



Honorables Magistrados

TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CUNDINAMARCA

(Reparto)

E. S. D.

REFERENCIA : ACCIÓN DE TUTELA –VIOLACION ARTS. 20 Y 73 DE LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA

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

ANDRES MORALES ARCINIEGAS, identificado con la cédula de ciudadanía número 80.032.443 de Bogotá, vecino de la ciudad de Bogotá, actuando como representante legal de la **FUNDACIÓN PARA LA LIBERTAD DE PRENSA – FLIP**, Nit: 800.102.745-9; **RODRIGO UPRIMNY YEPES**, identificado con cédula de ciudadanía número 79.146.539 de Usaquén, vecino de la ciudad de Bogotá, actuando como representante legal de la **CORPORACIÓN CENTRO DE ESTUDIOS DE DERECHO, JUSTICIA Y SOCIEDAD – DEJUSTICIA**, Nit: 830.131.150-1; **ANDRES MORALES ARCINIEGAS**, identificado con la cédula de ciudadanía número 80.032.443 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**.

I. Hechos Relevantes

Primero

La **Fundación para la Libertad de Prensa (en adelante, 'FLIP')**, es una entidad sin ánimo de lucro constituida mediante escritura pública 1231 de 11 de marzo de 1996. La FLIP es una organización no gubernamental que monitorea sistemáticamente las violaciones a la libertad de prensa en Colombia, desarrolla actividades que contribuyen a la protección de los periodistas y de los medios de comunicación, y promueve el derecho fundamental a la libertad de expresión y el acceso a la información.

El **Centro de Estudios de Derecho, Justicia y Sociedad (en adelante DEJUSTICIA)** es una organización sin ánimo de lucro cuya naturaleza es la de un centro de investigaciones con vocación de organización no gubernamental de derechos humanos, debidamente inscrita en la Cámara de Comercio de Bogotá el 21 de noviembre de 2003, mediante el No. S0021293. Su objetivo es intervenir en debates sobre el derecho, las



instituciones y las políticas públicas con base en estudios rigurosos y acciones que promuevan la inclusión social, la democracia, el Estado social de derecho y los derechos humanos en Colombia y América Latina.

La **Misión de Observación Electoral** (en adelante MOE) es una plataforma de organizaciones de la sociedad civil, independiente del gobierno, de los partidos políticos y de intereses privados, que promueve la realización del derecho que tiene todo ciudadano a participar en la conformación, ejercicio y control del poder político. La MOE acompaña desde la sociedad civil los ejercicios políticos y democráticos mediante una observación rigurosa, objetiva y autónoma, para que éstos se ajusten a los principios de transparencia, seguridad y confiabilidad conforme a los estándares internacionales y la legislación colombiana. Para cumplir este objetivo, la MOE trabaja en concertación con plataformas y redes internacionales, nacionales y locales que reúnen organizaciones no gubernamentales y sociales de mujeres, de jóvenes, de indígenas, de afrodescendientes, gremiales, religiosas y universitarias, entre otras. Somos ciudadanas y ciudadanos colombianos que ponemos nuestros ojos y nuestros oídos al servicio de la democracia.

Medios para la Paz es una organización de la sociedad civil que frente a la guerra y los esfuerzos en la construcción de paz, busca: propiciar en los medios de comunicación el ejercicio ético y responsable del oficio. Desarmar el lenguaje a través de los medios de comunicación; despejar la ignorancia de las causas del conflicto, estimular la sensibilidad frente a sus consecuencias y posibles soluciones. Promover, entre los periodistas, el análisis y la reflexión sobre la realidad colombiana, manteniendo un intercambio constante de información sobre el oficio y sobre los hechos de paz y de la guerra. Velar para que la información no convierta a los periodistas en participantes inconscientes del conflicto armado.

La **Asociación de Diarios Colombianos** (en adelante ANDIARIOS) es una institución privada que, comprometida con la libertad de prensa y el derecho a la información, propende por una industria periodística pujante, que sea la fuente principal de información y orientación de los colombianos.

Segundo

El pasado 10 de marzo de 2010 la Fundación para la Libertad de Prensa (en adelante FLIP) envió una carta al Ministerio del Interior y de Justicia en la cual se manifestaba su preocupación por el decreto 671 de 2010, mediante el cual se dictaron normas “para la conservación del orden público durante el período de las elecciones al Congreso de la República”. Dicha comunicación principalmente solicitó que se derogara el artículo 9 del mencionado decreto, por considerarse que atentaba contra los artículos 20 y 73 de la Constitución Política. Asimismo, se solicitó que esta normatividad no se repitiera en las elecciones presidenciales del 30 de mayo del mismo año.

Tercero

El 15 de marzo de 2010 la FLIP recibió la respuesta del Ministro del Interior y de Justicia en la cual el Ministro sostuvo que el artículo 9º del decreto 671 del 2010 era constitucional toda vez que éste “no menoscaba la libertad e independencia profesionales porque el ejercicio de la libertad [sino] implica una ponderación entre distintas informaciones para poder conocer la verdad de los acontecimientos”.

Cuarto

La FLIP, en ejercicio del derecho de petición, solicitó al Ministerio del Interior y de Justicia se pronunciara si expediría un decreto en el mismo sentido o en sentido similar para las próximas elecciones presidenciales.

Quinto

El Ministerio del Interior y de Justicia respondió alegando que era muy prematuro definir en que sentido se expediría el decreto respectivo.

Sexto



Teniendo en cuenta lo anterior, el pasado 7 de mayo de 2010 el Centro de Estudios de Derecho, Justicia y Sociedad – DeJuSticia, la Misión de Observación Electoral – MOE, Medios para la Paz y la Fundación para la Libertad de Prensa – FLIP, le remitieron una nueva comunicación al Ministerio del Interior y de Justicia en la cual se solicitó que las restricciones a la libertad de expresión, de prensa y de acceso a la información contenidas en los artículos 7, 9 y 10 del decreto 671 de 2010 no se repitieran en el decreto que registrá para las elecciones presidenciales del 30 de mayo del mismo año.

Séptimo

Las organizaciones de la sociedad civil antes mencionadas no recibimos respuesta a la comunicación por parte del Ministerio del Interior y de Justicia.

Octavo

El pasado 24 de mayo de 2010, el Ministerio del Interior y de Justicia expidió el decreto 1800 del 2010 mediante el cual “se dictan normas para la conservación del orden público durante el período de elecciones presidenciales” tanto para la primera como para la segunda vuelta. En los artículos 3, 7, 9 y 10 de dicho decreto se consagran exactamente las mismas restricciones a la libertad de expresión, libertad de prensa y libertad de información contenidos en el decreto 671 de 2010, razón por la cual se interpone la presente tutela de acuerdo con los argumentos que se presentan a continuación. . Con el fin de tener claridad del contenido de estas normas, se transcriben las mismas a continuación:

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”.

II. Procedencia de la Acción de Tutela

Según el artículo 86 de la Constitución Política y las normas que lo reglamentan, se entienden como requisitos de procedibilidad de la acción de tutela los que se presentan a continuación.

En primer lugar, la solicitud de tutela debe efectuarse por la persona legitimada para formularla, pues en este caso no es viable el procedimiento oficioso. En el presente caso, se están vulnerando la libertad de expresión, libertad de prensa y libertad de información de los medios de comunicación (artículo 20 de la Constitución Política), la libertad de información de la ciudadanía (artículo 20 de la Constitución Política), así como también se está vulnerando la protección a la libertad e independencia profesional otorgada por la Carta a la actividad periodística (artículo 73 de la Constitución Política).

Con respecto a este punto, es importante mencionar que el Centro de Estudios de Derecho, Justicia y Sociedad – DeJuSticia, la Misión de Observación Electoral – MOE, Medios para la Paz, Andiaros y la



FLIP son organizaciones de la sociedad civil que velan por el respeto de las garantías constitucionales en diferentes ámbitos, entre los cuales se encuentra la libertad de expresión, prensa e información, así como también la protección especial para los periodistas consagrada en el artículo 73 de la CP. En este orden de ideas, se presenta esta causa con el fin de propender por el cumplimiento de estas garantías y derechos constitucionales en cabeza de los periodistas y de los ciudadanos.

Nosotros, como periodistas y ciudadanos, así como en nuestra calidad de representantes legales de organizaciones que representan los intereses de los periodistas y de la sociedad civil, interponemos la presente acción de tutela toda vez que los artículos 3, 7, 9 y 10 del decreto 1800 de 2010 vulneran derechos fundamentales de los periodistas y de la ciudadanía. Por lo tanto, estamos legitimados para interponer la presente acción de tutela, y el presente proceso no se configura como uno de inicio oficioso.

Como es sabido, la libertad de expresión tiene una dimensión individual y una social. La dimensión individual comprende el derecho a utilizar cualquier medio apropiado para difundir el pensamiento y hacerlo llegar al mayor número de destinatarios. Por su parte, la dimensión social de la libertad de expresión es “un medio para el intercambio de ideas e informaciones y para la comunicación masiva entre los seres humanos. Implica el derecho de todos a conocer opiniones y noticias. Esas dos dimensiones deben ser garantizadas simultáneamente”¹ y es precisamente la violación de las dos dimensiones, consagradas a favor de los periodistas y de la ciudadanía que hoy representamos, las circunstancias que hoy nos legitiman en la causa.

En segundo lugar, debe existir un derecho fundamental de estirpe constitucional que se pretende proteger, condición que en este caso está constituida por los siguientes derechos: el derecho a la libertad de expresión, la libertad de prensa y la libertad de información. Asimismo, no se está garantizando la protección especial a los periodistas consagrado en el artículo 73 de la Constitución.

En tercer lugar, debe haber una acción u omisión de cualquier autoridad pública —o de un particular, en los casos taxativamente previstos— que vulnere o amenace vulnerar el derecho. En el caso en concreto se presentó una acción del Ministerio del Interior y de Justicia, mediante la expedición del decreto 1800 de 2010.

En cuarto lugar, la acción de tutela exige además que el peticionario atribuya la autoría de la acción o de la omisión concretas a una o a varias autoridades públicas identificándolas de modo específico y preciso, por lo cual es importante recordar que la acción y por tanto, la amenaza inminente de vulneración de los derechos fundamentales proviene del Ministerio del Interior y de Justicia.

En quinto lugar, se debe probar por cualquier medio, la grave violación o la amenaza inminente del derecho fundamental. Ciertamente, los artículos 3, 7, 9 y 10 del decreto 1800 del 2010 evidencian restricciones desproporcionadas e ilegítimas a la libertad de expresión, prensa e información. En el presente caso se presenta una amenaza inminente al derecho fundamental a la libre de expresión, prensa e información pues la reglamentación expedida se hace con unos escasos días de anterioridad a la fecha de las elecciones y por ende a la implementación del decreto. La jurisprudencia constitucional ha entendido que la amenaza inminente es “una violación potencial que se presenta como inminente y próxima. Respecto de ella la función protectora del juez consiste en evitarla”². Esta amenaza en el presente caso es la censura previa la cual está prohibida por la Constitución Política, la jurisprudencia de la Corte Constitucional y de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, toda vez que no es admisible censurar previamente la publicación de

¹ García, Ramírez Sergio y Gonza, Alejandra, en *La Libertad de Expresión en la Jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos*, página 18, 2007, Corte Interamericana de Derechos Humanos y Comisión de Derechos Humanos del Distrito Federal.

² Corte Constitucional. Sentencia T-349/93. M. P.: Eduardo Cifuentes Muñoz.

cualquier información³. Por el contrario, es procedente predicar las responsabilidades ulteriores en caso que la información publicada haya ocasionado daños. La jurisprudencia⁴ ha establecido los factores objetivos y subjetivos necesarios para que sea necesaria esta función protectora del Estado, a saber:

1. Realidad de la amenaza: en el caso que nos ocupa la realidad de la amenaza es evidente toda vez que el decreto 1800 de 2010 ya fue expedido y publicado. De acuerdo con el artículo 22 del decreto éste “rige a partir de la fecha de publicación”. Por lo tanto, las restricciones desproporcionadas contenidas en los artículos 3, 7, 9 y 10 están vigentes y son aplicables para la primera y segunda vuelta de las elecciones presidenciales.
2. Individualidad de la amenaza: en este caso se observa que en un primer lugar, son los periodistas y los medios de comunicación que transmitan información el día de las elecciones contra quienes está dirigida la amenaza toda vez que no les es permitido publicar información de resultados electorales diferente a la oficial, así como tampoco les es posible publicar información de orden público sin que esta sea “confirmada” por una fuente oficial. Por lo tanto, se evidencia que la amenaza se individualiza en este grupo de comunicadores los cuales tienen que soportar una carga excepcional a diferencia del resto de la sociedad ya que tendrán que el ejercicio de su profesión tendrá que regirse bajo restricciones desproporcionales a sus derechos fundamentales. Igualmente existe una amenaza a la libertad informativa de los ciudadanos que hoy presentamos esta acción, así como a la ciudadanía en pleno, ya que los requisitos impuestos por el Ministerio del Interior y de Justicia tienen una potencialidad cierta de impedir que conozcamos la información sobre resultados electorales y orden público que pueda presentarse originada en fuentes verdaderas pero no oficiales.
3. La situación específica del amenazado o grupo amenazado: al respecto es necesario tener en consideración aspectos subjetivos del grupo amenazado. En este caso en específico, es importante resaltar que los periodistas que cubren las elecciones presidenciales tienen el derecho, el deber y el compromiso de publicar información relevante y oportuna relacionada con este evento democrático. En muchos casos los periodistas deben reaccionar y publicar información en tiempos muy cortos y consultan varias fuentes de información. En el caso en que, por ejemplo, haya una información relacionada con el orden público que sea de vital importancia informar porque de ésta depende la exitosa realización de los comicios, y que no sea posible comunicarla porque no hay una fuente oficial disponible para “confirmar” la información, se evidencia una grave vulneración a la libertad de expresión, de prensa y de información de este grupo de periodistas. Lo anterior, toda vez que no podrían publicar la información que se obtuvo por otras fuentes. Finalmente, se suma la grave vulneración de derechos que la ausencia de información veraz diferente a la oficial implicaría para la ciudadanía en un sistema democrático.
4. El escenario en que se presentan las amenazas. La amenaza a la libertad de expresión, prensa e información se configura en uno de los días más importantes para un sistema democrático como lo es el de las elecciones presidenciales. Los comicios son un evento de suma importancia en el cual la sociedad escoge a sus representantes en el poder, y en este caso, al jefe de poder ejecutivo. Dada esta importancia inmensa de los comicios no es posible prescindir y restringir el núcleo esencial de los derechos fundamentales a la libre expresión, prensa e información precisamente en estos días.
5. Inminencia del peligro: es necesario entonces, “determinar la probabilidad de la ocurrencia de una afectación grave de la vida y de los derechos fundamentales”. Toda vez que en el presente caso el decreto 1800 ya se expidió, se publicó, y ya está vigente y solo es cuestión del paso del tiempo para que, cuando llegue el día de las elecciones de primera y segunda vuelta, se vean restringidos ilegítima y desproporcionalmente la libertad de expresión, prensa e información.

Finalmente, se recuerda que no debe existir otra vía o medio de defensa judicial prevista para la solución de la situación de agravio, salvo excepcionalmente en los casos de perjuicio irremediable que se pretenda

³ Corte Constitucional. Sentencia T-391/07. M.P. Manuel José Cepeda Espinosa.

⁴ Corte Constitucional. Sentencia T-1026/0. M. P.: Rodrigo Escobar Gil.

evitar. Lo anterior ya que una característica de la acción de tutela es la subsidiariedad, porque ésta solo es procedente cuando no hay otro medio constitucional o judicial diferente que se podría alegar frente a los jueces.

Con respecto a este último punto, es importante explicar por qué en el presente caso es procedente la acción de tutela y no la suspensión provisional del acto administrativo, que pudiere pensarse equívocamente, constituye otro medio para evitar el perjuicio irremediable.

En efecto, la suspensión provisional es una fórmula consagrada en una norma previa a la Constitución de 1991 y el legislador no previó esta medida como un mecanismo concreto y operativo de protección de los derechos constitucionales fundamentales. En este orden de ideas, la suspensión provisional, en una acción de nulidad, solo procede cuando exista manifiesta violación de una norma superior por confrontación directa, flagrante, manifiesta, *prima facie*. Esto de acuerdo con el artículo 152 del Código Contencioso Administrativo y jurisprudencia reiterativa del Consejo de Estado en virtud de la cual el juez administrativo no puede adentrarse en la cuestión de fondo, por temor al prejuzgamiento.

En el presente caso, si bien consideramos que hay una violación del derecho fundamental de libertad de expresión, el cual engloba la libertad de prensa y de información, por parte de los artículos 3, 7, 9 y 10 del decreto 1800 de 2010; también estimamos que éste no es un derecho absoluto, sino que por el contrario admite limitaciones o restricciones, como se sostendrá más adelante. Aunque en el caso en concreto, estas limitaciones están restringiendo el núcleo esencial del derecho fundamental, no se evidencia *prima facie* la infracción, toda vez que para esto es necesario realizar un estricto juicio de proporcionalidad que examine la utilidad, necesidad de la medida y la ponderación con otros derechos fundamentales en juego.

En consecuencia, se evidencia que no se cumplen los requisitos de la suspensión provisional, lo que habilita la procedibilidad de la tutela como única vía judicial para proteger los derechos en juego, pues es necesario realizar un juicio de proporcionalidad el cual debe ser llevado a cabo por un juez constitucional.

En ocasiones anteriores, ya ha habido pronunciamiento constitucional a favor de la prevalencia de la tutela como mecanismo para evitar un perjuicio irremediable, frente a la suspensión provisional. Es el caso de la sentencia SU039-97, que evitó un perjuicio irremediable derivado de la violación del derecho fundamental a la consulta previa del pueblo U-WA, en la cual se estableció lo siguiente al respecto:

“La suspensión provisional opera mediante una confrontación directa entre el acto y la norma jurídica, generalmente contentiva de una proposición jurídica completa, que se afirma transgredida, así puedan examinarse documentos, para determinar su violación manifiesta; en cambio, cuando se trata de amparar derechos fundamentales el juez de tutela se encuentra frente a una norma abierta, que puede aplicar libremente a través de una valoración e interpretación amplia de las circunstancias de hecho. En razón de su finalidad se reconoce a la tutela, como mecanismo destinado a asegurar el respeto, vigencia y efectividad de los derechos fundamentales, cierta prevalencia sobre la suspensión provisional del acto administrativo, hasta el punto que es procedente instaurar conjuntamente la acción de tutela y la acción contencioso administrativa y dentro del proceso a que da lugar aquélla se pueden adoptar, autónomamente, medidas provisionales. La acción de tutela y la suspensión provisional no pueden mirarse como instrumentos de protección excluyentes, sino complementarios. Además, dentro del proceso de tutela es posible, independientemente de dicha suspensión, impetrar las medidas provisionales.”

“La Corte estima que la tutela si es procedente como mecanismo transitorio. En efecto: a) No es incompatible la tutela con el ejercicio de la acción contenciosa administrativa ni con la suspensión provisional del acto administrativo.(...) La irremediabilidad del perjuicio que se pretende evitar consiste en que la violación de los aludidos derechos fundamentales persista e incluso, pueda llegar a un punto de

no retorno, como sería la destrucción o aniquilación del grupo humano U'wa. La eventual nulidad que llegare a decretar el Consejo de Estado no tendría la virtud de restablecer el perjuicio que se esta causando y se causaría, por el desconocimiento de los referidos derechos. Por lo tanto se requiere de su protección urgente e inmediata. Como la omisión de la consulta es precisamente el hecho que origina la violación o amenaza de violación de los mencionados derechos, la Corte ordenará que la consulta a ésta se cumpla dentro de un plazo.”

En otras palabras, cuando existe violación o amenaza de un derecho fundamental que pueda ocasionar un perjuicio irremediable, “hasta un punto de no retorno” y se cuente con la acción contencioso-administrativa para lograr su nulidad, proceda o no la suspensión provisional, cuya potencial decisión es tardía, lo que la torna en ineficaz, es el juez de tutela el encargado y responsable de dar aplicación a las medidas provisionales para proteger el derecho y evitar el perjuicio. Se evidencia entonces, la procedibilidad de la tutela como un mecanismo transitorio de protección de derechos fundamentales.

Adicionalmente, es necesario precisar que en este caso, y en gran medida por razones semejantes sobre la falta de idoneidad de la acción de nulidad y de la suspensión provisional para amparar los derechos fundamentales amenazados, no es aplicable el ordinal 5 del artículo 6 del decreto 2591 de 1991, según el cual, la tutela no procede contra “actos de carácter general, impersonal y abstracto”. En efecto, como la Corte Constitucional lo ha señalado en numerosas oportunidades, como las recientes sentencias SU-037 de 2009 o T-040 de 2009, entre muchas otras, aunque la regla general es la improcedencia de la tutela contra actos de contenido general, impersonal y abstracto, “es posible acudir al mecanismo de amparo constitucional, excepcionalmente, cuando se compruebe que de la aplicación o ejecución del acto general, impersonal y abstracto se vislumbra la vulneración o amenaza a algún derecho fundamental de una persona determinada o determinable, y siempre que se trate de conjurar la posible configuración de un perjuicio o daño irremediable en los términos definidos por la jurisprudencia constitucional”⁵. La Corte precisó igualmente en esa sentencia de unificación, que esa procedencia opera “respecto de cualquier derecho fundamental y en todos los casos en que la presunta violación o amenaza del derecho fundamental provenga de un acto de contenido general, impersonal y abstracto, independientemente de la materia que en él se trate, lo cual incluye, por supuesto, los actos administrativos generales”, como un decreto reglamentario.

Un ejemplo de aplicación de esa doctrina, que tiene relevancia en este caso por su similitud en el tema de la procedencia de la tutela frente a actos generales, es la Sentencia T-1073 de 2007, que estudió la petición presentada por diversas personas condenadas por la comisión de delitos sexuales contra el Acuerdo 272 de 2007 de Bogotá, de los llamados “muros de la infamia, que buscaba someter al escarnio público a todas las personas condenadas por delitos sexuales. Estas personas pidieron que el acuerdo fuera inaplicado por desconocer sus derechos fundamentales. La Corte en esa sentencia acogió sus argumentos y señaló que si bien la acción de tutela no procede para controvertir actos de carácter general, aun cuando su contenido pueda ser contrario a normas sobre derechos fundamentales, porque para ello se han previsto otras vías procesales, en este caso la tutela era procedente por la inminencia de la afectación de derechos fundamentales de los solicitantes, por lo cual, y para evitar un perjuicio irremediable, ordenó la inaplicación del citado Acuerdo 280 de 2007 del Concejo de Bogotá. La Corte precisó que el amparo operaba mientras la respectiva jurisdicción se pronunciara al respecto, y señaló que los beneficiarios del amparo deberían interponer la correspondiente acción ante la jurisdicción de lo contencioso administrativo dentro de los cuatro meses siguientes a la notificación de la misma, so pena de que cesaran sus efectos.

Ahora bien, eso sucede en este caso pues, como lo hemos explicado anteriormente, las normas cuestionadas del decreto citado amenazan directamente nuestros derechos a la libertad de expresión, ya sea porque algunos de nosotros, como periodistas, no podríamos divulgar información sin censura previa y otros, como ciudadanos, nos veríamos privados de recibir dicha información. Y no contamos con ningún mecanismo

⁵ Corte Constitucional. Sentencia SU-037 de 2009, Fundamento 5.3.

judicial idóneo de defensa frente a esa amenaza, por lo cual procede la tutela como remedio transitorio frente al perjuicio irremediable y gravísimo, que sería la afectación de la libertad de información en plenas elecciones presidenciales.

El anterior argumento se completa toda vez que en el presente caso, la acción de tutela es la única vía judicial disponible para evitar un daño o perjuicio irremediable. Según el artículo 6° del decreto 2591 de 1991 “[s]e entiende por irremediable el perjuicio que solo pueda ser reparado en su integridad mediante una indemnización”. La jurisprudencia de la Corte Constitucional ha ido refinando este concepto y reiteradamente ha sostenido que: “se entiende por irremediable el daño para cuya reparación no existe medio o instrumento. Es el daño o perjuicio que una vez se produce, no permite retrotraer las circunstancias al estado anterior a la vulneración del derecho”⁶.

De acuerdo con lo anterior es necesario estudiar cuáles serían los perjuicios que se podrían derivar de la aplicación de los artículos 3, 7, 9 y 10 del decreto 1800 de 2010. Para comenzar, se clarifica que los artículos 3, 7, 9 y 10 del mencionado decreto prohíben a los periodistas y medios de comunicación publicar información sobre resultados electorales y orden público sin contrastarla con la información oficial. Además, se le obliga a los servicios de telecomunicaciones a darle prioridad “a los mensajes emitidos por las autoridades electorales” y a no publicar encuestas. De lo anterior, se evidencia que se les está prohibiendo a los periodistas publicar información proveniente de otras fuentes de información, como lo pueden ser los testigos o jurados electorales, observadores electorales nacionales o internacionales, ciudadanos, etc, así como publicar encuestas y resultados electorales e información de orden público que no verifique previamente la fuente oficial. En este orden de ideas, por ejemplo, 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.

De lo anterior, se evidencia que se perjudica enormemente la libertad de expresión, la libertad de prensa y la libertad de información de los periodistas y de la ciudadanía. 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 presidenciales.

Estos perjuicios que se configurarían en cabeza tanto de los periodistas como de la ciudadanía son irremediables en la medida que no hay medio alguno mediante el que se pueda retrotraer las consecuencias. Si el día de las elecciones, tanto en primera como en segunda vuelta, los periodistas no pueden publicar información y por lo tanto la ciudadanía no está debidamente informada, ¿cómo se pueden remediar ese perjuicio? En unos días tan importantes, en los cuales la sociedad define quién va a ser el mandatario del poder ejecutivo por los próximos 4 años y no se cuenta con la información necesaria para poder llevar a cabo las elecciones de la manera más correcta y legal, ¿cómo es posible retrotraer los efectos de esta posible desinformación? ¿Cómo volver el tiempo para que en este día sí haya información veraz e imparcial disponible al público? ¿Cómo volver el tiempo para que se garantice la protección especial a la libertad e independencia profesional de los periodistas?

Se evidencia que se configuraría un perjuicio irremediable y grave tanto para los periodistas que cubren las elecciones presidenciales en primera y segunda vuelta, como también para la ciudadanía que debe ejercer su derecho al voto, para lo cual la información que le sea suministrada respecto de resultados electorales, encuestas y orden público, es definitiva.

Es importante recordar que el decreto 1800 está vigente tanto para la primera como para la segunda vuelta, por lo tanto, aunque la sentencia de la presente tutela no alcance a ejecutoriarse antes del 30 de mayo del presente año, el perjuicio irremediable se configurará de nuevo el 20 de junio, día en que se realiza la

⁶ Corte Constitucional. Sentencia T-823/99.

segunda vuelta. En virtud de lo anterior, la acción de tutela continuaría siendo procedente por ser aplicable también a la segunda vuelta.

III. Argumentos de derecho

Antes que nada, nos permitimos aclarar que somos conscientes de la necesidad y pertinencia de fijar normas para la conservación del orden público durante los periodos electorales. Encontramos que su motivación es indispensable para garantizar el libre ejercicio al derecho al voto de los ciudadanos. Sin embargo, los aquí firmantes, quisiéramos hacerle algunas observaciones sobre ese decreto que a nuestro parecer limitó desproporcionadamente, en algunos artículos, la libertad de expresión y el derecho al acceso a la información de los ciudadanos.

De acuerdo con lo ya expuesto, consideramos inconstitucionales los apartes transcritos de los artículos 3, 7, 9 y 10 del decreto 1800 de 2010 y con el fin de mostrar la inconstitucionalidad de esas disposiciones, realizaremos nuestro estudio en varios pasos. En primer lugar, comenzaremos por precisar el marco normativo, es decir, las disposiciones constitucionales e internacionales que regulan la libertad de expresión y el derecho de acceso a la información, así como la posibilidad de restringir su ejercicio. Mostraremos entonces, que las normas señaladas implican restricciones a la libertad de expresión, por lo cual la pregunta que surge es si dichas limitaciones son constitucionalmente admisibles o por el contrario equivalen a una violación de tales libertades. Por ello, en un segundo punto estudiaremos los requisitos tanto formales como materiales que deben reunirse para que una limitación o restricción de un derecho fundamental, como la libertad de expresión, sean legítimas. En tercer lugar, mostraremos que el decreto incurre en vicios formales pues desconoce la reserva de ley estatutaria y no motiva ni justifica apropiadamente la restricción. Posteriormente, en cuarto lugar, examinaremos que dichas restricciones son también inconstitucionales por desconocer el principio de proporcionalidad, que debe ser siempre respetado por la ley o por la autoridad administrativa cuando limita un derecho constitucional.

1. Marco Normativo: disposiciones constitucionales y de tratados internacionales de derechos humanos sobre libertad de expresión

1.1 La Constitución Política: Consagración de Derechos Fundamentales con límites

Como punto de partida, nos parece conveniente resaltar la naturaleza fundamental de la libertad de expresión y del derecho de acceso a la información que, juntos, componen las dos manifestaciones principales de la libertad de información que está en discusión en el presente asunto. Tanto la libertad de expresión como el derecho de acceso a la información, son derechos fundamentales cuyo ejercicio goza de protección jurídica y a la vez implica obligaciones y responsabilidades. Se trata pues de dos derechos que no son absolutos, que contienen deberes y cargas que condicionan su realización. Para el efecto, la sentencia T-512/92, con ponencia del magistrado José Gregorio Hernández, contiene un análisis detallado de la libertad informativa y sus manifestaciones, que a su vez es retomada por muchas decisiones constitucionales posteriores, entre las cuales se encuentran la T-512/92, T-603/92, C-033/93, T-332/93, T-369/93, C-488/93, C-350/97, T-094/00.

Los bienes constitucionalmente protegidos en la libertad informativa, son la facultad de comunicar y de recibir, sin interferencias arbitrarias, información contenida en el pensamiento propio y en diversos medios, para poder así contribuir con un debate de ideas libre, vigoroso, equilibrado y generoso. Se trata pues de un derecho esencial en una democracia, pero complejo en sus límites y en constante colisión con otros derechos fundamentales. Y es de vital importancia reconocer 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.

Es importante evocar los mandatos de la Constitución Política de 1991 que se podrían ver potencialmente afectados por la expedición del decreto 1800 de 2010 y los decretos que contengan restricciones similares. Según el artículo 20 de la Carta:

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

Estos son libres y tienen responsabilidad social. Se garantiza el derecho a la rectificación en condiciones de equidad. **No habrá censura**” (Resaltado por fuera del texto).

Como vemos, los artículos 7 y 9 del decreto implican una restricción y violación potencial de la libertad de información pues no permiten que los medios de comunicación o los periodistas puedan transmitir información relacionada con resultados electorales y orden público el día de las elecciones, diferente a la confirmada por una autoridad. Y por otro lado, porque el artículo 10 obliga a dar prelación a la información emitida por las autoridades electorales, sobre la de otras fuentes. La disposición constitucional es clara al garantizar la libertad, en este caso de los periodistas a expresarse, y de los ciudadanos de recibir información imparcial. Cuando el Estado obliga a que “solo”, “únicamente” o se dé “prelación” a una determinada información, en este caso la oficial, sobre otras, se está condicionando el trabajo informativo de los medios y en esa medida los podría estar censurando previamente. En reiteradas oportunidades la Corte Constitucional ha dicho que la censura previa es violatoria de la Constitución.

En segundo lugar, las disposiciones mencionadas del decreto nacional también restringen el artículo 73 CP según el cual “(l)a actividad periodística gozará de protección para garantizar su libertad e **independencia profesional**” (Resaltado por fuera del texto). Esta disposición se ve afectada en la medida que no se le está garantizando esta protección especial a los reporteros durante el día de elecciones. Los artículos 7, 9 y 10 del mencionado decreto limitan la independencia profesional del periodista, ya que se le está imponiendo al reportero qué información puede publicar, a quién debe consultar y a cuál información le tiene que dar prelación sobre la otra.

1.2 Los tratados internacionales y el bloque de constitucionalidad: La consagración de derechos fundamentales que deben ser garantizados

Es menester también referirse a los tratados internacionales que se podrían estar vulnerando con este decreto del gobierno nacional pues contienen obligaciones asumidas por el Estado colombiano que comprometen tanto su responsabilidad internacional como nacional. Dado que son varios los textos que se ven amenazados, se procede a mencionar algunos de ellos, los más importantes:

1. Declaración Universal de los Derechos Humanos, Artículo 19: Adoptada y proclamada por la Resolución de la Asamblea General 217 A (iii) del 10 de diciembre de 1948.
2. Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, Artículo 19: ratificado por la República de Colombia mediante Ley 74 de 1968.



3. Declaración Americana de los derechos y deberes del hombre, Artículo IV: Aprobado en la Novena Conferencia Internacional Americana Bogotá, Colombia, 1948.
4. Convención Americana Sobre Derechos Humanos, Artículo 13: ratificada por la República de Colombia mediante Ley 16 de 1972.

En general, todos estos instrumentos de derecho internacional ratificados por Colombia, protegen y garantizan la libertad de expresión y el libre acceso a la información. Teniendo en cuenta que las restricciones impuestas por el Decreto 1800 de 2010 y los que contengan restricciones similares, condicionan la transmisión de cierta información y prohíben, a su vez, la publicación de otra, se observa claramente estas normas reglamentarias limitan el contenido *prima facie* o constitucionalmente protegido de la libertad de información, por lo cual podrían ir en contravía no sólo de la normativa constitucional mencionada previamente, sino violando además el bloque de constitucionalidad consagrado en el artículo 93 de la Constitución Política. Ciertamente, con el Decreto 1800 de 2010 se compromete seriamente al Estado colombiano en el cumplimiento de sus obligaciones internacionales y se desconoce el enunciado constitucional de oro por virtud del cual “los derechos y deberes consagrados en esta Carta, se interpretarán de conformidad con los tratados internacionales sobre derechos humanos ratificados por Colombia (CP art 93)”

La normativa internacional es de obligatorio cumplimiento para el Estado colombiano, no sólo en las reglas enunciadas en los tratados mencionados en el párrafo precedente sino en las interpretaciones que los jueces, comisionados y relatores de los organismos multilaterales encargados de verificar e impulsar su cumplimiento, hagan sobre su contenido. En este campo, son múltiples las oportunidades en las que ha habido pronunciamientos de esta índole. Bástenos citar dos casos, el uno resaltado en jurisprudencia reciente de la Corte Interamericana de Derechos Humanos y el otro contenido en la Declaración Conjunta sobre Medios de Comunicación y Elecciones en la cual se pronunciaron los relatores para la libertad de expresión de la ONU, la OSCE, la OEA y la Comisión Africana.

En efecto, el 15 de mayo de 2009, los cuatro relatores emitieron la mencionada declaración en la que destacan la importancia del debate abierto y vigoroso, del acceso a la información y a los procesos electorales, y el rol fundamental de los medios de comunicación para plantear temas electorales e informar a la ciudadanía. Pero indican que sólo los medios de comunicación diversos e independientes, incluyendo las emisoras de servicio público independientes del poder político, pueden cumplir este papel. Así, los relatores instan a los Estados a implementar medidas para la creación de un ambiente que garantice la pluralidad de los medios de comunicación y a derogar las leyes que restrinjan indebidamente la libertad de expresión, entre otras reglas fortalecedoras de la democracia y el equilibrio informativo, en el contexto electoral.

El referente jurisprudencial internacional que queremos resaltar, proviene de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en el caso *Canese vs. Paraguay*, del 31 de agosto de 2004, donde se analizó la estrecha relación entre la libertad de pensamiento y de expresión, y la sociedad democrática. Al respecto, mencionó la Corte que “la libertad de expresión es un elemento fundamental sobre el cual se basa la existencia de una sociedad democrática. Es indispensable para la formación de la opinión pública. Es también *conditio sine qua non* para que los partidos políticos, los sindicatos, las sociedades científicas y culturales, y en general, quienes deseen influir sobre la colectividad puedan desarrollarse plenamente. Es, en fin, condición para que la comunidad, a la hora de ejercer sus opciones esté suficientemente informada. Por ende, es posible afirmar que una sociedad que no está bien informada no es plenamente libre”.

Es más, en punto de la libertad informativa y el contexto electoral, dicho tribunal ha subrayado en la mencionada sentencia, la importancia de la garantía del ejercicio de la libertad de expresión por parte de los medios de comunicación durante los procesos electorales. En términos generales, la Corte Interamericana ha insistido en que la libertad de prensa independiente, y no las fuentes oficiales, es uno de los mejores medios para que la opinión pública conozca y juzgue las actitudes e ideas de los dirigentes políticos; y ha

explicado que, en un contexto electoral, los diarios juegan un papel esencial como vehículos para el ejercicio de la dimensión social de la libertad de expresión, pues recogen y transmiten a los electores las posturas de los candidatos en contienda, lo cual contribuye a que el electorado cuente con suficiente información y distintos criterios para tomar una decisión en todo momento.

Del marco normativo nacional e internacional descrito en el acápite anterior, se colige *prima facie* que los artículos 3, 7, 9 y 10 del Decreto 1800 de 2010 impiden la difusión de la información necesaria para que la ciudadanía tome decisiones importantes en tiempos electorales y afecta la independencia y libertad del periodista porque incide en su facultad de selección de las fuentes y edición del contenido informativo que desea transmitir, lo que afecta su independencia y autonomía. Ahora bien, en la medida en que la libertad de información es un derecho fundamental limitable, la obvia pregunta que surge es la siguiente: ¿es esta limitación admisible en el Estado social de derecho colombiano? Para responder a esta pregunta comenzaremos pro recordar los requisitos tanto formales como materiales que debe reunir una limitación de un derecho fundamental para ser constitucionalmente admisible, para luego mostrar que esos artículos desconocen tanto los límites formales como materiales

2. Los requisitos formales y materiales de cualquier limitación o restricción a la libertad de prensa y a la libertad informativa

Partiendo del punto anterior, en el cual se reconoce la libertad de expresión como un derecho objeto de posibles limitaciones, es importante conocer cuáles han sido las condiciones que la jurisprudencia constitucional ha establecido para poder limitarlo.

Como punto de partida, la Corte Constitucional ha afirmado reiterativamente que “toda limitación ... de la libertad de expresión en cualquiera de sus manifestaciones (libertad de expresión en sentido estricto, libertad de información o libertad de prensa) ha de presumirse, en principio, **constitucionalmente sospechosa**, como una invasión del derecho protegido”⁷ (Resaltado por fuera del texto). Por lo tanto, las limitaciones a la libertad de expresión, libertad de prensa, y libertad de información deberán cumplir tanto con ciertas condiciones formales como materiales, según reiterada jurisprudencia de la Corte Constitucional.

En primer lugar, por tratarse de un derecho fundamental, conforme al artículo 152 de la Carta, las **limitaciones deben estar formuladas precisa y taxativamente en una Ley de la República**. La jurisprudencia constitucional ha sido reiterativa al recordar este imperativo constitucional, como se observa a continuación:

“La regulación de aspectos inherentes al ejercicio mismo de los **derechos** y primordialmente la que signifique consagración **de límites, restricciones, excepciones y prohibiciones**, en cuya virtud se afecte el núcleo esencial de los mismos, únicamente procede, en términos constitucionales, mediante el trámite de ley estatutaria”⁸ (Resaltado por fuera del texto).

En segundo lugar, la autoridad administrativa que concrete la restricción prevista en la norma abstracta tiene la carga de i) definir el fin imperioso que busca con la restricción, ii) argumentar que se derrotaron las presunciones constitucionales que amparan la libertad de expresión, y ii) probar que la restricción tiene bases objetivas sólidas.

En tercer lugar, desde el punto de vista sustantivo, cualquier limitación de la libertad de información o de prensa debe respetar el principio de proporcionalidad y está sometida a un control de constitucionalidad

⁷ Corte Constitucional. Sentencia T-391/07. M. P.: Manuel José Cepeda Espinosa

⁸ Corte Constitucional. Sentencia C-425/94. M.P.: José Gregorio Hernández.

estricto, por tratarse de una libertad preferente en el ordenamiento constitucional colombiano. Como lo ha dicho la Corte Constitucional, “si bien la Carta protege de manera especial la libertad de prensa, es posible que se establezcan restricciones a la misma a fin de asegurar la convivencia de este derecho con otros bienes constitucionales. Sin embargo, es obvio que esas restricciones tienen a su vez límites estrictos, pues la libertad de expresión es un derecho fundamental, que ocupa un lugar preferente en nuestro ordenamiento constitucional”⁹.

Esta exigencia de cualquier limitación a la libertad de información debe ser proporcionada y estar sometida a un control constitucional estricto, lo que tiene varias consecuencias: implica que exigencia no debe fundarse en motivos nimios sino que debe perseguir finalidades imperiosas. Al respecto, la Corte Constitucional ha sostenido que es necesario que:

“los intereses que justificarían la limitación sean celosamente respetuosos del principio de legalidad y de la definición concreta y específica de los fines imperiosos de orden público y seguridad que es necesario alcanzar. Además, el concepto de seguridad a precisar, especificar y concretar ha de ser compatible con la democracia abierta y pluralista, no con un concepto autoritario de seguridad... [Asimismo, esta Corporación] **declaró inconstitucional que en aras de un concepto abstracto e indeterminado de seguridad nacional se autorizara limitar los derechos fundamentales**”¹⁰ (Resaltado por fuera del texto).

Pero no sólo basta que los propósitos perseguidos sean legítimos e imperiosos; además la limitación a la libertad de información debe ser un medio i) idóneo o útil, ii) necesario y iii) estrictamente proporcionado para alcanzar dichos propósitos.

En los puntos posteriores mostraremos que las normas señaladas del decreto no respetan ni los requisitos formales ni los requisitos materiales que harían legítimas esas restricciones a la libertad de información

3. Vicios formales en la expedición del Decreto 1800 de 2010

3.1. Regulación y limitación de libertades y derechos fundamentales tiene que ser mediante una ley estatutaria del Congreso de la República

A sabiendas de que nos encontramos ante derechos que no son absolutos y que la libertad informativa debe ceder ante bienes superiores, pero sin olvidar la exigencia de que las limitaciones constitucionales a la libertad de expresión sean establecidas de manera expresa, taxativa y previa por la ley, consideramos que en el caso presente el Ministerio del Interior y de Justicia ha desconocido el procedimiento constitucional y ha recortado ilegítimamente este derecho fundamental, pues ha violentado la reserva estatutaria impuesta por el artículo 152 de la Constitución Política.

Estimamos que en el caso presente, existe doble razón para considerar que hubo violación a la reserva estatutaria. Por una parte, al tratarse la libertad de expresión y el derecho de acceso a la información de derechos fundamentales, la ley que regule dichas excepciones o limitaciones no puede ser de categoría ordinaria, sino que debe revestir unos requisitos adicionales que la conviertan en ley especial. Lo anterior, pues la regulación de derechos fundamentales como la libertad informativa, así como de sus “restricciones” debe tramitarse por una ley estatutaria que debe gozar de mayor protección por parte del legislador, a quien se le exige un quórum decisorio más estricto y un trámite específico, así como máxima intervención ciudadana y mayor control por parte del poder judicial, quien, representado por la Corte Constitucional,

⁹ Corte Constitucional. Sentencia C-010 de 2010, Fundamento 6.

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

debe realizar un control previo de la norma. Por otra parte, al referirse el contenido del decreto a varios temas que se relacionan con la función electoral, también debería estar cobijado su tratamiento por el ropaje de la reserva estatutaria. Se trata pues, de asuntos trascendentales para la democracia colombiana, a los que el constituyente les otorga una protección y un trámite especial que garanticen que su regulación no ha sido decidida de manera unívoca por el gobierno, sino que ha obedecido al debate plural de la sociedad democrática y al control constitucional previo.

Ciertamente, el artículo 152 de la Constitución Política establece que el Congreso, mediante *ley estatutaria*, y no a través de ley ordinaria, regulará los “[d]erechos y deberes fundamentales de las personas y los procedimientos y recursos para su protección”, así como “la organización y régimen de los partidos y movimientos políticos, estatuto de la oposición y funciones electorales” Estas dos reservas están consignadas en los literales a y c de la norma citada y han sido transgredidas por parte del decreto gubernamental en comento, que no es ley ni tiene el carácter estatutario.

Asimismo, la jurisprudencia de la Corte Constitucional ha sido reiterativa al recordar este imperativo constitucional, como se observa a continuación:

“La regulación de aspectos inherentes al ejercicio mismo de los derechos y primordialmente la que signifique consagración de límites, restricciones, excepciones y prohibiciones, en cuya virtud se afecte el núcleo esencial de los mismos, únicamente procede, en términos constitucionales, mediante el trámite de ley estatutaria”¹¹.

Precisamente, así lo ha reconocido el propio gobierno cuando ha buscado regular o limitar otras facetas del derecho a acceder a la información o a la expresión libre. Cuando en el pasado, se ha pretendido limitar o recortar la libertad informativa, ha existido el cuidado suficiente de incluir estas restricciones en leyes estatutarias, para poder así darle la discusión que tan delicada y trascendental materia merece, tanto en el Congreso como en los estrados judiciales. Es el caso del estatuto de los partidos políticos, sometido a control previo de constitucionalidad que consta en la sentencia C-089 de 1994, y de la ley estatutaria de garantías, también revisada por la Corte Constitucional en sentencia C-1153 de 2005. En ambas leyes estatutarias, se incluyen disposiciones que limitan el acceso a la información y la expresión libre, pues se regulan temas tales como el tiempo válido para presentar encuestas al público en contextos electorales o la garantía del equilibrio informativo a cargo de los medios de comunicación. En ambas ocasiones, por supuesto, los temas regulados cumplieron los requisitos establecidos por el artículo 152 de la Constitución Política y fueron plasmados en una ley estatutaria. ¿Por qué podría entonces el gobierno en esta ocasión, tratándose también de limitaciones a un derecho fundamental, tener patente de corso para incumplir las disposiciones de la carta fundamental?

En ese sentido el Ministerio y en general, cualquier entidad, diferente al Congreso de la República, es incompetente para limitar, regular o restringir cualquier derecho fundamental, como lo puede ser el derecho de expresión y el de acceso a la información. En consecuencia, el derecho constitucional de los ciudadanos a que las limitaciones al acceso a la información y a la libertad de expresión sean establecidas y contempladas mediante una ley estatutaria ha sido violentado, generando invalidez en la potestad reglamentaria empleada.

De acuerdo con lo anterior, es importante recordar que las limitaciones al derecho fundamental de expresión y de acceso a la información, fijadas por el gobierno nacional se impusieron mediante decreto, y se prevé que se realizarán de la misma manera para las elecciones presidenciales del próximo 30 de mayo. Lo anterior, se colige de la carta que el pasado viernes 12 de marzo de 2010 fuera enviada a la FLIP en respuesta a la preocupación manifestada en relación con la inconstitucionalidad manifiesta del artículo 9 del

¹¹ Corte Constitucional. Sentencia C-425/94. M.P.: José Gregorio Hernández.

decreto 1800 de 2010, en la cual se mencionó, como justificativo de la norma, que la fórmula prevista en dicha norma tenía un “precedente normativo desde 1994”.

Si bien esta disposición se viene usando desde 1994, ello no significa que ese decreto no se extralimite, represente el ejercicio inválido de la potestad reglamentaria y viole derechos fundamentales como efectivamente lo hace. En todo caso, e independiente de las razones por las cuales se haya hecho uso de este instrumento jurídico, se evidencia la inconstitucionalidad de apartes transcritos de los artículos 3, 7, 9 y 10 del decreto 1800 de 2010, por ser materia propia de reserva estatutaria aquella que tiende a restringir los derechos fundamentales de los periodistas y por tratarse de funciones electorales. Como en el caso presente, el recorte a la libertad fundamental no se apoya en ley calificada como estatutaria, no debería repetirse este modelo de norma para las elecciones presidenciales, pues viola de manera flagrante nuestra norma fundamental.

3.2 Incumplimiento de cargas impuestas por la presunción constitucional a favor de la libertad de expresión sobre las autoridades que pretendan limitarla

La jurisprudencia de la Corte Constitucional ha sostenido que cuando una autoridad pretende limitar la libertad de expresión, deben cumplir con tres cargas, a saber: i) carga definitoria, ii) carga argumentativa, y iii) carga probatoria.

Con respecto a la primera, se entiende que la autoridad tiene la obligación de decir cuál es la finalidad que se persigue por medio de la restricción. Esto quiere decir que se debe determinar claramente en la parte constitutiva de la norma, la fundamentación jurídica de la restricción. Al respecto la Corte Constitucional ha afirmado que:

“[a]sí, por ejemplo, no cumple esta carga la autoridad que, para justificar el establecimiento de una limitación sobre la libertad de expresión, invoca la moralidad pública **en abstracto**. La importancia de esta carga de definir las bases que se invocan para justificar cierta limitación de la libertad de expresión, reside en que cumple una función *antiintuitiva*, es decir, **busca evitar que el subjetivismo de la autoridad, en lugar de parámetros objetivos**, sea la base explícita o implícita del establecimiento de limitaciones sobre esta importante libertad constitucional”¹² (Resaltado por fuera del texto).

En el encabezamiento del Decreto 1800 de 2010, el Ministerio de Interior y de Justicia indica que se pretende preservar el orden público; sin embargo, se limita a invocarlo en términos abstractos y no presenta claramente cómo se realizaría este fin. Aunque este fin resulte legítimo, la autoridad no cumple con la obligación de definir cómo se lograrían en términos objetivos y reales este fin.

En segundo lugar, con respecto a la carga argumentativa la Corte Constitucional establece que la autoridad debe:

“plasmear, en el acto jurídico de limitación, los argumentos necesarios para demostrar fehacientemente que se han derrotado las distintas presunciones constitucionales que amparan la libertad de expresión, y que se ha cumplido con cada uno de los requisitos que deben reunir las limitaciones a dicha libertad”¹³.

¹² Corte Constitucional. Sentencia T-391/07. M. P.: Manuel José Cepeda Espinosa.

¹³ *Ibidem*.

La jurisprudencia ha entendido que dichos requisitos son: i) la limitación debe estar contenida precisa y taxativamente en una Ley de la República; ii) las limitaciones deben perseguir el logro de ciertas finalidades imperiosas definidas de manera concreta y específica; iii) las limitaciones deben ser necesarias para el logro de la finalidad que persiguen y proporcionadas; y iv) las limitaciones deben ser posteriores, y no pueden constituir censura. Estos puntos se estudiarán individualmente a lo largo del documento, ya que se examinarán los vicios del Decreto 1800, por un lado, de forma y por otro lado, materiales.

Y finalmente, cuando se pretenda limitar la libertad de expresión, la autoridad también deberá asumir la carga probatoria por lo cual deberá asegurarse:

“de que los elementos fácticos, técnicos o científicos que sustentan su decisión de limitar la libertad de expresión **cuenten con una base sólida en evidencias que den suficiente certeza sobre su veracidad**. Por ejemplo, cuando se invoca como justificación para limitar la expresión la posible generación de impactos psicológicos o sociales nocivos, **éstos impactos han de estar sólidamente demostrados con evidencias científicas y técnicas que comprueben su objetividad** y provean, así, un sustento a las decisiones que se adoptarán”¹⁴ (Resaltado por fuera del texto).

En el caso que nos ocupa, el Ministerio del Interior y de Justicia no aporta pruebas objetivas ni científicas sobre la efectividad que van a tener las medidas tomadas, es decir no se prueba que las limitaciones van a preservar efectivamente el orden público. Tampoco se puede establecer, que efectivamente, se va a ver visto perturbado el orden público en caso que la información de orden público o de resultados electorales publicada el día de elecciones, no sea confirmada con las fuentes oficiales.

De lo anterior y con el resto de presente documento, se evidencia que el Ministerio de Interior y de Justicia no cumplió con ninguna de las tres cargas que le impone la jurisprudencia constitucional con el fin de realizar una limitación legítima a la libertad de expresión.

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

En el marco del análisis sustantivo debemos tener en cuenta dos nociones importantes, cuales son la censura previa y el juicio de proporcionalidad.

En relación con la censura, previa, 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, en lugar de previamente, pues de lo contrario, constituirían censura.¹⁵

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 ulteriores”. 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.

Con respecto a la censura, la jurisprudencia de la Corte Constitucional la ha definido de la siguiente manera:

¹⁴ Ibidem.

¹⁵ Ibidem.

“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”¹⁶.

Se diferencian de la censura, las responsabilidades ulteriores que se pueden desprender de una extralimitación del ejercicio de la libertad de expresión. Al respecto la Corte Constitución 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”¹⁷.

De los dos apartes transcritos se concluye que no es constitucional que se impongan medidas que previamente no permitan la publicación de cierta información, y por el contrario, si se permitiría publicar cualquier información so pena de que pueda haber responsabilidades ulteriores como sanciones.

Por otra parte, 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”¹⁸. (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.

4.1 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, entendiendo 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

¹⁶ Ibidem.

¹⁷ Ibidem.

¹⁸ Corte Constitucional. Sentencia C-584/97. M.P.: Eduardo Cifuentes Muñoz.



orden público, entonces, implica la liberación del hombre, porque le asegura la eficacia de sus derechos, al impedir que otros abusen de los suyos”¹⁹.

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”²⁰.

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 disturbios o afectaciones al orden público. 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, preserva el 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 de 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 y 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”²¹ (Resaltado por fuera del texto).

¹⁹ Corte Constitucional. Sentencia C-045/96. M.P.: Vladimiro Naranjo Mesa.

²⁰ Corte Constitucional, Sentencia C-010-2000, ponencia de Carlos Gaviria Díaz

²¹ Corte Constitucional. Sentencia T-484/94. M.P.: Jorge Arango Mejía.

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.

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.

4.2 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”²².

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 con 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. 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 anteriormente, 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.

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

²² 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.

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”²³.

Seguidamente, debemos referenciar ocasiones previas en las 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 primero²⁴.” 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 detallado del estudio de proporcionalidad 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 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,

²³ Corte Constitucional. Sentencia T-391/07. M. P.: Manuel José Cepeda Espinosa.

²⁴ Sentencia C-010-2000, ponencia de Carlos Gaviria Díaz

tanto mayor tiene que ser la importancia de la satisfacción del otro”²⁵. 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 mensajes emitidos por las autoridades electorales”. De lo anterior, se evidencia que se le 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**”²⁶(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 presente 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 pánicos que podrían generarse por información errada o mal publicada que no provenga de fuentes oficiales. Por lo menos, esta es la eventualidad hipotética que podemos imaginar, 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.

²⁵ 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

²⁶ 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.



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] 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”²⁷. 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 si 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, inútiles e innecesarios a los que se verían avocados la sociedad y la democracia colombiana con una norma ilegítima e

²⁷ El Espectador, 17 de abril de 2010, <http://www.elespectador.com/impreso/bogota/articuloimpreso198701-conjura-de-los-necios>

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.

Teniendo en cuenta todos los argumentos expuestos en la presente tutela, se le solicita respetuosamente al Tribunal Contencioso de Cundinamarca garantizar la libertad de expresión, de prensa y de la información de los periodistas que cubran las elecciones presidenciales, tanto en primera como en segunda vuelta, así como también de la ciudadanía la cual se va a ver privada de acceder a la información en un día tan importante como los comicios para elegir presidente de la República.

IV. Pruebas

1. La carta enviada por la FLIP al Ministerio del Interior y de Justicia el día 10 de marzo de 2010.
2. La respuesta dada por el Ministro de Interior y de Justicia recibida en la FLIP el 15 de marzo de 2010.
3. La carta enviada el pasado 7 de mayo de 2010 por el Centro de Estudios de Derecho, Justicia y Sociedad – DeJusticia, la Misión de Observación Electoral – MOE, Medios para la Paz y la Fundación para la Libertad de Prensa – FLIP, al Ministerio del Interior y de Justicia.
4. El derecho de petición presentado por la FLIP el 30 de abril de 2010 (Rad. 031882), al Ministro del Interior y de Justicia.
5. La respuesta del Ministerio del Interior y de Justicia al derecho de petición presentado por la FLIP, del 10 de Mayo de 2010.
6. Decreto 1800 de 2010.
7. Certificado de existencia y representación legal del Centro de Estudios de Derecho, Justicia y Sociedad – DeJusticia.
8. Certificado de existencia y representación legal de la Misión de Observación Electoral – MOE.
9. Certificado de existencia y representación legal de Medios para la Paz
10. Certificado de existencia y representación legal de la Fundación para la Libertad de Prensa – FLIP.
11. Poder Otorgado el 28 de Mayo de 2010 por Alejandra Barrios, Representante Legal de la Corporación Misión de Observación Electoral-MOE a Andres Morales, como Apoderado Judicial.

V. Fundamentos de derecho

Fundamento la presente acción en los artículos 20, 73, 74 y 86 de la Constitución Política, el Decreto Ley 2591 de 1991, el Decreto 306 de 1992, el Decreto 1382 de 2000, el artículo 25 del Código Contencioso Administrativo. Así como en las demás normas que se relacionen con la acción de tutela y el derecho de petición.

VI. Competencia

Es competente para conocer de la presente acción de tutela, el TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CUNDINAMARCA, de conformidad con lo previsto en el artículo 1º del Decreto 1382 de 2000.

VII. Procedimiento

El consagrado en el Decretos 2591 de 1991, el Decreto 306 de 1992 y el Decreto 1382 de 2000, así como en las demás normas que se relacionen con la acción de tutela.

VIII. Declaración Jurada

Bajo la gravedad del juramento manifiesto que no se ha interpuesto otra acción de tutela sobre los mismos hechos invocados en esta demanda.



IX. Petición

En concordancia con todo lo expuesto anteriormente, respetuosamente se le solicita al Tribunal Administrativo de Cundinamarca TUTELAR los derechos fundamentales de libertad de expresión, de prensa y de información consagrados en los artículos 20 de la Constitución Política, así como también garantizar la protección constitucional especial de los periodistas, consagrada en el artículo 73 de la Carta. En virtud de lo anterior, se solicita respetuosamente dar aplicación al artículo 7 del decreto 2591 de 1991 y DEJAR 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”.

X. 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,

Rodrigo Uprimny
Ciudadano y Representante Legal
Centro de Estudios de Derecho
Justicia y Sociedad - DeJusticia

Andrés Morales
Periodista y Representante Legal
Fundación para la Libertad de
Prensa - FLIP

Andres Morales
Ciudadano y Apoderado Judicial
Misión de Observación Electora-
MOE

Marisol Manrique
Periodista y Representante Legal
Medios para la Paz

Nora Sanín de Saffón
Ciudadana y Representante Legal
Andiarios