insuficiencia por omisión o defecto en El principio de proporcionalidad en el Estado Constitucional*. Universidad Externado de Colombia. Primera edición, noviembre 2007. p. 186



mensajes emitidos por las autoridades electorales”. De lo anterior, se evidencia que se les está prohibiendo a los periodistas que publiquen información proveniente de otras fuentes de información, como lo pueden ser los testigos o jurados electorales, observadores electorales nacionales o internacionales, ciudadanos, etc. En este orden de ideas, cualquier evento que llegase a ocurrir con relación a resultados electorales y orden público no podría ser informado, hasta que éste no sea objeto de una comunicación oficial.

¿Cuáles serían las consecuencias de la aplicación de esta norma? Se está restringiendo el derecho fundamental de la libre expresión a los medios de comunicación que el día de las elecciones deseen acceder y difundir información. Asimismo, se está negando el acceso a la información de la ciudadanía en general. Lo anterior, toda vez que la Corte Constitucional ha sido clara al reiterar lo siguiente:

“el bien jurídico tutelado por el **derecho a la información** no es exclusiva ni prioritariamente el derecho subjetivo del comunicador a transmitir una determinada información. **Lo que se protege a través de este derecho, es que el proceso de comunicación de la información sea verdaderamente libre, pluralista e igualitario**”¹³(Resaltado por fuera del texto).

De acuerdo con lo anterior, se estaría vulnerando sobre todo el derecho fundamental a acceder a la información que tiene la ciudadanía, lo cual es sumamente grave y se debe dar solo en situaciones muy excepcionales y que cumplan con todos los requisitos constitucionales, lo cual no se presenta en el caso que nos ocupa.

Y ¿cuáles serían los beneficios de dicha restricción? Se pensaría que con respecto a los artículos 7 y 9 del Decreto 1800 de 2010, se pretende evitar potenciales desórdenes públicos o especulaciones que “generen terrorismo” con la difusión de la información no confirmada sobre cuestiones de orden público. Por lo menos, esta es la eventualidad hipotética que imagina el Tribunal, pues la escasa motivación del acto administrativo que hoy cuestionamos, no nos permite analizar realmente los beneficios de la restricción a la libertad informativa.

Sin embargo, suponiendo efectos positivos de la medida, la potencial ganancia en términos de tranquilidad o de orden público es mínima, frente al silenciamiento de todos los periodistas en un día de mayúscula importancia como lo es el día de las elecciones presidenciales. Sobre todo, si tenemos en cuenta que el Estado tiene formas de rectificar rápidamente, en caso de que haya información equivocada, pues el Estado tiene un acceso general a las comunicaciones en todo el país.

Lo anterior, si suponemos un Estado democrático sin tendencias a favorecer intereses de terceros. Pero es que adicionalmente, existen riesgos de que las normas sean utilizadas por gobiernos autoritarios para impedir el acceso a la información, afectando seriamente la consecuente libertad del votante o los efectos democráticos de unas elecciones. Lo que resultaría inmensamente más grave que permitir que se transmita información que deba ser corregida.

En Colombia, particularmente, ya se ha vivido este tipo de experiencias en el pasado. Ciertamente, el 19 de abril de 1970, el Ministro de Gobierno de entonces, Carlos Augusto Noriega, en circunstancias oscuras que rodearon el conteo de votos para la presidencia de la República, protagonizó una violación flagrante al derecho de acceso a la información de la ciudadanía, con un pretexto que podría ser similar al que se desprende del decreto analizado. Ordenó el Ministro que se suspendieran las transmisiones sobre los resultados electorales en los cuales iba ganando el General Rojas Pinilla quien, para sorpresa de los colombianos, no amaneció vencedor. Según comentó Alberto Giraldo, director de noticias de Todelar: “[a]

¹³ Uprimny, Rodrigo; Botero, Catalina; Jaramillo, Juan Fernando. *La Libertad de información en la jurisprudencia colombiana: una perspectiva analítica y comparada* en Libertad de Prensa y derechos fundamentales. Análisis de la jurisprudencia constitucional en Colombia (1992-2005). Primera Edición. 1996.



la 1 de la mañana nos acostamos a dormir con el triunfo de Rojas y al otro día nos despertamos con la victoria de Pastrana”¹⁴. Esta situación, en la cual la fuente oficial silenció otras fuentes, en lugar de ayudar al mantenimiento del orden público, generó sospechas y alimentó desórdenes muy graves que desembocaron en violencias posteriores, que le causaron mayor daño a nuestra democracia.

Es claro pues que no hay realmente evidencias empíricas que demuestren los efectos positivos de las normas cuestionadas, carga probatoria que debería corresponder al gobierno, y, por el contrario sí hay pruebas de los efectos dañinos a la libertad informativa de conductas que privilegien la información oficial. En efecto, puede ser más perjudicial para la democracia que no se ejerza libremente el periodismo el día de las elecciones, ya que al ser este día tan importante es impensable correr el riesgo de que no se informe sobre la totalidad de los acontecimientos y no se publique toda la información disponible sea oficial o no.

Podríamos finalmente, citar otro ejemplo de la vida real, para considerar la importancia para la democracia de publicar información veraz proveniente de fuentes diversas a la oficial en tiempos electorales:

El 11 de marzo de 2004, en Madrid, España, estallaron diez bombas en la estación de trenes de Atocha. El partido popular, en el poder en ese momento, con José María Aznar como presidente, anunció en todos los medios oficiales que los responsables de las víctimas de tan horrendo crimen se encontraban en el grupo terrorista ETA. El objeto de la medida informativa oficial, no era otro que unir a los españoles en el sentimiento nacional y anti-terrorista que impulsaba Aznar, con lo cual se lograba la reelección del partido en el poder que debía darse en esos días. No obstante, el partido socialista de oposición y varios integrantes de la ciudadanía, lograron que se colara información de las investigaciones que apuntaban a miembros de Al Qaeda como autores de los crímenes, como represalia por la reciente participación de España en la guerra de Irak, por impulso de Aznar. En esta ocasión, las fuentes no oficiales se convirtieron en origen de la veracidad de la información y dotaron a los votantes de armas suficientes para elegir, bajo un voto informado, a su representante en los comicios. La manipulación de la información proveniente del gobierno de turno para auto-perpetuarse en el poder, pudo ser doblegada y contrarrestada, gracias a la desobediencia civil y multiplicidad de fuentes no oficiales de información que se encargaron de preservar el bien constitucional protegido por la libertad de expresión y el acceso a la información, garantizando así que España se mantuviera como sociedad democrática.

Sírvanos pues este ejemplo para medir los riesgos innecesarios, desproporcionados e inútiles a los que se verían avocados la sociedad y la democracia colombiana con una norma ilegítima e inconstitucional, como lo son los artículos 3, 7, 9 y 10 del Decreto 1800 de 2010 y cualquiera que pretenda reiterar sus disposiciones aquí analizadas.

De acuerdo con todos los argumentos expuestos anteriormente, se evidencia la falta de proporcionalidad de las restricciones objeto de estudio. En este orden de ideas, se evidencia la inconstitucionalidad de la norma así como los peligros que la misma representa para la democracia colombiana.

Asimismo, se le solicita respetuosamente al Consejo de Estado retomar los argumentos del escrito de tutela, especialmente en lo relacionado con los vicios formales de los artículos 3, 7, 9 y 10 del decreto 1800 de 2010, a saber: la regulación y limitación de libertades y derechos fundamentales tiene que ser mediante una ley estatutaria del Congreso de la República, y el incumplimiento de cargas impuestas por la presunción constitucional a favor de la libertad de expresión sobre las autoridades que pretendan limitarla.

¹⁴ El Espectador, 17 de abril de 2010, <http://www.elespectador.com/impreso/bogota/articuloimpreso198701-conjura-de-los-necios>



III. Petición

En concordancia con todo lo expuesto anteriormente, respetuosamente se le solicita al Honorable Consejo de Estado que revoque el fallo de primera instancia y en su lugar y TUTELE los derechos fundamentales de libertad de expresión, de prensa y de información consagrados en el artículo 20 de la Constitución Política, así como también se garantice la protección constitucional especial de los periodistas, consagrada en el artículo 73 de la Carta. En virtud de lo anterior, se solicita respetuosamente que se modifique la sentencia del Tribunal Administrativo de Cundinamarca del pasado 8 de junio, y en su lugar, que se dé aplicación al artículo 7 del decreto 2591 de 1991 y DEJE SIN EFECTOS la aplicación de los siguientes apartes de los artículos 3, 7, 9 y 10 del decreto 1800 de 2010:

Artículo 3: “durante el día de elecciones se prohíbe toda clase de [...] entrevistas con fines político-electorales a través de radio, prensa y televisión”

Artículo 7: “[L]os medios de comunicación citados sólo podrán suministrar información sobre resultados electorales provenientes de las autoridades electorales”

Artículo 9: “[E]n materia de orden público, los medios de comunicación transmitirán el día de las elecciones, únicamente las informaciones confirmadas por fuentes oficiales”

Artículo 10: “Desde el viernes 28 de mayo hasta el lunes 31 de mayo de 2010, primera vuelta, y desde el viernes 18 de junio hasta el lunes 21 de junio de 2010, segunda vuelta, si fuere el caso, los servicios de telecomunicaciones darán prelación a los mensajes emitidos por las autoridades electorales”.

IV. Notificaciones

- Los accionantes recibiremos notificaciones en la Calle 40 # 22-17, Oficina 302 de la ciudad de Bogotá. Teléfono (1) 4009677 / 78.
- El Ministerio de Interior y de Justicia en la Carrera 9 No. 14-10 de la ciudad de Bogotá.

Atentamente,

Vivian Newman Pont
Ciudadana y Representante Legal
Centro de Estudios de Derecho
Justicia y Sociedad - DeJusticia

Claudia M. Rojas
Ciudadana y apoderada judicial
Fundación para la Libertad de
Prensa - FLIP

Camilo Mancera Morales
Ciudadano y apoderado judicial
Misión de Observación Electoral-
MOE

Marisol Manrique
Periodista y Representante Legal
Medios para la Paz

Nora Sanín de Saffón
Ciudadana y Representante Legal
Andiarios