

Sentencia C-102/18

DEMANDA DE INCONSTITUCIONALIDAD CONTRA RESOLUCION DEL CNE-Competencia de la Corte Constitucional

CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD-Competencias especiales o atípicas

CORTE CONSTITUCIONAL-Competencia para decidir demandas de inconstitucionalidad/CONTROL CONSTITUCIONAL-Alcance de la competencia de la Corte Constitucional

CONSEJO DE ESTADO-Competencia residual en el control constitucional

La competencia del Consejo de Estado para actuar como juez abstracto de constitucionalidad tiene carácter residual, en la medida en que su intervención está supeditada a aquellos casos en que el control, tanto desde una perspectiva formal como material, no le corresponda a la Corte Constitucional, como guardián e interprete supremo de Constitución (CP art. 241). Por ello, aun cuando se ha admitido que en Colombia existe un control difuso funcional, al mismo tiempo se ha dicho que dentro de ese diseño institucional, la Corte “tiene la más amplia competencia sobre el control abstracto de constitucionalidad”, ya que la actuación del tribunal supremo de lo contencioso administrativo tan solo se proyecta sobre aquellas materias cuyo reparto es ajeno al ámbito competencial de esta Corporación.

PLEBISCITO-Objeto

El plebiscito tiene por objeto que el pueblo avale o rechace una pregunta formulada por el poder ejecutivo central, de carácter general, relacionada con la toma de una decisión a su cargo, propia de la órbita de sus competencias, sin que ello produzca efectos de carácter normativo y sobre la base de que el resultado es vinculante para el Gobierno

PLEBISCITO-Control a su ejercicio/PLEBISCITO-Asuntos sobre los que al Presidente de la República no le está dado consultar al Pueblo a través de este mecanismo/PLEBISCITO-Requisitos/PLEBISCITO-Control de Constitucionalidad de la Corte Constitucional es exclusivo y excluyente/PLEBISCITO-Reglas jurisprudenciales

CONSEJO NACIONAL ELECTORAL-Facultades/CONSEJO NACIONAL ELECTORAL-Ámbito de la potestad reguladora

INHIBICION DE LA CORTE CONSTITUCIONAL-Sustracción de materia o carencia de objeto

NORMAS DEROGADAS QUE CONTINUAN PRODUCIENDO EFECTOS-Aplicación del principio de favorabilidad

DERECHO FUNDAMENTAL A LA LIBERTAD DE EXPRESION Y DE INFORMACION-Reiteración de jurisprudencia

LIBERTAD DE EXPRESION STRICTO SENSU-Definición

LIBERTAD DE EXPRESION E INFORMACION-Carácter preferente en la Constitución

DERECHO A LA LIBERTAD DE EXPRESION-Alcance

Entre los discursos protegidos por la libertad de expresión, se destacan aquellos que impactan en el desarrollo del sistema democrático o que se pronuncian sobre asuntos de interés público. Por esta vía se salvaguardan todas las manifestaciones relevantes para el desarrollo de la opinión pública, siempre que contribuyan a la formación de ciudadanos críticos y con capacidad de valorar el desarrollo de la actividad política. Su ejercicio conlleva, en todo caso, deberes y responsabilidades para quien se expresa, los cuales deben ser definidos con precisión en la ley o con sujeción a ella, sin perjuicio de la aplicación directa de los derechos fundamentales de terceros, como el buen nombre y la intimidad.

LIBERTAD DE EXPRESION E INFORMACION-Trato distinto y limitaciones

La libertad de información es un derecho conexo pero diferenciable de la libertad de expresión, ya que protege la comunicación de versiones sobre hechos, eventos, acontecimientos y en general todo tipo de situaciones, en aras de que el receptor se entere de lo que está ocurriendo. En esta libertad el interés de este último sujeto adquiere especial trascendencia, toda vez que el acceso a los datos son los que le permiten ejercer efectivamente su condición de ciudadano. Es importante resaltar que tanto la libertad de expresión como la libertad de información, además de soportarse en la autonomía de quien

se expresa, en distintas ocasiones requieren de una infraestructura material apta para captar y difundir ideas, opiniones, noticias o acontecimientos, más allá de que dicha condición tienda a estar generalmente vinculada con la última de las garantías en mención.

DERECHO A LA LIBERTAD DE INFORMACION-Contenido

DERECHO A LA LIBERTAD DE INFORMACION-Es de doble vía

LIBERTAD DE PRENSA-Contenido/LIBERTAD DE PRENSA-Carácter preferente en la Constitución

LIBERTAD DE PRENSA-Responsabilidad social de los medios de comunicación y sus limitaciones

LIBERTAD DE PRENSA-Limitaciones previstas en la Constitución política

TEST TRIPARTITO-Contenido

El test tripartido supone entonces que las limitaciones a las libertades de expresión, información y prensa, para ser constitucionales, deben cumplir con los siguientes requisitos: (i) su origen debe provenir de una ley, a partir de su consagración clara y precisa; (ii) las mismas tienen que perseguir el logro de ciertas finalidades imperiosas; y, (iii) en cuanto a su contenido, se exige que sean adecuadas, necesarias y proporcionales frente al objetivo propuesto.

LIBERTAD DE PRENSA-No es absoluta

CENSURA-Concepto/CENSURA-Prohibición

CENSURA PREVIA-Prohibición en la Constitución Política

CENSURA PROHIBIDA-Actos que cubija

CONTROL PREVIO DEL ACCESO A LA INFORMACION-Modalidades

Referencia: expediente D-12017

Asunto: Demanda de inconstitucionalidad contra los artículos 12, 17 literal c) y 21 literales a), c) y d) de la Resolución 1733 de 2016 del Consejo Nacional Electoral

Demandante:

Héctor Riveros Serrato

Magistrado Sustanciador:

LUIS GUILLERMO GUERRERO PÉREZ

Bogotá DC, veinticuatro (24) de octubre de dos mil dieciocho (2018)

La Sala Plena de la Corte Constitucional, en cumplimiento de sus atribuciones constitucionales y de los requisitos y trámites establecidos en el Decreto 2067 de 1991, ha proferido la siguiente

SENTENCIA

En ejercicio de la acción pública de inconstitucionalidad, el ciudadano Héctor Riveros Serrato cuestiona la exequibilidad de los artículos 12, 17 literal c) y 21 literales a), c) y d) de la Resolución 1733 de 2016 del Consejo Nacional Electoral (en adelante CNE), “Por la cual se regulan y reglamentan algunos temas concernientes al ‘plebiscito para la refrendación del acuerdo final para la terminación del conflicto y la construcción de una paz estable y duradera’, en los términos de la Ley 1806 del 24 de agosto de 2016 y la Sentencia C-379 de 2016”.

El asunto fue asumido a conocimiento de la Corte mediante Auto del 28 de abril de 2017[1].

En esta decisión igualmente se ordenó comunicar el inicio de este proceso a la Presidencia del Congreso de la República, al Ministerio del Interior, al Ministerio de Justicia y del Derecho y a la Secretaría Jurídica de la Presidencia, con el objeto de que, si lo consideraban oportuno, intervinieran en el presente juicio. De igual manera, se invitó a participar en el asunto de la referencia al Consejo Nacional Electoral, a la Registraduría Nacional del Estado Civil, a la Agencia Nacional de Televisión, a la Defensoría del Pueblo, a la Academia Colombiana de Jurisprudencia, al Centro de Estudios de Derecho, Justicia y Sociedad (DEJUSTICIA), a la Asociación Nacional de Medios de Comunicación (ASOMEDIOS), a la

Fundación para la Libertad de Prensa (FLIP), a la Asociación Colombiana de Editores de Diarios y Medios Informativos (ANDIARIOS), a los Departamentos de Comunicación Social y Periodismo de las Universidades Santo Tomás, Central, Jorge Tadeo Lozano, del Norte, Sergio Arboleda y Pontificia Universidad Javeriana; y a las Facultades de Derecho de las Universidades Externado de Colombia, Libre, Nacional de Colombia, Eafit de Medellín, del Atlántico, del Valle, Industrial de Santander, de Antioquía y del Rosario.

Con ocasión de la expedición del Decreto 889 de 2017, en Auto 305 del 21 de junio del año en cita, la Sala Plena de la Corte resolvió “(...) suspender los términos de los procesos de constitucionalidad enumerados en el fundamento jurídico sexto de [dicha] decisión, que hayan sido admitidos para trámite ante la Corte y en la etapa procesal en que actualmente se encuentren”. Esta decisión incluyó el proceso de la referencia, como se constata en el sistema de información de este Tribunal.

Con posterioridad, en Auto 258 de 2018[2], esta Corporación dispuso levantar la suspensión de términos que había sido decretada, continuando con las actuaciones pendientes, en el estado en el que ellas se encontraban. Más adelante, la Magistrada Diana Fajardo Rivera manifestó impedimento para conocer de este asunto por la causal de “tener interés en la decisión”[3], el cual fue aceptado en sesión plena del 20 de junio del año en cita, siendo separada del conocimiento de este proceso y el expediente asignado para efectos de sustanciación al magistrado que actúa como ponente.

Una vez cumplidos los trámites previstos en el artículo 242 del Texto Superior y en el Decreto 2067 de 1991, procede la Corte a resolver sobre la demanda de la referencia.

II. NORMAS DEMANDADAS

A continuación, se transcribe el texto de los preceptos demandados, conforme a su publicación en el Diario Oficial No. 49.983, en los que se subrayan los apartes cuestionados:

RESOLUCIÓN 1733 DE 2016

(31 de agosto)

Por la cual se regulan y reglamentan algunos temas concernientes al ‘plebiscito para la

refrendación del acuerdo final para la terminación del conflicto y la construcción de una paz estable y duradera', en los términos de la Ley 1806 del 24 de agosto de 2016 y la Sentencia C-379 de 2016.

EL CONSEJO NACIONAL ELECTORAL

En ejercicio de sus facultades constitucionales y legales, en especial de las conferidas por el artículo 265 de la Constitución Política, las leyes 134 de 1994, 1757 de 2015 y 1806 del 106 y demás normas aplicables. (...)

RESUELVE

(...)

“Artículo 12. Modificado por el artículo 1º de la Resolución 1999 de 2016. Pluralismo, equilibrio informativo e imparcialidad. Los concesionarios y operadores de televisión y radio, durante la campaña del plebiscito, deberán garantizar el pluralismo, el equilibrio informativo y la imparcialidad, así como la veracidad en el manejo de la información sobre las campañas por la opción del Sí y por la opción del NO.

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

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

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

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

a) Ordenar al medio de comunicación social correspondiente o a la empresa comercializadora de vallas, la suspensión o retiro inmediato de la propaganda de una campaña por la opción del Sí o por la opción del NO, que sea utilizada para propósitos

partidistas o de apoyo a candidaturas a cargos o corporaciones públicas de elección popular o con fines antidemocráticos, violencia o cualquier otra que busque desinformar al elector.

b) Ordenar al medio de comunicación social correspondiente, la suspensión inmediata de la difusión o publicación de la pieza de divulgación del acuerdo final a cargo del Gobierno Nacional, cuyo contenido invite a votar por alguna de las opciones.

c) Ordenar la rectificación cuando sea procedente.”

“Artículo 21. Modificado por el artículo 3º de la Resolución 1999 de 2016. De las encuestas. De conformidad con el artículo 20 de la Constitución Política, las encuestas que se realicen con ocasión del plebiscito deberán cumplir con los requisitos previstos en las Resoluciones 23 de 1996 y 50 de 1997 proferidas por esta Corporación.

Adicionalmente, se deberán observar las siguientes reglas:

a) La encuesta deberá ser remitida por el medio de comunicación a través del cual se divulga, al Consejo Nacional Electoral el día siguiente de la fecha de su publicación, acompañada de la información que permita establecer su trazabilidad. La ficha técnica debe especificar si la encuesta fue realizada por solicitud de alguno de los comités por la opción del SÍ o por la opción del NO o por un medio de comunicación. En la ficha técnica presentada por la firma encuestadora se incluirá el nombre de un profesional de estadística que acredite la idoneidad de la firma.

También se informará a esta corporación sobre los sondeos de opinión que con relación al plebiscito divulguen los medios de comunicación social, al día siguiente a su publicación;

b) El tamaño de la muestra deberá ser no menor a 1.000 encuestas;

c) Solo se podrán publicar y difundir encuestas hasta el martes anterior a la fecha de la votación del plebiscito especial;

d) Las inconsistencias graves de la información contenida en la ficha técnica darán lugar a una multa que oscilará entre veinticinco (25) y cuarenta (40) salarios mínimos legales mensuales vigentes, según la gravedad de la falta, o la suspensión o prohibición del

ejercicio de estas actividades. El medio de comunicación que publicó la encuesta será corresponsable y por consiguiente, se le aplicará la sanción pecuniaria en la misma cuantía y proporción que a la firma encuestadora;

e) Las firmas encuestadoras deberán reportar al Consejo Nacional Electoral certificación del valor del contrato y el pago del IVA del mismo, en virtud del cual se efectuó la encuesta.”

III. DEMANDA[4]

3.1. En cuanto al artículo 12, el actor considera que el deber de remitir un informe semanal al CNE por parte de los concesionarios y operadores de radio y televisión, para que tal entidad verifique el cumplimiento de los principios de pluralismo, equilibrio informativo, imparcialidad y veracidad, en el manejo de la información sobre las campañas por la opción del Sí y por la opción del NO, en las emisiones o publicaciones que se realicen en los citados medios de comunicación, respecto de la campaña del plebiscito para la refrendación del acuerdo final para la terminación del conflicto y la construcción de una paz estable y duradera (en adelante refrendación del acuerdo final), implica el otorgamiento de una competencia que no se deriva de las funciones que el artículo 265 del Texto Superior le asigna a dicha autoridad.

En efecto, en criterio del demandante, el CNE solo está autorizado por la Constitución para regular asuntos propios de la actividad electoral, siendo sus destinatarios los partidos y movimientos políticos, candidatos y/o comités que participen en elecciones o en mecanismos de participación ciudadana. De ahí que, en ninguna circunstancia, como se deriva del precepto demandado, tal autoridad puede tener competencia para reglamentar temas relacionados con los medios de comunicación y la información que ellos pueden divulgar o publicar.

En seguida, sostiene que la libertad de prensa únicamente se halla limitada a la obligación de presentar hechos ciertos e imparciales y a la garantía de los derechos a la intimidad y al buen nombre de las personas. Ello implica que cada medio de comunicación goza de plena autonomía para decidir cómo presenta cada noticia y cuál es el espacio que le otorga en su cubrimiento.

Para el actor, en la medida en que el artículo 12 le asigna al CNE la potestad de verificar la

observancia de los principios de veracidad, pluralismo, equilibrio informativo e imparcialidad en las emisiones que se hagan en los medios de comunicación respecto de la campaña del plebiscito, lo que en realidad está autorizando es que se supervise los tiempos y espacios que cada uno de ellos le da a las distintas campañas a favor o en contra de la aprobación del citado mecanismo de participación, interfiriendo en el núcleo esencial de la libertad de prensa, que se expresa en la discrecionalidad que tiene cada operador y concesionario de radio y televisión para definir el contenido noticioso que quiere difundir y las decisiones editoriales que está dispuesto a adoptar.

A continuación, alega que la competencia que se otorga al CNE para verificar el cumplimiento de lo establecido en la Resolución 1733 de 2016 constituye un ejemplo de censura, aun cuando el mismo se produzca con posterioridad a las emisiones o publicaciones que se hagan, “en tanto su principal objetivo es señalarle al medio de comunicación sus supuestos errores”[5] y a partir de allí direccionar la forma “cómo se debe presentar”[6] la información en futuras ocasiones. En criterio del accionante, la verificación que se prevé en la norma impugnada “es un riesgo a la libertad de expresión[,] en tanto podrá terminar siendo el CNE quien establezca los lineamientos de cómo presentar la información, a quienes se deben incluir o abrir espacios e incluso direccionar el relato de hechos relacionados con las campañas en el plebiscito”[7].

Por último, explica que en el caso de la hipótesis de responsabilidad ulterior respecto de la libertad de información, suponiendo que la norma cuestionada corresponde a dicha figura, para que ella sea válida debe cumplirse con tres requisitos: (i) establecerse mediante leyes redactadas de manera clara y precisa; (ii) estar orientadas al logro de los objetivos imperiosos como la protección de los derechos de los demás, la seguridad nacional, el orden público, la salud y la moral pública; y (iii) ser necesarias en una sociedad democrática para el logro de dichos fines. A juicio del accionante, estas exigencias no se cumplen en el asunto bajo examen, toda vez que (a) el acto en el que se consagran es una resolución; (b) los límites que refieren al equilibrio informativo y al pluralismo no tienen respaldo en la Constitución ni en la ley; (c) y las restricciones no responden al criterio de necesidad. Sobre este último punto, expresamente afirma que “[el] supuesto fin perseguido, el cual sería el de brindar al ciudadano una mayor información para el momento de decidir su voto, puede ser alcanzado por otros medios menos restrictivos a la libertad de prensa.”[8]

3.2. En lo que atañe al artículo 17, literal c), estima que la potestad que se otorga al CNE para, de oficio o a petición de parte, “ordenar la rectificación cuando sea procedente”, implica igualmente el otorgamiento de una función que no concuerda con aquellas que se encuentran a cargo de dicha autoridad en el artículo 265 del Texto Superior.

3.3. Finalmente, en lo que corresponde al artículo 21, el actor admite que el numeral 6 del artículo 265 de la Constitución, le asigna al CNE la atribución de velar por el cumplimiento de las disposiciones sobre encuestas de opinión política[10]. Sin embargo, en su criterio, tal función “no puede extenderse para regular asuntos propios de los medios de comunicación”[11], ni para limitar lo que se difunde o publica, y mucho menos, “para establecer responsabilidades por hechos de terceros”[12].

En línea con lo expuesto, en primer lugar, lo que inicialmente cuestiona es que las encuestas para los medios de comunicación son un hecho noticioso o informativo cuya divulgación hace parte de su autonomía editorial, por lo que la regulación sobre la materia, incluida en el artículo 21, al restringir el goce efectivo del derecho fundamental a la libertad de prensa, debió ser objeto de regulación por el legislador estatutario.

En segundo lugar, el accionante sostiene que la norma demandada confunde el hecho de contratar o publicar una encuesta con la actividad de realizarla. De allí que no pueda imponerse al medio de comunicación la obligación de enviar su contenido al CNE para establecer su trazabilidad, en tanto no son ellos quienes las realizan y tienen la capacidad técnica para cumplir con dicha obligación

En tercer lugar, señala que la competencia otorgada al CNE en la Constitución, hace referencia única y exclusivamente a la vigilancia sobre las empresas encuestadoras, sin que la misma pueda extenderse a los medios de comunicación. En este orden de ideas, afirma que la citada autoridad no goza de la atribución de fijar un límite para la divulgación o publicación de las encuestas, como se hace en el literal c), en donde se consagra que “solo se podrán publicar y difundir encuestas hasta el martes anterior a la fecha de la votación del plebiscito especial”, pues su potestad de intervención se circunscribe a lo establecido en el inciso 3 del artículo 28 de la Ley 996 de 2005, en el que se especifica que: “El Consejo Nacional Electoral ejercerá especial vigilancia sobre las entidades o personas que realicen esta actividad cuando se trate de encuestas políticas, electorales o sondeos de opinión,

para asegurar que las preguntas no sean formuladas de manera que induzcan una respuesta determinada y que las encuestas reúnan las condiciones técnicas señaladas por el Departamento Administrativo Nacional de Estadística, DANE"[13].

En cuarto lugar, objeta que el literal d) establezca que los medios de comunicación son responsables por las "inconsistencias graves" de los datos contenidos en la ficha técnica de las encuestas, ya que el término utilizado no permite identificar si el hecho que origina la sanción frente a un operador y concesionario de televisión y radio es únicamente la violación a lo previsto en la Resolución 1733 de 2016 o si también incluye "asuntos técnicos en la forma de realizar la encuesta y hacer los estudios estadísticos"[14], respecto de lo cual los medios carecen de un conocimiento específico, siendo irrazonable que sean llamados a responder.

Por último, el actor considera que el literal d) torna responsables, de forma solidaria, a los medios de comunicación en relación con la calidad de las encuestas que sean divulgadas, al punto que, como allí se determina, se les podrá aplicar "la sanción pecuniaria en la misma cuantía y proporción que la firma encuestadora". Para el demandante, la obligación que se deriva del precepto acusado va más allá del deber social de revisión e inspección del contenido que se publica, pues se entiende que las encuestas son hechas por empresas especializadas y con conocimiento técnico, de suerte que, para poder imponer una responsabilidad solidaria, como lo hace la Resolución, debe acreditarse que el medio actuó de mala fe y que incluso su intención fue la de "desinformar o manipular la veracidad de los hechos"[15].

3.4. Aun cuando el actor admite que las restricciones, deberes y obligaciones impuestas en las normas acusadas se debían cumplir antes del 2 de octubre de 2016, fecha en la que se realizó el plebiscito convocado para que los ciudadanos aprobaran o no el acuerdo final suscrito entre el Gobierno y las FARC, su vigencia no ha expirado, toda vez que sus efectos se extienden durante el término de caducidad de la capacidad sancionatoria que tendría el CNE.

En su criterio, dicha autoridad electoral "podría hoy o en el futuro iniciar un proceso sancionatorio contra algún medio (...) que hubiese omitido el cumplimiento de alguno de los deberes señalados en las normas demandadas e incluso imponer la sanción prevista por su

incumplimiento”[16]. Dado que no existe una disposición especial sobre la materia, el término de caducidad es el señalado en el artículo 52 del CPACA, conforme al cual: “(...) la facultad que tienen las autoridades para imponer sanciones caduca a los tres (3) años de ocurrido el hecho, la conducta u omisión que pudiere ocasionarlas (...)”.

IV. INTERVENCIONES

4.1. Intervención del Consejo Nacional Electoral

4.1.1. El apoderado designado por el Consejo Nacional Electoral solicita declarar la exequibilidad de las normas acusadas. Inicialmente destaca que la regulación impugnada se expidió con fundamento en lo previsto en el artículo 2.4 de la Ley 1806 de 2016, en el que se autorizó a la mencionada autoridad para regular el acceso de las campañas del plebiscito a los medios de comunicación, con el fin de garantizar condiciones de igualdad, equidad, proporcionalidad e imparcialidad[17].

La normatividad expedida también se enmarca en las materias que han sido reguladas por el derecho electoral colombiano, las cuales se aplican en el caso de los mecanismos de participación, entre ellos, el plebiscito por la paz, por vía de la remisión normativa. En particular, destaca lo dispuesto en los artículos 106 de la Ley 134 de 1994, 39 de la Ley 1757 de 2015 y 4 de la Ley 1806 de 2016. Cada uno de ellos, en el orden previamente señalado, establece lo siguiente:

“Artículo 106 de la Ley 134 de 1994[[18]]. Remisión a las normas electorales. A las elecciones previstas en esta ley se aplicarán las disposiciones electorales que no sean incompatibles con ella”[19].

“Artículo 39 de la Ley 1757 de 2015[[20]]. Remisión. Las reglas sobre publicidad, encuestas, escrutinios y reclamaciones vigentes en la normatividad electoral aplicarán a los mecanismos de participación ciudadana que requieren de votación popular”[21].

“Artículo 4 de la Ley 1806 de 2016. Remisión normativa. En lo no previsto en esta ley se aplicará lo dispuesto en las Leyes 134 de 1994, 1757 de 2015 y demás normas concordantes”.

Para el interviniente, la remisión señalada conduce a que el plebiscito por la paz no solo se

rija por su propia ley estatutaria, sino también por las otras leyes que regulan los mecanismos de participación y, a través de ellas, por la normatividad que regula los demás procesos electorales, siempre que no se incompatibles. Con sujeción a lo anterior, afirma que las Leyes 130 de 1994, 996 de 2005 y 1475 de 2011, son aplicables y disponen preceptos afines a los que son objeto de demanda[22].

4.1.2. Dentro de una explicación genérica que se realiza a la facultad normativa del CNE, el interviniente sostiene que la resolución cuestionada es un acto administrativo de contenido general, impersonal y abstracto, por cuanto prohíbe, permite y sanciona determinados comportamientos. Por lo demás, en lo que refiere a su expedición, señala que la Constitución y la Ley 1806 de 2016 son las que le otorgaron la competencia al CNE para regular las garantías que tendrían las campañas sobre el plebiscito en el acceso a los medios de comunicación, así como para expedir las normas necesarias que permitan asegurar las condiciones de igualdad, equidad, imparcialidad y proporcionalidad en el uso de la radio y la televisión.

4.1.3. Más adelante, el interviniente afirma que el acto demandado apunta a realizar los principios de pluralismo y tolerancia en los que se funda el sistema democrático. Por ello, en su criterio, al momento de desarrollar la autorización dada por la ley para regular a los medios de comunicación y a las campañas del plebiscito por el SÍ y por el NO, “resultaba imprescindible contar con mecanismos que garantizaran que las distintas opciones, visiones y criterios en torno con el acuerdo de paz tuvieran igual posibilidad de difusión, en tanto que sin esa garantía, los medios destinatarios de la norma, podrían limitarse a servir de caja de resonancia de la tendencia que ellos prefirieran y desconocer las demás, lo que hubiese ido en contra del ideal democrático (...). [P]or lo tanto, la reglamentación adoptada se [encuentra] (...) en abierta consonancia con el principio de una sociedad democrática, pluralista, tolerante e incluyente”[23].

Siguiendo lo expuesto, resalta que “una democracia real y no formal no es el mero ejercicio electoral de depositar [un] voto por una de las opciones posibles, además, debe procurarse que sea un voto informado, consciente de las implicaciones y [de la] trascendencia de la decisión que se adopta, para lo cual es menester que cada ciudadano tenga la posibilidad de íntimamente formar una conciencia u opinión propia, lo que solo es posible si tiene acceso a todas las campañas en contienda de tal manera que pueda conocer y sopesar los

distintos argumentos en que se fundan cada una de ellas (...). Es por ello que se hizo necesario (...) garantizar el pluralismo y equilibrio informativo de los medios de comunicación, dando igualdad de oportunidades (...) a quienes apoyaban las distintas opciones”[24].

En seguida expresa que la libertad de prensa no es un derecho absoluto y que el mismo puede ser regulado, con sujeción a la ley, tanto con miras a hacer efectivo el derecho que les asiste a los ciudadanos de recibir información veraz e imparcial, como en aras de desarrollar la responsabilidad social que le es inherente a los medios de comunicación. Es en este escenario en el que se desenvuelve la regulación que se cuestiona, cuya expedición se sustenta en que los operadores y concesionarios de radio y televisión deben garantizar el pluralismo, equilibrio informativo y veracidad de las campañas que apoyaban alguna de las opciones del plebiscito, a partir del deber que les asiste, en un sistema democrático, de dar igual cobertura a todas las alternativas, no solo desde una perspectiva cuantitativa sino también cualitativa, en donde un eje de intervención implicaba expedir reglas básicas en materia de encuestas[25].

Finalmente, la posibilidad de adoptar la medida cautelar de ordenar la rectificación de información falsa, imprecisa o parcializada, no es ajena al régimen de competencias del CNE, pues la misma se prevé en el artículo 13, numeral 6, de la Ley 1475 de 2011[26]. De no existir dicha alternativa, los electores se verían sometidos a la difusión de cualquier tipo de información, que podría afectar el voto consciente e informado, en perjuicio del régimen democrático.

4.2. Intervención de la Registraduría Nacional del Estado Civil

El Registrador Delegado en lo Electoral pide a esta Corporación que el asunto propuesto sea remitido por competencia al Consejo de Estado, toda vez que en ninguno de los numerales previstos en el artículo 241 del Texto Superior, se le otorga a la Corte la atribución para conocer de la constitucionalidad de las resoluciones expedidas por el Consejo Nacional Electoral. En su criterio, el acto cuestionado es propio del desarrollo de la función administrativa, por lo que el control que se activa en su contra es el de legalidad, a través de la acción de nulidad, cuyo juicio está a cargo de la Jurisdicción Contencioso Administrativa.

Si bien al CNE se le ha otorgado excepcionalmente la potestad de expedir normas con fuerza de ley, tal atribución se consagró de manera directa en la Constitución, a través del Acto Legislativo 01 de 2003, fuera de ello es claro que las resoluciones que expide, en ejercicio de las atribuciones consagradas en el artículo 265 del Texto Superior y conforme a lo previsto en las Leyes 134 de 1994, 1757 de 2015 y 1806 de 2013, son actos administrativos. Así lo advirtió el máximo tribunal de la justicia administrativa en sentencia del 19 de septiembre de 2011[27].

Para el interviniente, la Resolución cuestionada se expidió por la mencionada autoridad electoral en desarrollo de una ley estatutaria, en su condición de autoridad administrativa y dentro de la capacidad regulatoria que tiene para definir aspectos técnicos y operativos del proceso electoral (CP art. 265), por lo que su naturaleza es la propia de un acto administrativo, cuya legalidad por desconocer supuestamente la Constitución, como lo propone el actor, debe ser planteada ante el Consejo de Estado[28].

4.3. Intervención de la Defensoría del Pueblo

4.3.1 La Defensora Delegada para Asuntos Constitucionales y Legales solicita a la Corte declarar la inexecutable de las disposiciones acusadas. Al respecto, recuerda que las limitaciones a la libertad de expresión para ser compatibles con el sistema democrático requieren superar el denominado test tripartito, por lo que cualquier restricción debe (i) haber sido definida de manera precisa y clara a través de una ley formal o material; (ii) estar orientada al logro de objetivos imperiosos, como la protección de la seguridad nacional, el orden público, la salud o los derechos de los demás; y (iii) ser necesaria, idónea y proporcional en una sociedad democrática para alcanzar dichos fines. El cumplimiento de estas restricciones debe ser simultáneo y su demostración se encuentra a cargo de la autoridad que las impone.

Con sujeción a lo anterior, la Defensoría considera que la primera condición previamente expuesta no se cumple, pues las normas acusadas introducen un conjunto de limitaciones a la libertad de expresión que solo pudieron haber sido previstas por el legislador y no por una autoridad administrativa.

4.3.2. De forma puntual, frente al artículo 12, afirma que no existe precisión ni claridad en cuanto a la intervención del CNE para garantizar los principios de pluralismo y equilibrio

informativo en los operadores y concesionarios de radio y televisión, en primer lugar, porque no son asimilables los medios que tienen carácter público frente a los que actúan como particulares; en segundo lugar, porque “el pluralismo informativo hace referencia es a la inclusión de diferentes voces y posturas, en especial minoritarias o en difíciles condiciones de acceso a la libre expresión a través de [los] medios masivos, cuestión que difícilmente podría materializarse con el reparto igualitario de espacios y tiempos en radio y televisión privados, [frente] a quienes están en capacidad de pagar por estos servicios”[29]. En tercer lugar, porque al impactar el sector de las comunicaciones, la norma debió prever las responsabilidades compartidas que deben existir entre el Consejo Nacional Electoral junto con la Autoridad Nacional de Televisión y el Ministerio de Tecnologías de la Información y las Comunicaciones, como se señaló en el artículo 25 de la Ley 996 de 2005, al fijar la garantía del equilibrio informativo en las campañas presidenciales[30]. Y, por último, porque no se dispone el tiempo durante el cual el CNE velará por el pluralismo y equilibrio informativo en el proceso plebiscitario, ni las reglas de trámite para el ejercicio de esa función, ni las sanciones aplicables.

Por consiguiente, concluye que la medida prevista en el artículo 12, “resulta vaga y ambigua lo que desconoce la primera condición del test tripartito (...) que exige que la regulación que limita la libertad de expresión debe ser establecida en una norma jurídica adoptada por el órgano legislativo de manera previa, expresa, taxativa, clara y precisa. Además, resulta innecesaria y desproporcionada en la medida en que podrían adoptarse otras medidas menos lesivas para verificar la garantía del pluralismo y el equilibrio informativo de los medios de comunicación privados que reconozcan su diferenciación con los medios públicos y, en todo caso, impidan sanciones posteriores indeterminadas”[31].

4.3.3. En cuanto al artículo 17, la Defensoría señala que la atribución que le permite al Consejo Nacional Electoral ordenar la rectificación de información a los medios de comunicación es inconstitucional, por cuanto (i) configura una intervención a un derecho fundamental que tiene reserva estatutaria; (ii) su consagración es innecesaria, ya que las personas afectadas pueden acudir directamente a los operadores y concesionarios de radio y televisión, en caso de considerar que sus derechos a la honra, a la intimidad o al buen nombre han sido lesionados; y (iii) no se ajusta al criterio de proporcionalidad, al tratarse de una medida “que afecta sustancialmente la libertad de expresión sin que pueda justificarse este sacrificio en aras de brindar plenas garantías en el ámbito electoral”[32].

4.3.4. Por último, respecto del artículo 21, el interviniente sostiene que si bien las reglas especiales en materia de encuestas y sondeos de opinión durante el plebiscito, en principio, se enmarcan en la atribución del CNE de establecer las disposiciones en materia de publicidad y encuestas a la que se refiere el artículo 265 del Texto Superior, las mismas sobrepasan esa competencia al determinar aspectos esenciales de la libertad de expresión en materia de deberes y responsabilidades en cabeza de los medios de comunicación, cuya definición le compete al legislador. Por lo demás, no puede asimilarse el rol de las encuestadoras o firmas de opinión frente al papel que cumplen los operadores y concesionarios de radio y televisión que divulgan noticias, por lo que cualquier sanción debe tener en cuenta el grado de intervención del sujeto, la gravedad de la falta y el criterio de proporcionalidad.

4.4. Intervención de la Fundación para la Libertad de Prensa (FLIP)

4.4.1. El Director Ejecutivo y una asesora legal de la Fundación para la Libertad de Prensa solicita a la Corte declarar la inconstitucionalidad de los preceptos demandados. Inicialmente, se pronuncia sobre el artículo 12, en donde si bien considera que la veracidad y la imparcialidad son límites a la libertad de expresión, no cabe su examen a partir de criterios cuantitativos como el número de espacios o el tiempo de cubrimiento de cada campaña, ya que dichos conceptos deben ser valorados respecto del deber de verificación que tiene un periodista sobre los hechos incluidos en una información y sobre la obligación que le asiste de contrarrestarla con diferentes fuentes. Para el interviniente, “cualquier sanción que se imponga con base en la aplicación de criterios cuantitativos [por parte del CNE], constituiría una violación a la libertad de expresión”[33].

A lo anterior agrega que, por una parte, la norma desconoce la distinción entre opinión e información, por lo que no puede imponerse las cargas de veracidad e imparcialidad respecto de la primera, so pena de convertir al CNE en un veedor del debate público, competencia que no ha sido asignada a su cargo por la Constitución; y, por la otra, no es posible insistir en una igualdad cuantitativa entre espacios y tiempos para ambas campañas del plebiscito, pues ello “rompe con la autonomía editorial de los medios de comunicación, [característica] esencial de la libertad de expresión.”[34]

Aunado a lo expuesto considera que el artículo 12 es regresivo frente a la libertad en

menCIÓN, en la medida en que obliga, por igual, a todo tipo de medio de comunicaci3n. Para el interviniente, la regulaci3n debe diferenciar entre los medios que utilizan el espectro y aquellos que no, ya que en relaci3n con estos 3ltimos no cabe imponer las mismas cargas, al no hacer uso de un bien p3blico.

Tambi3n afirma que es cuestionable que una autoridad administrativa electoral est3 dotada de la capacidad de valorar la veracidad e imparcialidad de lo que se informa, primero, por el origen netamente pol3tico del 3rgano, y segundo, porque se trata de un asunto sometido al fuero de la jurisdicci3n constitucional, como manifestaci3n de protecci3n, salvaguarda y amparo de la libertad de informaci3n prevista en el art3culo 20 del Texto Superior[35].

4.4.2. En cuanto al art3culo 17, la FLIP expresa que el CNE no puede darse a s3 mismo la facultad de ordenar rectificaciones sin que exista una autorizaci3n legal para hacerlo, ello se explica por cuanto en una democracia una autoridad administrativa no puede tener el poder de establecer limitaciones a la libertad de expresi3n, sin que ellas cuenten con el aval del Congreso de la Rep3blica.

4.4.3. En lo que atañe el literal c), del art3culo 21, el interviniente señaala que la publicaci3n de una encuesta no puede ser un factor determinante para aplicar una sanci3n a un medio de comunicaci3n, sin constatar la existencia de dolo o mala fe en la divulgaci3n realizada. En este sentido, afirma que la consecuencia que se prev3 en la Resoluci3n frente a las inconsistencias graves que existan en las mediciones realizadas es desproporcionada, ya que los operadores y concesionarios de radio y televisi3n solo act3an como un canal para dar a conocer un hecho de inter3s a la opini3n p3blica, sin que las anomal3as que se presenten puedan extenderse en su contra, por la simple consideraci3n de haber pagado o contrato una encuesta.

4.5. Intervenci3n de la Asociaci3n Nacional de Medios de Comunicaci3n (ASOMEDIOS)

4.5.1. El Presidente Ejecutivo y representante legal de la Asociaci3n Nacional de Medios de Comunicaci3n (ASOMEDIOS) solicita a este Tribunal declarar la inexecutable de las normas demandadas. En primer lugar, frente al art3culo 12, afirma que no cabe exigir la sujeci3n de la libertad de informaci3n a los principios de pluralismo y equilibrio informativo, pues ella no acepta l3mites distintos a la veracidad e imparcialidad, como se dispone en el art3culo 20 del Texto Superior. Adem3s, el env3o del informe semanal de lo divulgado al CNE

es lesivo de la autonomía editorial de los medios, al mismo tiempo que se traduce en una modalidad censura.

Sobre este punto, el interviniente afirma que el esquema de reporte busca realizar una medición vinculada a la exposición mediática, la cual “cercena la libertad de los medios de escoger su contenido de forma libre, y de mantener una posición editorial coherente, en tanto [ellos] tendrán que darle minutos o espacios al aire a las diferentes campañas, obviando su posición editorial”[36]. Si bien se trata de un control posterior, el mismo genera un efecto invasivo y severo de autocensura, ya que impone al medio una revisión previa de sus contenidos, con el fin de no tener que estar sometido al control administrativo del CNE.

A lo anterior agrega que toda regulación que altere los elementos esenciales de la libertad de expresión debe ser expedida por el Congreso de la República, a través de una ley estatutaria, característica ajena a la naturaleza de las normas demandadas. De igual forma, expone que todo límite a la citada libertad debe corresponder a medidas específicas, excepcionales y sujetas al test de proporcionalidad, lo que no se cumple en el asunto bajo examen, pues se utilizan conceptos indeterminados como “equilibrio”, y se omite tener en cuenta que existen otras herramientas menos invasivas frente a la libertad de información, que la prevista a cargo del CNE, para controlar la cantidad de minutos y espacios que se otorgan en radio y en televisión a las campañas sobre el plebiscito.

4.5.2. En segundo lugar, en lo que respecta al artículo 17, se expone que la rectificación, al tratarse de un derecho constitucional, no puede ser regulado, ni sometido a la decisión de un ente administrativo, ya que cualquier actuación que se desarrolle sobre el particular requiere, por una parte, de la posibilidad del medio de ser objeto de una solicitud previa de corrección y, por la otra, de un ejercicio de ponderación de derechos que solo puede realizar el juez constitucional.

4.5.3. En tercer lugar, en relación con la normatividad que se incluye en el artículo 21 sobre las encuestas, el interviniente expresa que los límites que allí se señalan no son de competencia de un ente administrativo, sino que deben provenir del legislador. En línea con lo anterior, resalta que los medios pueden publicar y divulgar los resultados de los sondeos de opinión hasta el día anterior a la fecha de la respectiva elección o votación, como lo

disponen las Leyes 130 de 1994, 996 de 2005 y 1475 de 2011, excluyendo el caso de las elecciones presidenciales, fórmula que se debió mantener en el asunto sub-judice, a fin de preservar la libertad de información en un asunto de interés general.

Al final de la intervención se advierte que los medios no tienen experiencia en la realización de encuestas, por lo cual resulta ilógico responsabilizarlas por las inconsistencias que se presenten, de suerte que las multas que se imponen en su contra de forma solidaria se tornan en un mecanismo administrativo de censura que generan temor y coartan el uso de un instrumento dinamizador de las jornadas electorales.

4.6. Intervención de la Academia Colombiana de Jurisprudencia

El miembro designado por la Academia Colombiana de Jurisprudencia pide declarar la exequibilidad de los artículos 12 y 21 de la Resolución 1733 de 2016, por cuanto se trata del ejercicio de una potestad de regulación, en la que el CNE se circunscribe al desarrollo de lo previsto en los artículos 27 y 30 de la Ley 130 de 1994[37]. Por el contrario, en lo que se refiere al artículo 17, literal c), pide que sea expulsado del ordenamiento jurídico, toda vez que la rectificación no puede quedar sometida a un proceso no reglado, de talante administrativo, ya que se trata de un instrumento que impacta en las libertades de expresión y de prensa, que tienen el carácter de derechos fundamentales.

4.7. Intervención de la Universidad Libre

4.7.1. El Director y varios de los miembros del Observatorio de Intervención Ciudadana Constitucional de la Universidad libre solicitan a la Corte que se declare inhibida para proferir una decisión en este caso y, en su subsidio, que decrete la inconstitucionalidad de todas las disposiciones demandadas, con excepción del artículo 21, literal c).

En lo que corresponde a la primera solicitud, en el escrito de intervención, se afirma que la Corte tiene definidas sus competencias en el artículo 241 del Texto Superior, junto con las materias atípicas que han sido asumidas por vía de jurisprudencia. Estas últimas nacen “a partir de procedimientos complejos de reforma constitucional donde participan diferentes instituciones estatales, [que] (...) expiden actos de carácter general para [su] debida ejecución (...). Dentro de estas competencias no se evidencian los actos administrativos [de] ejecución y reglamentación del certamen electoral del plebiscito”, por lo que cualquier

cuestión de constitucionalidad que exista respecto de la Resolución 1733 de 2016, se enmarca en la competencia residual que la Carta le otorga al Consejo de Estado.

4.7.2. Frente a la segunda petición formulada, los intervinientes sostienen que el artículo 12 introduce limitaciones a la libertad de prensa, las cuales tan solo pueden ser adoptadas por el legislador, con el agravante de que el control que se impone puede convertirse en una herramienta de censura, al contar con la facultad de delimitar el tiempo de las emisiones y publicaciones de los medios de comunicación. También se cuestiona el artículo 17, con el argumento de que toda rectificación debe tener un procedimiento previo de corrección, como garantía del debido proceso de quien divulga una información.

Más adelante, en el examen del artículo 21, se considera que el literal a) es inconstitucional, toda vez que si bien el CNE puede regular la labor que cumplen las encuestadoras, carece de competencia para establecer la forma como los datos son objeto de tratamiento por los medios de comunicación. En línea con lo anterior, expresa que cualquier reglamentación sobre el particular debe cumplir con la reserva de ley estatutaria.

A continuación, al analizar el literal c) de la norma en mención, señala que no cabe reparo alguno al límite que se impone para publicar y difundir las encuestas, al no existir una restricción legal y al tratarse de una decisión que se toma con sustento en una facultad administrativa del CNE.

La intervención concluye refiriéndose al literal d), sobre la responsabilidad de los medios de comunicación por las encuestas divulgadas, en donde afirma que se trata de una regulación que escapa a la competencia del CNE, el cual solo puede reglamentar temas estrictamente relacionados con la actividad electoral, sin que ello incluya la labor periodística y la divulgación de datos que, una vez presentados y exhibidos por una o varias firmas encuestadoras, se convierten en noticia.

4.8. Intervención de la Universidad Santo Tomás

4.8.1. Un miembro del consultorio jurídico y la Decana de la Facultad de Comunicación Social de la Universidad Santo Tomás le piden a la Corte que declare la exequibilidad del artículo 12 de la Resolución 1733 de 2016, en la medida es que el precepto cuestionado lo que busca es otorgarle elementos al CNE que le permitan establecer si se mantuvo o no el

equilibrio informativo en las campañas relacionadas con el plebiscito para refrendar lo pactado con las FARC.

4.8.2. Frente al artículo 17, los intervinientes concuerdan con el actor, en que la regulación de la rectificación requiere del agotamiento de un proceso previo, en el cual se demuestre efectivamente la responsabilidad del medio de comunicación, mientras tal requisito no se cumpla la inconstitucionalidad que se alega está llamada a proceder, por desconocer lo previsto en el artículo 29 del Texto Superior.

4.8.3. Para concluir, sostienen que el artículo 21, lejos de desconocer los mandatos de la Carta, supone una expresión de control frente a la posibilidad de que las campañas se valgan de datos o encuestas manipuladas, que puedan alterar la libertad del elector. En este sentido, expresan que la disposición impugnada no vulnera el derecho a la libertad de expresión, “pues la misma debe ejercerse con responsabilidad, y es precisamente con base en ese deber de responsabilidad social que los medios deben atender las disposiciones que se determinen en aras de lograr procesos transparentes que no rayen con la ilegalidad y el favorecimiento político, sobre [todo] en asuntos de transcendencia e importancia como el que significó el plebiscito de octubre de 2016.”[38]A lo anterior añaden que, “[s]i bien es cierto que los medios no cuentan con elementos para verificar la trazabilidad de las encuestas contratadas por terceros, sí están en la posibilidad de hacerlo, cuando es el medio quien la contrata, además de poder exigirla de terceros para salvar precisamente la responsabilidad que se pudiera predicar en caso de no corresponder a hechos ciertos”[39].

4.9. Intervención de la Universidad Industrial de Santander

Varios integrantes del Grupo de Litigio Estratégico de la Escuela de Derecho de la Universidad Industrial de Santander se pronuncian en términos generales sobre los elementos normativos que se derivan del artículo 20 de la Constitución, para referir a la posibilidad que tendría el Estado del regular el fenómeno de las encuestas, en virtud de su capacidad de incidencia sobre la opinión del electorado. Con base en lo anterior, piden a la Corte desestimar los cargos formulados por el actor, al considerar que “si bien (...) la libertad de expresión es un elemento fundamental del sistema democrático, el núcleo fundamental de tal derecho hace referencia a las posibilidades de la sociedad para acceder

a la verdad, y es de particular cuidado los resultados arrojados por las encuestas de opinión, pues en ocasiones éstas tergiversan su función de (...) indagar por el pensamiento general (...) [asumiendo] un fenómeno político en particular”[40]. Por lo demás, afirman que no cabe ningún reparo respecto del régimen de responsabilidad que se impone a los medios de comunicación, “pues muchas veces en su afán de captar sintonía, dan un cubrimiento excesivo a resultados parciales, [con el fin de hacerlos aparecer como] verdades incuestionables”[41].

V. CONCEPTO DEL PROCURADOR GENERAL DE LA NACIÓN

5.1. El Procurador General de la Nación solicita a la Corte que se declare inhibida para conocer de la presente demanda por falta de competencia. En subsidio, y siempre que decida asumir el conocimiento del asunto, pide que igualmente se declare inhibida para hacer un pronunciamiento de fondo por carencia de objeto frente a los artículos 12, 17 literal c) y 21 literales a) y c) de la Resolución 1733 de 2016, y que del mismo acto se expulse del ordenamiento jurídico la expresión: “El medio de comunicación que publicó la encuesta será corresponsable y, por consiguiente, se le aplicará la sanción pecuniaria en la misma cuantía y proporción”, consagrada en el artículo 21, literal d), por ser contraria a lo previsto en la Constitución.

5.2. Inicialmente, como ya se dijo, la Vista Fiscal comienza su intervención señalando que este Tribunal carece de competencia para resolver la demanda propuesta. Para llegar a esta conclusión, refiere a que el accionante invoca lo dispuesto en el artículo 241, numeral 3, del Texto Superior, con el fin de considerar que la Resolución 1733 de 2016 debe ser sometida a control de la Corte, pues tanto la jurisprudencia de esta Corporación como la del Consejo de Estado, han señalado que al máximo tribunal constitucional le compete conocer “de todos los actos jurídicos que se hayan expedido en el marco de la convocatoria y realización del plebiscito [efectuado] el pasado 2 de octubre [de 2016]”[42].

Al contrario de lo que expuesto por el accionante, el Procurador señala que la citada disposición le otorga a la Corte competencia para decidir sobre la constitucionalidad de los “plebiscitos del orden nacional”, únicamente “por vicios de procedimiento en su convocatoria y realización”[43], tales defectos provienen del desconocimiento de requisitos de forma que se vinculan con el proceso de creación de un acto, sin que pueda extenderse

el análisis a un juicio de fondo, que se predica del contenido de lo que en él se dispone.

En el asunto bajo examen, la demanda no se encuadra dentro de la citada exigencia, ya que los cargos planteados no refieren a aspectos rituales o de procedimiento del plebiscito para la paz, sino a un tema de fondo vinculado con la violación de la libertad de prensa y la libertad de expresión, lo que implica un juicio de contradicción sobre el contenido de lo demandado, que escapa a la competencia de la Corte.

De otro lado, es importante tener en cuenta que de acuerdo con lo señalado en el artículo 237 de la Constitución, el control de constitucionalidad de los actos expedidos por el CNE le concierne, por principio, al Consejo de Estado, en su condición de tribunal supremo de lo contencioso administrativo. Si bien ello no excluye de plano la posibilidad de que la Corte Constitucional examine actos de dicha autoridad que estén relacionados con la convocatoria y realización de un plebiscito, “(...) para que se dé esa posibilidad (...) es necesario que la respectiva demanda se plantee por vicios de procedimiento, según se desprende del artículo 241.3 Superior, condición que no se evidencia en el presente asunto”[44].

En línea con lo anterior, el Procurador resalta que el artículo 135 del CPACA reguló la acción de nulidad por inconstitucionalidad en cabeza del Consejo de Estado. Según la norma en cita, la referida acción procede contra los decretos de carácter general dictados por el Gobierno Nacional, cuya oposición sea directa frente a los mandatos de la Carta, al igual que contra “los actos de carácter general que por expresa disposición constitucional sean expedidos por entidades y organismos distintos del Gobierno Nacional”, expresión que fue declarada exequible, “bajo el entendido de que a la Corte Constitucional le corresponde el control constitucional de los actos de carácter general, expedidos por entidades u organismos distintos del Gobierno Nacional, con contenido material de ley”[45]. Ello significa que este Tribunal es competente únicamente respecto de los actos que a partir de su expedición tengan rango legal, lo que excluye los casos en que se presenta un desbordamiento en el alcance de las funciones de una autoridad pública del orden nacional, a través de una “indebida invasión de los terrenos legales por cualquier tipo de acto (...), [ya que] (...) ello supondría vaciar de contenido la tarea encomendada al Consejo de Estado”[46].

En este contexto, la Vista Fiscal advierte que la Resolución 1733 de 2016 se expidió con

base en las atribuciones que se prevén en el artículo 265 de la Constitución, como se aprecia en su encabezado, disposición que le permite al CNE proferir normas en materia electoral que carecen de fuerza material de ley, a pesar de su especial importancia dentro del ordenamiento jurídico, como lo advirtió esta Corporación en la Sentencia C-1081 de 2005[47], en la que aclaró que: “(...) el artículo 165 como fuente de potestades de regulación en cabeza del Consejo Nacional Electoral (...) se limita a la expedición de normas de naturaleza operativa y administrativa, destinadas a regular los temas propios de su competencia”.

Por ende, no le compete a la Corte el examen del acto cuestionado, pues en su origen no se trata de una regulación con contenido material de ley, lo que se refuerza con la aplicación del criterio formal que implica la revisión de los fundamentos invocados en el acto, que, para el caso particular, son: “(...) el artículo 265 de la Constitución Política, las Leyes 134 de 1994, 1757 de 2015 y 1806 de 2016 y demás normas aplicables”, dejando en claro que su rigor no es el de una norma con fuerza de ley, sino el resultado del ejercicio de una función administrativa.

5.3. En caso de considerar que la Corte Constitucional si es competente para conocer de la demanda, como ya se dijo, el Ministerio Público sostiene que, en todo caso, debe proferirse un fallo inhibitorio por carencia actual de objeto frente a los artículos 12, 17 literal c) y 21 literales a) y c), y debe declararse inexecutable la expresión: “El medio de comunicación que publicó la encuesta será corresponsable y, por consiguiente, se le aplicará la sanción pecuniaria en la misma cuantía y proporción”, consagrada en literal d) del artículo 21 de la Resolución 1733 de 2016.

Para llegar a esta conclusión, señala que el acto en cita se ocupó únicamente de regular asuntos relacionados con el plebiscito especial para la paz acaecido el 2 de octubre de 2016, por lo que la regulación adoptada en las normas cuestionadas, cuyo contenido se limita a consagrar instrumentos de naturaleza cautelar dirigidos, por una parte, a asegurar que el elector reciba información veraz, como ocurre con los artículos 12 y 21 literales a) y c), y por la otra, a ordenar la rectificación cuando sea procedente, como se dispone en el artículo 17 literal c), ya fue agotada en el tiempo y, por ende, no sigue produciendo efectos jurídicos, como requisito del cual depende la procedencia de la acción pública de inconstitucionalidad.

5.4. Por el contrario, el literal d) del artículo 21, que prevé la posibilidad de imponer multas al medio de comunicación que haya publicado una encuesta con inconsistencias graves, sí autoriza la adopción de un fallo de fondo, en la medida en que consagra una sanción que todavía se puede imponer, sobre la base de que el término de caducidad de la potestad sancionatoria del Estado es de tres años, según se establece en el artículo 52 del CPACA.

Con base en lo anterior, el Procurador expone que la norma en mención es contraria a la Constitución, por desconocer el principio de proporcionalidad, pues la extensión en la aplicación de una sanción al medio de comunicación por un error en la ficha técnica de la encuesta supone imponerle una forma de responsabilidad objetiva proscrita por la Carta (CP art. 29), sin valorar su culpa o dolo, frente a un acto respecto del cual no tiene control ni dominio alguno.

El medio adoptado para asegurar la veracidad de las encuestas, supondría entonces que el operador y concesionario de radio y televisión tendría que realizar un estudio técnico sobre las mismas antes de su publicación, lo que terminaría afectando la circulación de información, ya sea porque la misma jamás se publique o se haga de manera tardía, con las implicaciones negativas que ello generaría para la democracia, sobre todo cuando de lo que se trata es de promover el uso de un mecanismo de participación. Por lo anterior, la Vista Fiscal afirma que se está en presencia de una carga desproporcionada, puesto que la medida es altamente lesiva de la libertad de prensa, bastando la identificación de los profesionales que realizaron la encuesta, para efectuar sobre ellos el control que corresponda.

Por último, el Ministerio Público afirma que el concepto de inconsistencias graves, que se encuentra al inicio del literal d) del artículo 21, en cuanto al medio de comunicación se refiere, es una noción vaga e imprecisa, porque no brinda claridad en cuanto a lo que podría ser objeto de reproche, en especial, si aprecia que la prensa no tiene un conocimiento específico en realizar mediciones, y su actividad no se encuadra dentro de dicho objeto. De esta manera, concluye que “la responsabilidad sobre los aspectos técnicos de la encuesta debe recaer en la firma que la realiza, [pues ella] (...) es la que tiene los conocimientos para desarrollar esa labor”[48].

VI. CONSIDERACIONES DE LA CORTE

6.1. Competencia

6.1.1. El primer asunto que en esta oportunidad debe resolver la Corte, se concreta en determinar, si le asiste competencia para pronunciarse sobre la exequibilidad de los artículos demandados que hacen parte de la Resolución 1733 de 2016 del CNE, “por la cual se regulan y reglamentan algunos temas concernientes al ‘Plebiscito para la refrendación del Acuerdo Final para la terminación del conflicto y la construcción de una paz estable y duradera’ en los términos de la Ley 1806 del 24 de agosto de 2016 y la Sentencia C-379 de 2016”, pues, como se expuso en el acápite de antecedentes, en varias de las intervenciones y en el concepto de la Vista Fiscal, se pide a este Tribunal proferir un fallo inhibitorio, al considerar que, en general, el asunto propuesto desborda el régimen de atribuciones previsto a su cargo en el artículo 241 del Texto Superior.

Al respecto, el CNE plantea que las normas impugnadas hacen parte de un acto administrativo de contenido general, impersonal y abstracto, expedido por una autoridad pública del orden nacional, en desarrollo de lo previsto en la Ley 1806 de 2016, dando a entender, implícitamente, que su examen le corresponde al Consejo de Estado, como “tribunal supremo de lo contencioso administrativo”[49]. Por su parte, la Registraduría Nacional del Estado Civil sostiene que en ninguno de los numerales del mencionado artículo 241 de la Constitución, se le otorga a esta Corporación la atribución para conocer de la constitucionalidad de las resoluciones expedidas por el CNE, de suerte que al ser el acto cuestionado un desarrollo de la función administrativa, el control que se activa en su contra es el de legalidad, a través de la acción de nulidad, cuyo juicio está a cargo de la Jurisdicción Contencioso Administrativa[50]. Por lo demás, asegura que las ocasiones en las que la Corte ha analizado la constitucionalidad de actos proferidos por la citada autoridad electoral, lo que explica dicho proceder es que se le ha otorgado a ese organismo la potestad para proferir normas con fuerza material de ley, como se aprecia en la Sentencia C-1081 de 2005[51], al revisar la validez del Reglamento 01 de 2003, expedido en virtud de lo previsto en el Acto Legislativo 01 de ese año[52].

En línea con lo anterior, se pronuncia la Universidad Libre, para quien, más allá de la falta de señalamiento expreso del control de la Resolución en el artículo 241 de la Constitución, lo que excluye su examen a cargo de la Corte, es que no corresponde a una materia atípica, pues ellas nacen a partir de los procedimientos complejos de reforma constitucional.

Finalmente, el Procurador General de la Nación también considera que este Tribunal carece de competencia para examinar la validez de la Resolución 1733 de 2016, por las siguientes razones: (i) lo que se objeta son asuntos o temas de fondo en la regulación expedida por el CNE, de modo que la demanda no encuadra en la atribución prevista en el numeral 3 del citado artículo 241 del Texto Superior, referente a que la Corte se pronunciará sobre la constitucionalidad de los plebiscitos del orden nacional, “sólo por vicios de procedimiento en su convocatoria y realización”[53]; y, además, (ii) en la medida en que las disposiciones cuestionadas están incorporadas en un acto de carácter general expedido por una autoridad del orden nacional, en ejercicio de una función administrativa, como lo es la derivada del artículo 265.6 de la Carta[54], su examen le compete al Consejo de Estado, a través de la acción de nulidad de inconstitucionalidad, en los términos previstos en los artículos 237.2 de la Constitución[55] y 135 del CPACA, conforme a lo resuelto por esta Corporación en la Sentencia C-400 de 2013[56].

6.1.2. Para comenzar, es preciso señalar que a la Corte se le confía la guarda de la integridad y supremacía de la Constitución, “en los estrictos y precisos términos” del artículo 241 del Texto Superior. Según lo allí previsto, le corresponde juzgar la validez constitucional (i) de los actos legislativos (núm. 1); (ii) de las leyes de convocatoria a referendo constitucional o asamblea constituyente (núm. 2); (iii) de las leyes (núm. 4); (iv) de los proyectos de ley objetados por inconstitucionalidad y de los proyectos de ley estatutaria (núm. 8); (v) de los decretos legislativos dictados por el Gobierno Nacional con fundamento en los artículos 212, 213 y 215 de la Constitución (núm. 7); (vi) de los decretos expedidos por el Presidente de la República en desarrollo de las facultades extraordinarias conferidas por el Congreso (núm. 5); (vii) del decreto que adopta el Plan Nacional de Inversiones Públicas (núm. 5); y (viii) de los referendos sobre leyes y de las consultas populares y plebiscitos del orden nacional (núm. 3).

Por lo demás, aunado a las atribuciones previstas en el citado artículo 241 del Texto Superior, le compete a este Tribunal el examen (viii) de los decretos a los cuales se refiere el artículo 10 transitorio de la Constitución[57]; (ix) así como del conjunto de actos especiales cuyo control de constitucionalidad se incluye en el denominado régimen de las competencias atípicas[58]. Estas últimas comprenden básicamente (a) aquellas normas que son equiparables a las que en virtud de su contenido se encuentran a cargo del escrutinio de esta Corporación, como ocurre con los decretos con fuerza de ley que

permiten la aplicación provisional de un tratado internacional (CP art. 224)[59] o de los decretos de igual naturaleza que fueron expedidos en virtud de facultades habilitantes otorgadas antes de la Constitución de 1991[60]; (b) a las cuales se deben agregar aquellas otras disposiciones que se convierten en soportes del trámite dirigido a aprobar una reforma constitucional o a impulsar uno de los mecanismos de participación ciudadana sujetos al control de la Corte, como sucede con el acto electoral que declara la aprobación de un referendo[61].

Por fuera de esta enumeración, las materias que no concuerdan con aquellas que han sido admitidas como objeto de control por parte de esta Corporación, se someten al examen del Consejo de Estado, ya sea por la vía de la pretensión de nulidad por inconstitucionalidad, cuando lo que se busca es controvertir un desconocimiento directo de los mandatos consagrados en la Carta, respecto de decretos de carácter general dictados por el Gobierno Nacional o de actos que tienen el mismo alcance proferidos por otras autoridades en ejercicio de una atribución directa de orden constitucional, siempre que en ambos eventos se trate de preceptos que carezcan de fuerza material de ley (CP art. 237.2, CPACA, art. 135 y C-400 de 2013)[62], o por la vía de lo contencioso administrativo, cuando el control recae sobre otros actos administrativos distintos de los enunciados con anterioridad, en razón del desbordamiento de las disposiciones en que debían fundarse, ya sean estas de naturaleza legal o constitucional (CP art. 237.1 y CPACA, art. 137)[63].

Como se observa, la competencia del Consejo de Estado para actuar como juez abstracto de constitucionalidad tiene carácter residual, en la medida en que su intervención está supeditada a aquellos casos en que el control, tanto desde una perspectiva formal como material, no le corresponda a la Corte Constitucional, como guardián e interprete supremo de Constitución (CP art. 241). Por ello, aun cuando se ha admitido que en Colombia existe un control difuso funcional[64], al mismo tiempo se ha dicho que dentro de ese diseño institucional, la Corte “tiene la más amplia competencia sobre el control abstracto de constitucionalidad”[65], ya que la actuación del tribunal supremo de lo contencioso administrativo tan solo se proyecta sobre aquellas materias cuyo reparto es ajeno al ámbito competencial de esta Corporación.

6.1.3. En lo que respecta a los actos expedidos por el CNE, si bien es cierto que, en principio, este Tribunal ha asumido el examen de aquellos que, por mandato constitucional,

se ha determinado que tienen fuerza material de ley, siguiendo el criterio de asignación de competencias que le otorga a la Corte el escrutinio de normas de igual contenido a los que se encuentran a su cargo, como ocurrió, por ejemplo, con el Reglamento 01 de 2003 proferido por el citado organismo mediante el uso de las facultades otorgadas por el párrafo transitorio del artículo 12 del Acto Legislativo 01 de 2003[66]; ello no excluye, per se, el control sobre otro tipo de actos que puedan encuadrarse dentro del régimen de atribuciones que le atañe a esta Corporación, como sucede con las disposiciones que emanan de lo previsto en el 241.3 del Texto Superior.

En este contexto, se observa que una de las competencias que se asignan a la Corte en el precepto en cita, vinculadas con el impulso de los mecanismos de participación ciudadana, es la decidir sobre la constitucionalidad de los plebiscitos, solo por vicios de procedimiento en su convocatoria y realización. Al respecto, cabe recordar que, como lo dispone el artículo 104 del Texto Superior, a través de dicha figura, el Presidente, con la firma de todos los ministros y previo concepto favorable del Senado de la República, podrá consultar al pueblo políticas de trascendencia nacional, en una jornada electoral que no podrá concurrir con otra y cuyo resultado le será obligatorio.

De esta manera, el plebiscito tiene por objeto que el pueblo avale o rechace una pregunta formulada por el poder ejecutivo central, de carácter general, relacionada con la toma de una decisión a su cargo, propia de la órbita de sus competencias[67], sin que ello produzca efectos de carácter normativo[68] y sobre la base de que el resultado es vinculante para el Gobierno[69].

En cuanto al trámite al que se somete el plebiscito, en ejercicio de la potestad consagrada en el artículo 103 del Texto Superior, el legislador ha dispuesto “una serie de controles estrictos para garantizar que (...) [el mismo] (...) sea empleado como un mecanismo de participación democrática libre de los vicios que históricamente lo han asociado a un instrumento empleado en regímenes autoritarios.”[70].

6.1.4. Bajo tal consideración, se advierte que el citado mecanismo de participación opera sobre límites competenciales y sobre reglas de trámite que sujetan su éxito y desarrollo. En cuanto a los primeros, se destaca lo previsto en las Leyes 134 de 1994 y 1757 de 2015, en donde se determinan los asuntos sobre los que al Presidente no le está dado consultar al

pueblo a través de un plebiscito, a saber: (i) los que tienen que ver con los estados de excepción y el ejercicio de los poderes inherentes a dicho evento[71]; (ii) la duración del período del mandato presidencial[72]; (iii) la posibilidad de introducir reformas a la Constitución[73]; (iv) los que versen sobre leyes aprobatorias de tratados internacionales, leyes de presupuesto, o que sean atinentes a materias fiscales o tributarias[74]; y (v) los que busquen impactar en el alcance y goce de un derecho fundamental, por su condición de garantía contramayoritaria[75].

Frente a las segundas, el ordenamiento jurídico dispone la necesidad de agotar varias exigencias de forma, que pueden incorporar la autorización para expedir disposiciones de carácter sustantivo o material, y que involucran las etapas de preparación, realización y resultados del plebiscito. Entre ellas, por ejemplo, la Ley 134 de 1994 establece la obligación del Presidente de la República de informar al Congreso sobre la intención de hacer uso de este mecanismo[76], a lo cual, la Ley 1757 de 2015, le añade el deber de dicho órgano de representación popular de pronunciarse sobre su conveniencia[77]. Bien puede ocurrir que el Congreso avale –expresa o tácitamente– la convocatoria o, por el contrario, la rechace, decisión que, si es adoptada con las mayorías previstas para el efecto, resulta vinculante para el poder ejecutivo. Dentro de este escenario, se incluyen, además, otros requisitos de trámite que son obligatorios, como la expedición del decreto de convocatoria del pueblo a las urnas[78]; la fijación de la fecha en la que se llevará a cabo la jornada electoral, de conformidad con los límites previstos en la ley[79]; la determinación del censo, de la pregunta y de la tarjeta de votación[80]; así como la autorización para dar inicio a la campaña electoral[81], sujeta al conjunto de reglas propias de dicho proceso, como ocurre, entre otras, con la inscripción de los comités de campaña[82], el acceso a los recursos de financiación[83], los criterios para la rendición de cuentas, las condiciones para realizar las encuestas[84] y los supuestos que gobiernan la divulgación, publicidad y acceso a los medios de comunicación[85]. Todo este conjunto de actuaciones finaliza con la adopción de una decisión por parte del pueblo en las urnas[86], cuyo resultado obliga al Presidente de la República[87].

Visto lo anterior, para la Corte, es claro que a fin de que el plebiscito no se deforme en una actuación distinta e incompatible con los mandatos de la Carta, o que sea utilizado para tomar decisiones respecto de las cuales no es procedente o, en general, para evitar que se adopten determinaciones en las que se desconoce el voto libre, informado y sin coacciones

de los ciudadanos (CP art. 258), es que se prevé la existencia de un control de constitucionalidad a cargo de este Tribunal, como ya se mencionó, en el numeral 3 del artículo 241 de la Constitución.

Dicha norma, según se dijo, señala que a la Corte le compete decidir sobre la constitucionalidad de los plebiscitos, solo por vicios de procedimiento en su convocatoria y realización. Se trata, en esencia, de un control jurisdiccional, rogado y complejo, que involucra, dado el caso, el examen de los distintos requisitos de forma y de competencia, que hacen parte de las etapas de preparación, realización y resultados de dicho mecanismo de participación ciudadana. Se trata de un control jurisdiccional, pues se encuentra a cargo de un órgano judicial, como lo es la Corte Constitucional, que lejos de estudiar la conveniencia u oportunidad de la consulta que se hace al pueblo sobre una política de transcendencia nacional, examina la conformidad del plebiscito con el orden constitucional, a partir de la limitación referente a que su juicio tan solo se hará por vicios de procedimiento. Es un control rogado, ya que su activación depende de la presentación de una demanda ciudadana, siendo el cargo formulado, el que limita el alcance del pronunciamiento a cargo de esta Corporación. Finalmente, se trata de un control complejo, pues al tener como supuesto de procedencia la ocurrencia de vicios de procedimiento en su “convocatoria y realización”, no solo le está asignado a este Tribunal el conocimiento del acto que declara el resultado de un plebiscito, sino de todos aquellos que hayan sido expedidos por las autoridades públicas que, según su competencia, tuvieren que intervenir en el proceso de preparación, ejecución y decisión de dicho mecanismo de participación ciudadana, en cuanto que, desde una perspectiva constitucional, fuesen susceptibles de incidir en su convocatoria y realización. Así las cosas, sin importar si el acto demandado tiene o no fuerza material de ley, en aquellos casos en que se cuestionan disposiciones que se convierten en soportes del trámite dirigido a aprobar e impulsar tal instrumento de democracia participativa, su control le compete a la Corte, al ser ellos los que le otorgan plena operatividad a un procedimiento constitucional dirigido a permitir la expresión de una voluntad política de forma directa.

6.1.5. En la práctica, por esta vía, se amplía los asuntos que son susceptibles de análisis por parte de esta Corporación, sin que tal decisión sea arbitraria o irrazonable, ya que se basa en el régimen de las competencias atípicas, por tratarse de actos especiales, básicos e indispensables, como supuestos de trámite, para poder formalizar una convocatoria o llevar

a buen término la realización del plebiscito. Tres razones adicionales le otorgan plena validez a esta posición: En primer lugar, los actos que se profieren con ocasión del citado mecanismo de participación, más allá de su connotación o calificación jurídica, tienen un valor distinto y crucial, en tanto son esenciales para la marcha y decisión de una herramienta de conformación, ejercicio y control del poder político (CP art. 40, inc. 2), lo que torna necesario que sea una instancia de control judicial, dotada igualmente de un origen político, como ocurre con el juez constitucional, la encargada de asegurar las garantías constitucionales y valores democráticos que permiten su realización.

En segundo lugar, la unificación en una sola autoridad judicial de la posibilidad de pronunciarse sobre el conjunto de actos necesarios para impulsar el plebiscito, como lectura que se deriva de lo previsto en el artículo 241, numeral 3, del Texto Superior, asegura el derecho a la tutela judicial efectiva, el valor de la seguridad jurídica y el principio de supremacía constitucional, pues evita la existencia de fallos contradictorios que den lugar a decisiones inocuas y discordantes respecto de un mismo tema objeto de control. Así lo ha manifestado el propio Consejo de Estado, al señalar que la competencia exclusiva y excluyente de la Corte Constitucional, se explica en aras de preservar “(...) la unidad de criterio en la valoración de los distintos aspectos que se encuentran en juego en la convocatoria y realización del plebiscito (...). De ahí que no se pueda fraccionar su contenido y remitir unas determinaciones a la Corte Constitucional para retener otras y someterlas al lente del contencioso administrativo, pues se afectaría la seguridad jurídica y podría ocasionar decisiones contradictorias”[88].

Por último, la unidad en el control del conjunto de actos y acciones que deben surtirse dentro del trámite de convocatoria y realización de un plebiscito, a la luz de lo previsto en el artículo 241.3 de la Constitución, ha sido objeto de una lectura reiterada y uniforme de esta Corporación, cuyo alcance también ha tenido reconocimiento en la jurisprudencia del Consejo de Estado.

En el caso particular de este Tribunal, el primer antecedente se encuentra en la Sentencia C-309 de 2017[89], en donde la Corte concluyó que era competente para determinar la validez constitucional del Decreto 1391 de 2016, referente al decreto de convocatoria al plebiscito especial para la paz[90], en lo atinente a la vulneración de las normas relativas a los trámites previos de formalización de dicha convocatoria, a problemas asociados con la

pregunta propuesta y al presunto incumplimiento de las reglas de divulgación con enfoque diferencial para los pueblos étnicos y las personas en condición de discapacidad visual. En lo que atañe a este último punto, esta Corporación resaltó que: “(...) la divulgación es un asunto regulado en la Ley Estatutaria 1806 de 2016, que tiene relevancia constitucional, pues hace parte del derecho al acceso a la información y (...) es imprescindible para la participación de los ciudadanos, de manera que la Corte Constitucional es competente para pronunciarse sobre este punto”.

Con posterioridad, en la Sentencia C-609 de 2017[91], la Corte declaró que le asistía competencia para juzgar las Resoluciones 1733, 1836 y 1999 de 2016 expedidas por el Consejo Nacional Electoral, en virtud de lo dispuesto en el numeral 3 del artículo 241 de la Constitución, por tratarse de actos vinculados con la realización del plebiscito especial para la paz, ello a pesar de que, en el caso concreto, la Corte profirió un fallo inhibitorio, pues en virtud del carácter rogado de este control, se advirtió que la argumentación propuesta por el accionante no satisfacía las cargas de especificidad, pertinencia, suficiencia y certeza, como mínimos argumentativos que se exigen en la presentación de una demanda de inconstitucionalidad, en los términos del artículo 2, numeral 3, del Decreto 2067 de 1991[92].

A los fallos anteriores se agregó la Sentencia C-030 de 2018[93], en la que en el ámbito del plebiscito especial para la paz, la Corte asumió nuevamente la competencia para revisar la constitucionalidad del citado Decreto 1391 de 2016 (decreto de convocatoria de los ciudadanos a las urnas), junto con la Resolución 0014 de 2016 del Consejo Nacional Electoral, por la cual se declaró el resultado de la votación del 2 de octubre de 2016, y del Boletín 53 y la Resolución 8124 de 2016 de la Registraduría Nacional del Estado Civil, en las que se estableció el calendario electoral y se informó sobre los resultados del día de votación. Para esta Corporación, la competencia para conocer sobre la “convocatoria y realización” de un plebiscito implica asumir el examen de los actos proferidos por el Presidente de la República y por las autoridades electorales, que abarquen la totalidad de las actuaciones que se articulen en las distintas fases que integran la preparación, realización y resultados de dicho mecanismo de participación ciudadana.

De esta manera, no cabe duda de que dentro del conjunto de competencias atípicas de la Corte, se halla el examen de validez constitucional de los actos proferidos por las

autoridades electorales relacionados con la convocatoria y realización del plebiscito, siempre que, desde una perspectiva constitucional, tengan la capacidad de incidir en alguno de dichos momentos, pues pese a que carecen de fuerza material de ley, y a que en la práctica su rigor es la de un acto administrativo, su existencia, a partir lo expuesto, solo se explica como parte del trámite dirigido al impulso, desarrollo y promoción del referido mecanismo de participación, por lo que su control se incluye dentro de la cláusula ya reseñada del artículo 241, numeral 3, del Texto Superior. De ahí que, como previamente se dijo, el Consejo de Estado también se ha declarado incompetente para conocer de este tipo de actos, al sostener que:

“[L]os actos proferidos por distintas autoridades administrativas en el marco de la puesta en marcha de diversos mecanismos de participación y de reformas constitucionales (...), pese a tratarse de actos jurídicos proferidos por entes administrativos, orgánicamente susceptibles de ser tipificados como actos administrativos y enjuiciados como cualquier otro reglamento, por tratarse de manifestaciones emitidas en ejercicio de funciones políticas y no administrativas, (...), su control no incumbe al contencioso administrativo sino a la Corte Constitucional, por ser el ente constitucionalmente encargado de fiscalizar la conformidad con el orden superior de esta clase de determinaciones esenciales para el funcionamiento del sistema político-democrático nacional”[94].

Como se advierte por varios de los intervinientes, efectivamente el citado acto corresponde al ejercicio de una potestad de regulación en cabeza del CNE, cuyo fundamento se encuentra en el artículo 265 de la Constitución Política y en las Leyes 134 de 1994, 1757 de 2015 y 1806 de 2016. Así se destaca en su encabezado, cuando remite a las normas en mención, en los términos que a continuación se exponen: “El Consejo Nacional Electoral, en ejercicio de sus facultades constitucionales y legales, en especial de las conferidas por el artículo 265 de la Constitución Política, las Leyes 134 de 1994, 1757 de 2015 y 1806 de 2016 y demás normas aplicables (...)”.

De ahí que, vista desde una perspectiva material y orgánica, es claro que la Resolución 1733 de 2016 corresponde a un típico acto administrativo, como lo señalan el CNE y la Registraduría Nacional del Estado Civil. Ello es así, por una parte, porque su objeto se enfoca en desarrollar las atribuciones conferidas al citado órgano electoral en las leyes estatutarias que regulan los mecanismos de participación[96] y, en concreto, en la ley del

plebiscito especial para la paz[97], por lo que su contenido carece de fuerza material de ley y se encuadra en la lógica del reglamento[98]; y por la otra, porque como lo advirtió este Tribunal en la Sentencia C-1081 de 2005[99], los actos expedidos con fundamento en el artículo 265 de la Carta, son el resultado de una potestad de regulación de naturaleza operativa y administrativa[100], que impide que su rigor se asimile al de una ley.

A pesar de ello, como ya se advirtió, el examen de estos actos le compete a la Corte, pues en el caso particular de los preceptos que son objeto de demanda, ellos establecen las reglas de acceso a los medios de comunicación y la forma como se deben realizar y presentar las encuestas, materias que en general refieren a la divulgación del plebiscito y que, por ende, se inscriben dentro de la lógica de los presupuestos que permiten su realización, como lo advirtió este Tribunal en las Sentencias C-309 de 2017 y C-030 de 2018, en las que igualmente declaró su competencia para pronunciarse sobre actos similares al impugnado en esta oportunidad. En efecto, el artículo 12 refiere a los deberes de los medios de comunicación en el manejo de la información sobre las campañas, el artículo 17 prevé medidas cautelares frente a la divulgación de datos falsos o imprecisos, y el artículo 21 consagra las condiciones que rigen las encuestas. Se trata de una regulación dirigida de forma específica a tratar temas que permiten el impulso del citado mecanismo de participación y que se convierten en supuestos para su conocimiento, evaluación y formación alrededor de las opciones propuestas (votar por el Sí o votar por el NO).

Por lo anterior, las normas demandadas se incluyen dentro la regla especial de competencia prevista a cargo de este Tribunal en el artículo 241, numeral 3, del Texto Superior, conforme al cual a la Corte le compete decidir sobre la constitucionalidad de los plebiscitos del orden nacional, “solo por vicios de procedimiento en su convocatoria y realización”. En este punto, es claro que esta Corporación difiere de la lectura propuesta por el Procurador sobre la disposición en mención, ya que el concepto que refiere a los vicios de procedimiento, en el caso del citado mecanismo de participación ciudadana, no se restringe únicamente a aspectos rituales o de mero procedimiento, sino que abarca de igual forma los límites de competencia y, en general, todos los supuestos de trámite, sin perjuicio de que ellos incorporen normas de carácter sustantivo o material, siempre que los mismos se dirijan a impulsar la operatividad del plebiscito y sin los cuales, como ocurre en el asunto bajo examen, éste no podría convocarse o realizarse, en los términos que se desprenden de la Carta.

En consecuencia, las normas demandadas serán objeto de examen por esta Corporación. No obstante, antes de proceder con la formulación del problema jurídico y en el ámbito de la definición de la competencia que le asiste a este Tribunal para proferir una decisión de fondo, es preciso que se examine si las disposiciones acusadas siguen produciendo efectos jurídicos, pese a su vocación transitoria y a que el resultado del plebiscito supuso una expresión mayoritaria por el No.

6.2. Sobre los preceptos objeto de demanda y sus efectos jurídicos

6.2.1. Desde sus inicios, la jurisprudencia de la Corte ha sostenido que no es posible estudiar la constitucionalidad de mandatos legales que no hacen parte del sistema normativo, bien sea (i) porque han dejado de estar en vigencia, o (ii) simplemente porque han dejado de producir efectos jurídicos[101]. Como se observa, se trata de dos circunstancias puntuales en las que este Tribunal resulta incompetente para proferir de una decisión de fondo por sustracción de materia, ante la ocurrencia de lo que esta Corporación ha denominado como “carencia actual de objeto”[102].

6.2.1.1. En la primera situación expuesta, el escenario que se propone es el de la pérdida de vigencia de la disposición acusada como consecuencia de la operancia de alguna de las hipótesis de derogatoria consagradas en el ordenamiento jurídico (expresa, tácita y orgánica[103]). Sobre este particular, se entiende que el control de constitucionalidad al suponer un juicio de contradicción entre una norma de inferior jerarquía y la Constitución, lo que exige –como conditio sine qua non– es que el precepto demandado exista y mantenga su carácter obligatorio[104].

En todo caso, ante la necesidad de garantizar la supremacía de la Carta (CP art. 4) y dado que en algunas ocasiones puede darse una vigencia ultra activa de las normas objeto de demanda, en razón de la aplicación del principio de favorabilidad, de reglas especiales de transición o de circunstancias análogas, la jurisprudencia ha contemplado la posibilidad de que la Corte se pronuncie sobre disposiciones derogadas que, a pesar de ello, continúen produciendo efectos jurídicos o pudieren llegar a hacerlo en el futuro[105]. Al respecto, en la Sentencia C-558 de 1996[106], se explicó que:

“[Para] adelantar el estudio de constitucionalidad de una norma que ha sido derogada o modificada por voluntad del legislador, se requiere que la misma continúe produciendo

efectos jurídicos. De lo contrario, el pronunciamiento de constitucionalidad resulta innecesario, por carencia actual de objeto. En efecto, esta Corporación ha sostenido que, en función de la guarda de la integridad y supremacía de la Constitución, ella debe conocer de disposiciones que hayan sido acusadas y se encuentren derogadas, siempre y cuando tales normas continúen produciendo efectos jurídicos. En cambio, si la norma demandada excluida del ordenamiento jurídico no sigue surtiendo efectos jurídicos o nunca los produjo, el pronunciamiento de constitucionalidad resulta inocuo, por carencia de objeto.”[107]

6.2.1.2. En la segunda alternativa planteada, el problema que se presenta va más allá del examen sobre la derogatoria de las disposiciones, para entrar a verificar si la demanda recae sobre preceptos que contienen mandatos específicos que, por razón de su contenido y alcance, ya fueron ejecutados. Se trata entonces de un análisis vinculado con la producción de efectos en el tiempo de una norma, a partir su vocación de permanencia[108].

En este orden de ideas, en criterio de la jurisprudencia constitucional, por regla general, este Tribunal carece de competencia para conocer de demandas contra leyes cuyo marco regulatorio ya se cumplió y no sigue produciendo efectos, pues al agotarse plenamente su contenido, se estaría en presencia de hechos cumplidos que, en principio, tornarían improcedente el examen de situaciones jurídicas que se encuentran consolidadas. Sobre el particular, en la Sentencia C-350 de 1994[109], se dijo que:

“Cuando se demandan normas que contienen mandatos específicos ya ejecutados, es decir, cuando el precepto acusado ordena que se lleve a cabo un acto o se desarrolle una actividad y el cumplimiento de esta o aquél ya ha tenido lugar, carece de todo objeto la decisión de la Corte y, por tanto, debe ella declararse inhibida. // En efecto, si hallara exequible la norma impugnada no haría otra cosa que dejar en firme su ejecutabilidad y, habiéndose dado ya la ejecución, la resolución judicial sería inútil y extemporánea. Y si la encontrara inexecutable, no podría ser observada la sentencia en razón de haberse alcanzado ya el fin propuesto por quien profirió la disposición; se encontraría la Corte con hechos cumplidos respecto de los cuales nada podría hacer la determinación que adoptase.”

De este modo, esta Corporación ha proferido fallos inhibitorios por carencia de objeto, (i)

cuando ha expirado el plazo en el que las medidas adoptadas debían regir o (ii) cuando se ha satisfecho su objeto porque se han realizado los parámetros normativos contenidos en la ley. Al respecto, por ejemplo, en la Sentencia C-113 de 1998[110], este Tribunal se abstuvo de tomar una decisión de fondo, en relación con varias disposiciones establecidas para obtener el saneamiento tributario de mercancías introducidas al país sin el cumplimiento de los requisitos consagrados en el régimen aduanero[111], al estimar que, por el carácter temporal del citado mecanismo, los mandatos allí previstos ya se habían agotado y sus efectos se encontraban plenamente consolidados. En el mismo sentido, en la Sentencia C-709 de 2005[112], la Corte señaló que no era procedente examinar la validez constitucional del artículo 38 de la Ley 715 de 2001, que establecía la vinculación a título de provisionalidad de algunos docentes, por un lado, porque la medida dispuesta se encontraba incorporada en una norma de carácter transitorio, y por el otro, porque la consecuencia jurídica allí prevista debía producirse en el año 2002[113].

Tan solo en hipótesis excepcionales se ha admitido el control constitucional sobre preceptos cuyos efectos jurídicos se entienden consolidados, cuando la abstención del control por parte del juez constitucional se podría traducir en una erosión del principio de supremacía de la Carta. Precisamente, en la Sentencia C-728 de 2015[114], este Tribunal hizo referencia a algunos casos puntuales, entre los cuales se destacan: (i) cuando las disposiciones tienen un ámbito temporal de aplicación particularmente estrecho y limitado, y esa circunstancia impide activar y efectuar el control de constitucionalidad durante ese período de tiempo. En este caso lo que se busca es evitar que los órganos de producción normativa, a través de reglas de corta duración, eludan el escrutinio judicial[115]; o (ii) cuando existe una manifiesta y grave infracción del ordenamiento superior por parte de un precepto cuyos efectos jurídicos han cesado, y tal situación justifica un fallo de inexequibilidad con efectos retroactivos.

En conclusión, por regla general, la Corte ha indicado que no cabe el examen del fondo de una demanda de inconstitucionalidad cuando las disposiciones acusadas han perdido su vigencia y sus efectos ya no se proyectan hacia el futuro, o cuando las hipótesis que en ellas se regulan ya han sido plenamente agotadas, siempre que no sea necesario evitar una transgresión del principio de supremacía constitucional.

6.2.2. En el asunto bajo examen, como previamente se mencionó, las normas cuestionadas

se encuentran incorporadas en la Resolución 1733 de 2016 del CNE, modificada por la Resolución 1999 del año en cita, ellas regulan los deberes de los medios de comunicación en el manejo de la información sobre las campañas del plebiscito especial para la paz (art. 12), las medidas de tipo cautelar frente a la divulgación de datos falsos o imprecisos (art. 17) y las condiciones que rigen las encuestas (art. 21).

6.2.3. El origen de estas disposiciones se remonta a una regulación específica proferida por el legislador, encaminada a establecer de manera particular y concreta, las reglas a las cuales se sujetaría el plebiscito especial para la paz. Tal singularidad se observa en el artículo 1 de la Ley 1806 de 2016, en el que se dispuso que la consideración al pueblo mediante plebiscito del Acuerdo Final para la Terminación del Conflicto y la Construcción de una Paz Estable y Duradera, suscrito entre el Gobierno Nacional y las FARC, estaría sometido “en su trámite y aprobación a las reglas especiales contenidas” en dicha ley.

Entre los mandatos específicos que fueron adoptados, se incluyeron, entre otros, (i) la fecha para llevar a cabo la votación, que se fijó en un rango no anterior a un mes ni superior a cuatro meses, contados a partir de la fecha en la que el Congreso recibiera el informe del Presidente de la República [116]; (ii) el umbral dispuesto para su aprobación, el cual se estableció en una cantidad de votos mayor al 13% del censo electoral, siempre que los apoyos depositados por el SÍ fuesen más que los del NO[117]; y (iii) la habilitación para que la organización electoral garantizara durante el proceso electoral “(...) el cumplimiento de los principios de la administración pública y la participación en condiciones de igualdad, equidad, proporcionalidad e imparcialidad, de la campaña por el SÍ o por el NO”, para lo cual se facultó regular, por una parte, “el acceso a los medios de comunicación”, y por la otra, dictar “las demás disposiciones necesarias.”[118]. Cabe resaltar que este precepto se complementó con la regla de equilibrio que se decretó a favor de las campañas[119] y con los espacios que se autorizaron en radio y televisión para la divulgación de sus posturas[120].

Este Tribunal declaró la exequibilidad de la citada habilitación regulatoria, al considerar que la misma se sujeta a lo dispuesto en el artículo 265 del Texto Superior, en los numerales 6 y 14[121]. El primero al autorizar al CNE para el velar por “el desarrollo de los procesos electorales en condiciones de plenas garantías”, y el segundo, al permitir adscribir a ese órgano las demás competencias que se definan en la ley[122].

Para esta Corporación, a partir de tales normas superiores, “la jurisprudencia constitucional ha caracterizado a la organización electoral, liderada por el Consejo Nacional Electoral, como una instancia independiente e imparcial, que tiene la función de garantizar la transparencia, igualdad y probidad de las actividades electorales, bien sean aquellas de índole electoral en sentido estricto, o las relacionadas con la ejecución de los mecanismos de participación ciudadana.”[123]

Como consecuencia de esta habilitación, cuyos límites serán examinados más adelante, es que se expidió la Resolución 1733 de 2016, modificada por la Resolución 1999 del año en cita. Nótese que tal atribución se confirió dentro del marco previsto en la Ley 1806 de 2016, por lo que su rigor normativo se limitó, temporalmente, al proceso plebiscitario de refrendación del Acuerdo Final para la Terminación del Conflicto y la Construcción de una Paz Estable y Duradera, sin que pueda extenderse a otros mecanismos de participación o a un plebiscito distinto.

6.2.4. En efecto, tal como ya se dijo, la referida Ley 1806 de 2016 le otorgó a sus preceptos y a los que se derivaran de sus mandatos un carácter especial y circunscrito en el tiempo, de tal manera que su vocación de permanencia se sujetó a la suerte del trámite y aprobación del plebiscito para la paz. Este proceso se inició con el Decreto 1391 del 30 de agosto de 2016, mediante el cual el Presidente de la República convocó al pueblo para que el día 2 de octubre del mismo año se pronunciara, decidiendo si apoyaba o rechazaba el Acuerdo Final[124].

Por su parte, el Consejo Nacional Electoral, mediante las Resoluciones 1733, 1836, 1843, 1978, 1979, 1999 y 2004 de 2016 reguló asuntos relacionados con la realización de dicho plebiscito, incluyendo los preceptos que ahora son objeto de demanda. En armonía con lo anterior, el Registrador Nacional del Estado Civil expidió la Resolución 8124 del 31 de agosto de 2016, por la cual se estableció el calendario dirigido a la realización de esa jornada electoral.

Luego, el 19 de octubre de 2016, el Consejo Nacional Electoral expidió la Resolución No. 0014, en la que se declaró el resultado del plebiscito, en cuya parte resolutive se expuso que: “Artículo primero. Declarar que la voluntad electoral reflejada en los resultados de la votación del plebiscito realizado el dos (02) de octubre de 2016 son los siguientes: Votos

por la opción NO: 6.438.552. Votos por la opción SI: 6.382.901. // Artículo segundo. Declarar que la pregunta “¿Apoya usted el acuerdo final para la terminar el conflicto y construir una paz estable y duradera?”, sometida al pueblo colombiano mediante el plebiscito del 02 de octubre, y convocado por el artículo primero (01) del Decreto 1391 de 2016, obtuvo una mayoría por la opción NO”.

Como se observa, el resultado de la votación fue favorable a los promotores del NO y constituyó un mandato político vinculante para el Presidente de la República. Ante estos acontecimientos, como se dijo en la Sentencia C-030 de 2018[125], los principales actores (Gobierno, FARC-EP y promotores del NO), reconocieron los resultados como un mandato de revisión del Acuerdo Final, pero no como un rechazo al proceso de paz. Por ello, se desarrolló una etapa de renegociación que finalizó con la suscripción de un nuevo Acuerdo el día 24 de noviembre de 2016.

6.2.5. En este contexto, como los actos jurídicos acusados hacen parte del proceso de convocatoria y realización del plebiscito al que dio lugar el primer Acuerdo de Paz, suscrito el 24 de agosto de 2016 entre los representantes del Gobierno Nacional y las FARC-EP, acuerdo que fue sometido a escrutinio del pueblo el 2 de octubre de 2016, dando como resultado el triunfo de la opción por el NO, se podría considerar que, en principio, tales normas carecen de efecto jurídico, pues el proceso plebiscitario ya finalizó y, en la actualidad, el mismo carece de relevancia constitucional. En tal sentido, lo ocurrido entre el citado 2 de octubre de 2016 y el 24 de noviembre del mismo año hace parte de un procedimiento distinto y separable de los preceptos objeto de demanda, careciendo estos en la actualidad de fuerza jurídica, ya que se entendería que ellos, por razón de su contenido y al ser parte de un proceso cuyo objeto ya se cumplió, involucrarían medidas que fueron ejecutadas y que, en su momento, tampoco fueron cuestionadas, por lo que hoy en día no generarían ninguna consecuencia.

6.2.6. No obstante, sobre el particular, en la corrección de la demanda, el accionante señala que los efectos de las normas impugnadas no han cesado y que se extienden en el tiempo, pues al involucrar deberes y obligaciones a cargo de los medios de comunicación, su incumplimiento activa la capacidad sancionatoria del CNE, cuyo término de caducidad es de tres años, en virtud de lo previsto en el artículo 52 del CPACA, según el cual: “(...) la facultad que tienen las autoridades para imponer sanciones caduca a los tres (3) años de

ocurrido el hecho, la conducta u omisión que pudiere ocasionarlas (...)".

Por el contrario, a juicio de la Vista Fiscal, cabe proferir un fallo inhibitorio respecto de la mayoría de las disposiciones acusadas, con excepción del literal d) del artículo 21, toda vez que las medidas allí planteadas se limitan a consagrar instrumentos de carácter cautelar, por una parte, para asegurar que el elector reciba información veraz, como ocurre con los artículos 12 y 21 literales a) y c), y por la otra, para ordenar la rectificación cuando sea procedente, como se dispone en el artículo 17 literal c), por lo que se trata de normas que ya fueron agotadas en el tiempo y que no permiten adoptar una decisión de fondo, al operar respecto de ellas el fenómeno de la carencia actual de objeto. Ello difiere, como ya se mencionó, de lo regulado en el literal d) del artículo 21, en donde se prevé la posibilidad de imponer multas cuyo monto oscilaría entre 25 y 40 salarios mínimos legales, al medio de comunicación que haya publicado una encuesta con inconsistencias graves, precepto que todavía tendría efectos en derecho, sobre la base del término de caducidad de la potestad sancionatoria del Estado.

6.2.7. Para la Corte, en el asunto sub-judice, es claro que le asiste razón al Ministerio Público, en lo que concierne a la disposición objeto de demanda prevista en el artículo 17 de la Resolución 1733 de 2016. Al respecto, cabe señalar que el precepto impugnado, esto es, el literal c), no puede ser objeto de examen por fuera de la norma a la que se incorpora, cuyo rigor normativo es del siguiente tenor:

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

a) Ordenar al medio de comunicación social correspondiente o a la empresa comercializadora de vallas, la suspensión o retiro inmediato de la propaganda de una campaña por la opción del SÍ o por la opción del NO, que sea utilizada para propósitos partidistas o de apoyo a candidaturas a cargos o corporaciones públicas de elección popular o con fines antidemocráticos, violencia o cualquier otra que busque desinformar al elector.

b) Ordenar al medio de comunicación social correspondiente, la suspensión inmediata de la difusión o publicación de la pieza de divulgación del acuerdo final a cargo del Gobierno Nacional, cuyo contenido invite a votar por alguna de las opciones.

c) Ordenar la rectificación cuando sea procedente.”

Como se deriva de la disposición transcrita y se explica por el propio CNE en los considerandos de la Resolución 1999 de 2016, el precepto acusado incluye a la orden de rectificación como una medida cautelar, que se expidió con el propósito de corregir en la misma época de campaña electoral[126], cualquier irregularidad relacionada con la difusión de los datos del plebiscito especial para la paz y de los asuntos cuya refrendación se preguntaba, a partir de la introducción de mensajes falsos, parcializados o imprecisos, en detrimento del derecho a la información de los electores y también de los ciudadanos que ya hubiesen asumido una u otra opción de voto, en la que pudieran incurrir no solo los promotores y el Gobierno Nacional, este último por la infracción al deber de imparcialidad previsto a su cargo en la ley[127], sino también los medios de comunicación, por su “condición de difusores de las piezas de propaganda y divulgación del Acuerdo Final”[128].

Por su naturaleza, las medidas cautelares se agotan una vez ha concluido el trámite respecto del cual se autoriza su expedición, de suerte que una de sus notas características es la accesoriedad, pues ellas solo pueden existir sobre la base de un derecho que se busca proteger, ya sea actual o futuro, en virtud del desarrollo de una acción o de la activación de un proceso.

En el caso bajo examen, como ya se dijo, la orden de rectificación se dispuso como una medida cautelar, cuya procedencia se explicó por la necesidad de ejercer un control oportuno en la información que se ofrecía a los electores, en una campaña electoral de corta duración, ya que la convocatoria de los ciudadanos al plebiscito tuvo lugar el 30 de agosto de 2016, fijando como fecha de votación el día 2 de octubre del año en cita. Esto implica que la habilitación dada al CNE para ordenar que la información falsa, parcializada o imprecisa sea rectificada, equivale a una autorización específica que, por su contenido y alcance, se entiende agotada en el tiempo, pues, de haberlo sido, sus mandatos ya debieron ser ejecutados, careciendo de la posibilidad de acudir a los mismos para ser empleados en otro mecanismo de participación o en un plebiscito distinto, en atención al carácter especial de las reglas expedidas para regular el proceso encaminado a someter a consideración del pueblo el Acuerdo de Paz suscrito con las Farc, según lo dispuesto en el artículo 1 de la ley 1806 de 2016.

En este orden de ideas, las rectificaciones que pudieron haber sido dispuestas en ejercicio de dicha medida de carácter cautelar constituyen actuaciones ya concluidas, puesto que las mismas debieron agotarse en la época de campaña y, además, al estar atadas en su suerte a un trámite principal, por su naturaleza accesorio, su existencia se entiende finalizada una vez agotado el proceso plebiscitario para el cual fueron autorizadas, a partir de los resultados de la votación mayoritaria por la opción del No.

Aunado a lo anterior, si bien –como ya se advirtió– en casos excepcionales se ha admitido por la Corte el control sobre preceptos cuyos efectos jurídicos se entienden consolidados[129], ninguna de las hipótesis que lo permiten tiene ocurrencia en el asunto sub-judice. Ello es así, por una parte, porque a pesar de que el ámbito de aplicación temporal del precepto demandado fue estrecho y restringido en el tiempo, la posibilidad de activar y efectuar un control de constitucionalidad en su contra, siempre se mantuvo vigente por la vía del control concreto que ofrece la acción de tutela, en donde con miras a proteger derechos fundamentales como la libertad de información y de prensa, nada excluía la posibilidad de solicitar la suspensión provisional del acto que dispusiera la medida cautelar, como lo autoriza el artículo 7 del Decreto 2591 de 1991[130]; y por la otra, porque al haber concluido de forma negativa el proceso plebiscitario, el acto impugnado carece de relevancia constitucional, pues ya no es posible adelantar un debate sobre posibles efectos retroactivos, al estar de por medio una actuación que hizo parte de un proceso que ya concluyó y que fue reemplazada por un instancia distinta de renegociación, como se advirtió previamente, con la suscripción de un nuevo Acuerdo el día 24 de noviembre de 2016.

Por consiguiente, respecto del literal c) del artículo 17 de la Resolución 1733 de 2016, la Sala Plena concluye que opera el fenómeno de la carencia actual de objeto, de suerte que, en la parte resolutoria de esta decisión, se declarará inhibida para proferir un fallo de fondo.

6.2.8. Por el contrario, este Tribunal encuentra que, por regla general, cabe un pronunciamiento de fondo respecto de los preceptos acusados de los artículos 12 y 21 de la Resolución 1733 de 2016, modificados por la Resolución 1999 del año en cita, cuyo tenor literal es el siguiente:

“Artículo 12. Modificado por el artículo 1º de la Resolución 1999 de 2016. Pluralismo, equilibrio informativo e imparcialidad. Los concesionarios y operadores de televisión y radio, durante la campaña del plebiscito, deberán garantizar el pluralismo, el equilibrio informativo y la imparcialidad, así como la veracidad en el manejo de la información sobre las campañas por la opción del SÍ y por la opción del NO.

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

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

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

“Artículo 21. Modificado por el artículo 3º de la Resolución 1999 de 2016. De las encuestas. De conformidad con el artículo 20 de la Constitución Política, las encuestas que se realicen con ocasión del plebiscito deberán cumplir con los requisitos previstos en las Resoluciones 23 de 1996 y 50 de 1997 proferidas por esta Corporación.

Adicionalmente, se deberán observar las siguientes reglas:

a) La encuesta deberá ser remitida por el medio de comunicación a través del cual se divulga, al Consejo Nacional Electoral el día siguiente de la fecha de su publicación, acompañada de la información que permita establecer su trazabilidad. La ficha técnica debe especificar si la encuesta fue realizada por solicitud de alguno de los comités por la opción del SÍ o por la opción del NO o por un medio de comunicación. En la ficha técnica presentada por la firma encuestadora se incluirá el nombre de un profesional de estadística que acredite la idoneidad de la firma.

También se informará a esta corporación sobre los sondeos de opinión que con relación al plebiscito divulguen los medios de comunicación social, al día siguiente a su publicación;

b) El tamaño de la muestra deberá ser no menor a 1.000 encuestas;

c) Solo se podrán publicar y difundir encuestas hasta el martes anterior a la fecha de la votación del plebiscito especial;

d) Las inconsistencias graves de la información contenida en la ficha técnica darán lugar a una multa que oscilará entre veinticinco (25) y cuarenta (40) salarios mínimos legales mensuales vigentes, según la gravedad de la falta, o la suspensión o prohibición del ejercicio de estas actividades. El medio de comunicación que publicó la encuesta será corresponsable y por consiguiente, se le aplicará la sanción pecuniaria en la misma cuantía y proporción que a la firma encuestadora;

e) Las firmas encuestadoras deberán reportar al Consejo Nacional Electoral certificación del valor del contrato y el pago del IVA del mismo, en virtud del cual se efectuó la encuesta.”

Al observar el contenido de ambas disposiciones, sin perjuicio del análisis que se haga en el caso concreto, se advierte que en ellas se incluyeron varias obligaciones y deberes que tenían como destinatarios principales a los medios de comunicación, con ocasión del proceso plebiscitario especial para la paz.

6.2.8.1. Así, en el artículo 12, se establecía a cargo de los concesionarios y operadores de televisión y radio la obligación de garantizar el pluralismo, el equilibrio informativo, la imparcialidad y la veracidad en el manejo de la información sobre las campañas por la opción del SÍ y por la opción del NO. En virtud de dicho compromiso, se les exigía remitir un informe semanal al CNE, con los tiempos o espacios que se otorgaron en sus emisiones o publicaciones a las distintas campañas, con el fin de que el citado organismo electoral “publicar[a] dicha información y verificar[a] el cumplimiento de lo aquí dispuesto”.

Por último, en la misma disposición objeto de examen, se dispuso que “[l]as campañas tendr[ían] derecho a la rectificación en condiciones de equidad, cuando se presenten informaciones falsas, parcializadas o imprecisas”.

Para la Corte, con excepción de este último inciso, la norma bajo examen permite la adopción de un fallo de fondo, ya que al consagrar la existencia de varios deberes a cargo de los medios de comunicación, su incumplimiento ha dado lugar a la apertura de investigaciones por parte del CNE, algunas en curso y otras archivadas, en virtud del ejercicio de la potestad sancionatoria de la administración, que en el caso particular, como

previamente se expuso, se sujeta al término de caducidad de tres años previsto en el artículo 52 del CPACA. De esta manera, se entiende que las disposiciones acusadas todavía tienen la capacidad de producir efectos jurídicos, pues al exigir en ellas varias obligaciones para los medios de comunicación durante el tiempo de campaña, que transcurrió entre el 30 de agosto de 2016 y el 1° de octubre del año en cita[131], cualquier inobservancia o transgresión a las mismas, le atribuiría al CNE la competencia para ejercer su potestad sancionatoria hasta finales del año 2019, toda vez que, según se dispone en el citado artículo de la Ley 1437 de 2011, “[s]alvo lo dispuesto en leyes especiales, la facultad que tienen las autoridades para imponer sanciones caduca a los tres (3) años de ocurrido el hecho, la conducta u omisión que pudiere ocasionarlas, término dentro del cual el acto administrativo que impone la sanción deber haber sido expedido y notificado. (...)”.

En línea con lo expuesto, por ejemplo, la Corte encontró la Resolución No. 350 del 15 de febrero de 2018, en la que se decidió abrir una investigación administrativa y formular cargos contra la Fundación ICTUS – CANAL TELEAMIGA, por la presunta violación de los artículos 34 de la Ley 1757 de 2015, 12 de la Resolución 1733 de 2016 y 1° de la Resolución 2004 del año en cita[132], por la posible divulgación de material de propaganda electoral por la opción del NO el día de la votación del plebiscito, fecha para la cual estaba prohibida toda clase de promoción en relación con cualquiera de las dos alternativas electorales. A juicio del CNE, la sanción a imponer en este tipo de casos es la que se encuentra prevista en el literal a) del artículo 39 de la Ley 130 de 1994[133], cuyos valores se deben reajustar cada año de acuerdo con el aumento del IPC[134].

Por consiguiente, sobre la base de que el artículo 12 de la Resolución 1733 de 2016 consagró obligaciones para los medios de comunicación en sus dos primeros incisos[135], cuya presunta violación todavía puede suscitar la apertura de investigaciones administrativas de contenido sancionatorio en su contra, y que tales actuaciones se pueden llevar a cabo por la labor de “verificación” que se consagra en el inciso tercero de esa misma norma a cargo del CNE[136], la Sala Plena concluye que estas disposiciones aún producen efectos jurídicos, por lo que son susceptibles de ser sometidas a control de constitucionalidad por parte de la Corte.

No sucede lo mismo respecto del inciso 4 del artículo 12, en el que se dispone que: “Las campañas tendrán derecho a la rectificación en condiciones de equidad, cuando se

presenten informaciones falsas, parcializadas o imprecisas”. Ello es así, por una parte, porque la citada norma no consagra una obligación que sea susceptible de provocar el inicio de una investigación administrativa que involucre el ejercicio de la potestad sancionatoria del Estado, en la medida en que se limita a reiterar el derecho fundamental que tienen todas las personas, naturales o jurídicas, consagrado en el artículo 20 de la Constitución, por virtud del cual “(...) se garantiza el derecho a la rectificación en condiciones de equidad”. De ahí que, como se dijo en la Sentencia C-577 de 2011[137], no es posible adelantar un juicio abstracto de inconstitucionalidad frente a disposiciones que solo reproducen textualmente la Constitución[138]; y por la otra, porque más allá de que el mencionado derecho –como lo establecen las reglas generales– sea susceptible de protección por la vía de la acción de tutela, en la Resolución 1733 de 2016 únicamente se aludió como herramienta para su defensa a la medida cautelar que permitía “ordenar la rectificación cuando sea procedente” consagrada en el artículo 17, el cual, como se estudió en el acápite anterior, carece de efectos jurídicos, de suerte que frente al inciso 4 del artículo 12 también se debe declarar la carencia actual de objeto, por tratarse de normas que se encuentran intrínsecamente relacionadas entre sí.

6.2.8.2. En cuanto al artículo 21, en los apartes que son cuestionados por el actor, la Corte advierte que se establecían varias obligaciones para los medios de comunicación relacionadas con las encuestas, tanto en lo referente a su remisión al CNE, como a la información sobre los sondeos de opinión que se hayan realizado, aunado al deber de cumplir con un límite temporal respecto de la posibilidad de divulgarlas o publicarlas[139].

A ello se agregó una corresponsabilidad del medio que haya publicado una encuesta con inconsistencias graves, para quien se dispuso la aplicación de una sanción pecuniaria en la misma cuantía y proporción que a la firma encuestadora, esto es, una multa que oscilaría entre 25 y 40 SMLMV, según la gravedad de la falta.

Al igual que se mencionó con anterioridad, la infracción a las obligaciones dispuestas en este artículo y que son objeto de cuestionamiento por el actor, le otorgan al CNE la posibilidad de abrir investigaciones administrativas de carácter sancionatorio, cuyo término de caducidad se extiende hasta finales del año 2019, por lo que tales preceptos aún producen efectos jurídicos y por ello son susceptibles de ser sometidos a control de

constitucionalidad. Al respecto, cabe señalar que, por ejemplo, en la Resolución No. 1451 del 6 de julio de 2017, la mencionada autoridad electoral dio por terminada una actuación que se promovió contra el Canal Caracol y la encuestadora Cifras & Conceptos, porque –al parecer– no habían publicado el nombre del estadístico que respaldaba la información divulgada, queja que no se ajustaba a la realidad, toda vez que al consultar la ficha técnica se encontró que sí se había informado sobre la persona que ejerció dicho rol.

6.2.9. De acuerdo con lo anterior, en el asunto bajo examen, con excepción del inciso 4 del artículo 12 y el literal c) del artículo 17 de la Resolución 1733 de 2016, respecto de los cuales se presenta la figura de la carencia actual de objeto, el resto de preceptos acusados todavía son susceptibles de producir efectos jurídicos, por lo que el examen que a continuación se adelantará se limitará a dichas normas y a los cargos de inconstitucionalidad que en su contra se hayan propuesto. Por tal razón, en seguida se delimitará el alcance de la controversia, se planteará el problema jurídico, se realizarán unas breves consideraciones sobre la materia y se procederá con la resolución del caso concreto.

6.3. Fijación de la controversia y planteamiento del problema jurídico

6.3.1. Inicialmente, se realizará por esta Corporación un breve resumen de los cargos propuestos por el actor frente a las disposiciones que serán objeto de pronunciamiento, incluyendo lo manifestado por los intervinientes, y si es del caso, lo propuesto por el Procurador General de la Nación.

6.3.2. Así, en cuanto al artículo 12, el actor expone los siguientes problemas de constitucionalidad:

Cargo 1: El deber de remitir un informe semanal al CNE por parte de los concesionarios y operadores de radio y televisión, para que tal entidad verifique el cumplimiento de los principios de pluralismo, imparcialidad, equilibrio informativo y veracidad, en el manejo de la información sobre las campañas por la opción del SÍ y por la opción del NO, en las emisiones o publicaciones que se hagan respecto del plebiscito especial para la paz, implica el otorgamiento de una competencia que no se deriva de las funciones que el artículo 265 de la Carta le asigna a dicha autoridad, toda vez que la Constitución solo la autoriza para regular asuntos propios de la actividad electoral, siendo sus destinatarios los partidos y

movimientos políticos, los candidatos y/o comités que participen en elecciones o en mecanismos de participación ciudadana.

Cargo 2: La potestad para verificar la observancia de los principios de veracidad, pluralismo, equilibrio informativo e imparcialidad en las emisiones que se hagan en los medios de comunicación respecto de la campaña del plebiscito, lo que en realidad está autorizando es que se supervisen los tiempos y espacios que cada uno de ellos le da a las distintas campañas a favor o en contra de la aprobación del citado mecanismo de participación, interfiriendo en el núcleo esencial de la libertad de prensa, que se expresa en la discrecionalidad que tiene cada operador y concesionario de radio y televisión para definir el contenido noticioso que quiere difundir y las decisiones editoriales que está dispuesto a adoptar.

Cargo 3: La atribución otorgada al CNE constituye una expresión de censura, que se produce con posterioridad a las emisiones o publicaciones que se hagan, “en tanto su principal objetivo es señalarle al medio de comunicación sus supuestos errores”[140] y a partir de allí direccionar la forma “cómo se debe presentar”[141] la información en futuras ocasiones.

Cargo 4: En caso de entender que la disposición acusada consagra una hipótesis de responsabilidad ulterior respecto de la libertad de información, ella no resultaría válida porque (i) el acto en la que se consagra es una resolución y no una ley; (ii) porque los límites que refieren al equilibrio informativo y al pluralismo no tienen respaldo en la Constitución ni en la ley; y (iii) porque las restricciones impuestas no satisfacen el juicio de necesidad.

Las intervenciones se dividen entre quienes coadyuvan la solicitud del actor y quienes defienden la constitucionalidad de las normas demandadas. En todo caso, cabe aclarar que el resumen que se presenta corresponde únicamente a las razones que se vinculan con los cargos presentados, pues, como lo ha reiterado recientemente este Tribunal[142], tal formulación constituye el límite de su pronunciamiento, entre otras, por las siguientes razones: (i) porque el juicio de constitucionalidad por vía activa tan solo es procedente cuando se formula una acusación ciudadana (CP art 241), que satisface los requisitos formales y materiales de admisión[143], por lo que son los cargos que allí se exponen las que

concretan el objeto del debate constitucional, en ejercicio de un derecho político de carácter fundamental (CP art. 40.6); (ii) porque la obligación de rendir concepto por parte del Procurador General de la Nación se circunscribe a la pretensión de inconstitucionalidad planteada por el actor, sin que sea posible ampliar los temas objeto de pronunciamiento, así sean invocados por algunos de los intervinientes, pues, de hacerlo, se estaría ante un control cuyo origen no es el ejercicio del derecho de acción como lo exige la Constitución (CP art. 241), y (iii) porque de asumir un juicio sobre cargos distintos a los expuestos en la demanda, eliminaría la posibilidad de quienes participaron en la expedición de la norma de explicar las razones que justifican su constitucionalidad (CP art. 244), como elemento mínimo de contradicción que debe tener el juicio abstracto a cargo de la Corte[144].

Con fundamento en la citada aclaración, se encuentra que la Defensoría del Pueblo, la Fundación para la Libertad de Prensa, la Asociación Nacional de Medios de Comunicación y la Universidad Libre coadyuvan la pretensión del actor. Para el efecto, exponen que los límites que se imponen en las normas acusadas a la libertad de expresión debieron ser objeto de previsión legal, por lo que no resulta viable su consagración por vía de una resolución del CNE.

Se afirma que la veracidad e imparcialidad en ningún momento pueden ser objeto de valoraciones cuantitativas, pues ello constituiría una violación a la libertad de expresión. A lo cual se agrega que el artículo 12 no distingue entre opinión e información, convirtiendo al CNE en un veedor del debate público. Incluso, uno de los intervinientes[145], cuestiona que se impongan restricciones vinculadas con el pluralismo y el equilibrio informativo, por cuanto la Constitución solo refiere a que la información debe ser veraz e imparcial, como límites a la actividad de los medios de comunicación (CP art. 20). Por último, se reitera que el envío del informe lesiona la autonomía editorial de los medios, pues su finalidad es la de verificar el contenido de lo que se publica, en aras de establecer lineamientos de cómo presentar la información, lo que se traduce en una clara modalidad de censura. Tal control, por lo demás, es contrario al principio de necesidad, al existir otras herramientas menos invasivas para asegurar la libertad del voto.

Para los intervinientes que defienden la constitucionalidad de los preceptos acusados, esto es, el Consejo Nacional Electoral, la Academia Colombiana de Jurisprudencia, la Universidad Santo Tomás y la Universidad Industrial de Santander, tales normas (i) se limitan a

desarrollar la potestad regulatoria que la Ley 1806 de 2016, en el artículo 2, le otorgó al CNE, para regular el acceso a los medios de comunicación y para expedir otras disposiciones que sean necesarias, con el fin de garantizar la igualdad, la equidad, el equilibrio, la proporcionalidad y la imparcialidad en las campañas por el SÍ y por el NO[146]; (ii) su rigor normativo no hace nada distinto a incorporar preceptos vigentes en la ley electoral, por la vía de la remisión normativa autorizada en las Leyes 134 de 1994, 1757 de 2015 y 1806 de 2016. Finalmente, (iii) en cuanto a su alcance, ellas se explican en la necesidad de procurar el voto informado y consciente de los ciudadanos, para lo cual, en un sistema democrático, se exige que los medios ofrezcan las mismas oportunidades de difusión, en términos cuantitativos y cualitativos, a las distintas campañas del plebiscito, tanto por la opción del SÍ como por la opción del NO, como parte de la responsabilidad social que les es inherente.

Por último, frente al artículo 12, según se expuso con anterioridad, el Procurador General de la Nación se limitó a proponer la expedición de un fallo inhibitorio, al considerar que dicha norma no está produciendo efectos jurídicos, concepto que no comparte este Tribunal, por las razones que fueron expuestas en el acápite 6.2.8.1 de esta providencia.

6.3.3. En lo que atañe al artículo 21, el accionante formula los siguientes problemas de constitucionalidad:

Cargo 1: Si bien el numeral 6 del artículo 265 de la Constitución, le asigna al CNE la atribución de velar por el cumplimiento de las disposiciones sobre encuestas de opinión política[147], tal función “no puede extenderse para regular asuntos propios de los medios de comunicación”[148], ni para limitar lo que se difunde o publica, y mucho menos, “para establecer responsabilidades por hechos de terceros”[149].

Cargo 2: Las encuestas para los medios de comunicación son un hecho noticioso o informativo cuya divulgación hace parte de su autonomía editorial, por lo que la regulación sobre la materia, al restringir el goce efectivo del derecho fundamental a la libertad de prensa, debió ser objeto de regulación por el legislador estatutario.

Cargo 3: La norma demandada confunde el hecho de contratar o publicar una encuesta con la actividad de realizarla. De allí que no pueda imponerse al medio de comunicación la obligación de enviar su contenido al CNE para establecer su trazabilidad, en tanto no son

ellos quienes las realizan y tienen la capacidad técnica para cumplir con dicha obligación.

Cargo 4: El CNE no goza de la atribución de fijar un límite para la divulgación o publicación de las encuestas, como se hace en el literal c), en donde se consagra que “solo se podrán publicar y difundir encuestas hasta el martes anterior a la fecha de la votación del plebiscito especial”, pues su potestad de intervención se circunscribe a lo establecido en el inciso 3 del artículo 28 de la Ley 996 de 2005, en el que se especifica que: “El Consejo Nacional Electoral ejercerá especial vigilancia sobre las entidades o personas que realicen esta actividad cuando se trate de encuestas políticas, electorales o sondeos de opinión, para asegurar que las preguntas no sean formuladas de manera que induzcan una respuesta determinada y que las encuestas reúnan las condiciones técnicas señaladas por el Departamento Administrativo Nacional de Estadística, DANE”[150].

Cargo 5: Se objeta que el literal d) establezca que los medios de comunicación son responsables por las “inconsistencias graves” de los datos contenidos en la ficha técnica de las encuestas, ya que el término utilizado no permite identificar si el hecho que origina la sanción frente a un operador y concesionario de televisión y radio es únicamente la violación a lo previsto en la Resolución 1733 de 2016 o si también incluye “asuntos técnicos en la forma de realizar la encuesta y hacer los estudios estadísticos”[151], respecto de lo cual los medios carecen de un conocimiento específico, siendo irrazonable que sean llamados a responder.

Cargo 6: Por último, a juicio del demandante, la corresponsabilidad que se establece para los medios de comunicación en el citado literal d), va más allá del deber social de revisión e inspección del contenido que se publica, pues se entiende que las encuestas son hechas por empresas especializadas y con conocimiento técnico, de suerte que para poder imponer una responsabilidad solidaria, como lo hace la Resolución, debe acreditarse que el medio actuó de mala fe y que incluso su intención fue la de “desinformar o manipular la veracidad de los hechos”[152].

Al igual que ocurrió con el artículo anterior, las intervenciones se dividen entre quienes coadyuvan la solicitud del accionante y quienes defienden la constitucionalidad de las disposiciones demandadas. Para los primeros, que corresponde a la Defensoría del Pueblo, la Fundación para la Libertad de Prensa y la Asociación Nacional de Medios de

Comunicación, los preceptos acusados deben ser declarados inexecutable, toda vez que los deberes y responsabilidades que se imponen a los medios deben ser objeto de definición por parte del legislador estatutario[153]. Además, no cabe asimilar el rol de las encuestadoras frente al papel que cumplen los operadores y concesionarios de radio y televisión que divulgan noticias, de suerte que es inconstitucional extender a su cargo la responsabilidad por inconsistencias graves en las encuestas, sin constatar la previa existencia de dolo o mala fe de su parte. Por ello, afirman que la regulación es desproporcionada, ya que los medios solo actúan como canal para dar a conocer un hecho de interés, de donde resulta que no pueden ser corresponsables por la simple consideración de haber pagado o contratado una encuesta[154]. Aunado a lo anterior, expresan que la multa se torna en un mecanismo de censura, cuya finalidad es causar temor y coartar el uso de las encuestas como instrumento dinamizador de la jornada electoral.

Para Asomedios, el literal c), en el que se dispone que “[s]olo se podrán publicar y difundir encuestas hasta el martes anterior a la fecha de la votación del plebiscito especial”, es inconstitucional por contrariar las Leyes 130 de 1994, 996 de 2005 y 1475 de 2011, en las que se señala que se pueden publicar resultados hasta el día anterior a la fecha de la respectiva elección o votación, fórmula que debió mantenerse en el asunto sub-judice.

Para los intervinientes que defienden la constitucionalidad de los preceptos acusados, esto es, el Consejo Nacional Electoral, la Academia Colombiana de Jurisprudencia, la Universidad Santo Tomás, la Universidad Industrial de Santander y la Universidad Libre[155], tales disposiciones (i) se explican por la necesidad de asegurar el voto libre, consciente e informado de los ciudadanos en las urnas; (ii) su origen se remonta a la autorización de la Ley 1806 de 2016, en la que se facultó al CNE para regular la veracidad, imparcialidad y equilibrio informativo en el manejo de la información que se haga por los medios durante la campaña del plebiscito; (iii) por lo que, para tal efecto, lo que se hizo, fue seguir los parámetros normativos vigentes previstos en el artículo 28 de la Ley 996 de 2005. En general, se considera que (iv) las obligaciones que se imponen lejos de vulnerar los derechos de los medios son una expresión de su responsabilidad social, frente a la garantía de un debate electoral que no se valga de datos o encuestas manipuladas. Por ello, se advierte que no existe desproporción en su consagración, ya que el simple compromiso de verificar la trazabilidad de la ficha técnica es un mandato que sin mayores dificultades se puede cumplir directamente o como parte de las obligaciones de la encuestadora con quien

se contrata. Por último, (v) en cuanto al literal c), la Universidad Libre señala que el límite para publicar y realizar encuestas, al no existir una restricción de tipo legal, podía ser objeto de decisión por parte del CNE.

Para la Vista Fiscal, la corresponsabilidad prevista en la Resolución 1733 de 2016, supondría que el operador y concesionario de radio y televisión tendría que realizar un estudio técnico sobre las encuestas antes de su publicación, lo que terminaría afectando la circulación de información, ya sea porque la misma jamás se publique o se haga de manera tardía, con las implicaciones negativas que ello generaría para la democracia, sobre todo cuando de lo que se trata es de promover el uso de un mecanismo de participación. Por ello, afirma que se está en presencia de una carga desproporcionada, puesto que la medida es altamente lesiva de la libertad de prensa, bastando con la identificación de los profesionales que realizaron la encuesta, para efectuar sobre ellos el control que corresponda.

Por último, el Ministerio Público afirma que el concepto de inconsistencias graves, que se encuentra al inicio del literal d) del artículo 21, en cuanto al medio de comunicación se refiere, es una noción vaga e imprecisa, porque no brinda claridad en lo que podría ser objeto de reproche, en especial, si aprecia que la prensa no tiene un conocimiento específico en realizar mediciones, y su actividad no se encuadra dentro de dicho objeto. De esta manera, concluye que “la responsabilidad sobre los aspectos técnicos de la encuesta debe recaer en la firma que la realiza, [pues ella] (...) es la que tiene los conocimientos para desarrollar esa labor”[157].

6.3.4. De acuerdo con los argumentos expuestos en la demanda, en las distintas intervenciones y teniendo en cuenta el concepto de la Vista Fiscal, le corresponde a esta Corporación establecer, en primer lugar, si el CNE tenía competencia para expedir la regulación demandada prevista en los artículos 12 y 21 de la Resolución 1733 de 2016, modificada por la Resolución 1999 del año en cita; y, en segundo lugar, si tales normas vulneran lo previsto en los artículos 20 y 73 de la Constitución, así como el artículo 13 de la Convención Americana de Derechos Humanos, referentes a las libertades de información, expresión y prensa, al consagrar la obligación de remitir un informe semanal sobre emisiones y publicaciones a la citada autoridad, al otorgarle capacidad para verificar el cumplimiento de varios principios en el manejo de información sobre las campañas del plebiscito especial para la paz, al disponer reglas para la presentación de las encuestas

–en lo que atañe a su forma y al límite temporal para su divulgación– y al establecer un mandato de corresponsabilidad de los medios de comunicación, en el que se incluye la posibilidad de imponer una multa, por inconsistencias graves en las fichas técnicas.

Con miras a resolver los problemas jurídicos previamente planteados, la Corte reiterará su jurisprudencia sobre las libertades de expresión, información y prensa, en lo que corresponde a su contenido, alcance y límites, junto con una explicación sobre la prohibición de censura.

6.4. Reiteración de jurisprudencia sobre las libertades de expresión, información y prensa

6.4.1. El derecho fundamental a la libertad de expresión stricto sensu

La libertad de expresión en sentido estricto es el derecho de las personas a expresar y difundir libremente el propio pensamiento, informaciones e ideas, sin limitación, a través del medio y la forma escogidos por quien se expresa. En su contenido, apareja el derecho de su titular a no ser molestado por divulgar sus opiniones, conceptos o creencias, y cuenta con una dimensión individual y una colectiva. En su aspecto individual, esta facultad abarca el derecho formal a expresarse como tal sin interferencias arbitrarias, así como el derecho a utilizar cualquier medio apropiado para difundir sus ideas. En su expresión colectiva, la libertad de expresión incluye el derecho de todas las personas a recibir tales pensamientos, ideas y opiniones de parte de quien las expresa. Para la Corte, tanto la dimensión colectiva como la individual deben ser protegidas de igual manera y en forma simultánea[158].

Sobre el papel que desempeña la libertad de expresión, este Tribunal ha señalado que:

“La libertad de expresión ocupa un lugar preferente en el ordenamiento constitucional colombiano, no solo por cuanto juega un papel esencial en el desarrollo de la autonomía y libertad de las personas (CP art. 16) y en el [acceso al] conocimiento y la cultura (CP art. 71) sino, además, porque constituye un elemento estructural básico para la existencia de una verdadera democracia participativa (CP arts. 1, 3 y 40). Por ello, en numerosas decisiones, esta Corporación ha destacado la importancia y trascendencia de esta libertad, que protege no sólo la facultad de difundir y expresar opiniones e ideas, o libertad de expresión en sentido estricto, sino también la posibilidad de buscar, recibir y difundir informaciones de

toda índole, o derecho y libertad de informar y ser informado”[159].

Su consagración en la Carta se prevé en el artículo 20, cuando se dispone que “[s]e garantiza a toda persona la libertad de expresar y difundir su pensamiento y opiniones (...)”. Entre los discursos protegidos por la libertad de expresión, se destacan aquellos que impactan en el desarrollo del sistema democrático o que se pronuncian sobre asuntos de interés público. Por esta vía se salvaguardan todas las manifestaciones relevantes para el desarrollo de la opinión pública, siempre que contribuyan a la formación de ciudadanos críticos y con capacidad de valorar el desarrollo de la actividad política[160]. Su ejercicio conlleva, en todo caso, deberes y responsabilidades para quien se expresa, los cuales deben ser definidos con precisión en la ley o con sujeción a ella, sin perjuicio de la aplicación directa de los derechos fundamentales de terceros, como el buen nombre y la intimidad.

6.4.2. El derecho fundamental a la libertad de información

La libertad de información es un derecho conexo pero diferenciable de la libertad de expresión, ya que protege la comunicación de versiones sobre hechos, eventos, acontecimientos y en general todo tipo de situaciones, en aras de que el receptor se entere de lo que está ocurriendo. En esta libertad el interés de este último sujeto adquiere especial trascendencia, toda vez que el acceso a los datos son los que le permiten ejercer efectivamente su condición de ciudadano. Es importante resaltar que tanto la libertad de expresión como la libertad de información, además de soportarse en la autonomía de quien se expresa, en distintas ocasiones requieren de una infraestructura material apta para captar y difundir ideas, opiniones, noticias o acontecimientos, más allá de que dicha condición tienda a estar generalmente vinculada con la última de las garantías en mención.

Ahora bien, este Tribunal ha señalado que la libertad de información opera como un derecho de doble vía[161], a partir de su consagración en el artículo 20 de la Carta, ya que garantiza tanto la potestad de informar, como el derecho a recibir información veraz e imparcial[162]. Incluso, por el lugar central que ocupa el libre flujo de informaciones de todo tipo dentro del desarrollo del sistema democrático, se ha dicho que esta libertad tiene un lugar especial e influyente en el régimen constitucional, particularmente cuando su ejercicio

se aparea con la libertad de prensa, es decir, cuando se ejerce a través de los medios masivos de comunicación[163]. Por ello, se ha insistido en que su ejercicio conlleva claros deberes y responsabilidades para su titular. Las principales obligaciones que impone se refieren a las características de la información que se transmite, la cual ha de ser “veraz e imparcial” (CP art. 20), y al mismo tiempo respetuosa de los derechos fundamentales de terceros, en especial de la intimidad y el buen nombre.

A este respecto, este Tribunal ha explicado que cuando se ejerce la libertad de información acompañada de la libertad de expresión, es preciso hacer una clara distinción entre la transmisión de información fáctica y la emisión de opiniones o valoraciones de hechos. En efecto, mientras la divulgación sobre estos últimos, en tanto ejercicio de la libertad de información, ha de ser veraz e imparcial, la expresión de opiniones sobre hechos no está sujeta a tales parámetros, siempre que las circunstancias en que se funden sean ciertas y no respondan a datos parciales o fraccionados[164].

6.4.3. El derecho fundamental a la libertad de prensa. Los medios de comunicación, su responsabilidad social y la prohibición de censura

La libertad de prensa ha sido objeto de desarrollo a partir de dos manifestaciones que le son inherentes, por una parte, la libertad de fundar medios masivos de comunicación, y por la otra, la libertad de que dichos medios funcionen sin interferencias indebidas, de forma tal que puedan cumplir el rol para el cual están previstos dentro de una sociedad democrática. Precisamente, en la Sentencia C-010 de 2000[165], la Corte resaltó que esta libertad goza de una especial protección del Estado, como se consagra en el artículo 73 de la Carta[166], pues “(...) es una condición estructural de funcionamiento de la democracia y del Estado de derecho. En efecto, solo con una prensa libre, pluralista e independiente, puede desarrollarse un debate democrático vigoroso y pueden los ciudadanos controlar los eventuales abusos de los gobernantes”.

Ahora bien, la difusión masiva que alcanzan las informaciones transmitidas a través de los medios de comunicación, su poder de penetración, el impacto profundo que pueden tener sobre la audiencia y, en general, el poder social del que en la práctica son titulares, lleva implícitos ciertos riesgos y puede eventualmente entrar en conflicto con otros derechos, valores o intereses constitucionalmente protegidos. Por tal razón, no solo se les impone la

carga de hacer uso de la libertad de información, de manera veraz e imparcial, sino también asumir un mandato de “responsabilidad social” (CP art. 20) por el papel que cumplen. Dicha responsabilidad se hace extensiva a los periodistas, comunicadores y particulares que se expresan a través de los medios, en atención a los riesgos que éstos plantean y a la tensión que generalmente existe frente a los derechos de terceros.

En línea con lo expuesto, la Constitución admite, desde una perspectiva general, dos tipos de limitaciones frente al ejercicio de la libertad de prensa. Por una parte, las restricciones que se soportan en mandatos expresamente consagrados en el Texto Superior, como lo son, (i) la posibilidad de precisar las hipótesis en las que se activa el mandato de responsabilidad social, según se dispone en el artículo 20 de la Carta[167]; o (ii) de amparar las garantías constitucionales de igualdad de oportunidades, pluralismo informativo y competencia, en lo que atañe al acceso del espectro electromagnético, frente a aquellos medios que requieran su uso, conforme se señala en el artículo 75 de la Constitución[168]; o (iii) de establecer las reglas que sujetan su prestación, cuando dichos medios tienen a su cargo la transmisión de un servicio público, como ocurre –entre otras– con la radiodifusión y la televisión[169], en los términos previstos en el artículo 365 del Estatuto Superior[170]. Y, por la otra, las limitaciones que se derivan de la necesidad de garantizar otros derechos constitucionales, o valores o principios del régimen democrático, respecto de las cuales, a partir de consagrado en el artículo 93 de la Carta, se exige el cumplimiento de varios requisitos especiales derivados del artículo 13 de la CADH[171], a partir de lo que se ha denominado el test tripartito.

Dentro de este escenario, la Corte ha referido a la libertad de prensa como un derecho que no es absoluto, al manifestar que:

“El carácter preferente de las libertades de expresión, información y de prensa no significa, ‘sin embargo, que estos derechos sean absolutos y carezcan de límites. Así, no sólo no existen en general derechos absolutos, sino que, en particular, la libertad de expresión puede colisionar con otros derechos y valores constitucionales, por lo cual, los tratados de derechos humanos y la Constitución establecen que ciertas restricciones a esta libertad son legítimas. Así, conforme a los artículos 13 de la Convención Interamericana y 19 del Pacto de Derechos Civiles y Políticos de las Naciones Unidas, este derecho puede ser limitado para asegurar (i) el respeto a los derechos o a la reputación de los demás, o para (ii) la

protección de la seguridad nacional, el orden público, la salud o la moral públicas. Por ello, esta Corporación ha también admitido, en numerosas decisiones, ciertas restricciones a la libertad de expresión a fin de proteger y asegurar, en ciertos casos concretos, otros bienes constitucionales, como el orden público o los derechos a la intimidad o al buen nombre'. // Dentro de este marco jurídico y democrático resulta razonable que el legislador, al desarrollar el principio de responsabilidad social de los medios de comunicación, les imponga parámetros vinculados con el deber de informar de manera veraz e imparcial, como también que les señale obligaciones individuales o solidarias cuando con sus acciones u omisiones causen perjuicios a los destinatarios de sus informaciones o mensajes.”[172]

El test tripartido supone entonces que las limitaciones a las libertades de expresión, información y prensa, para ser constitucionales, deben cumplir con los siguientes requisitos: (i) su origen debe provenir de una ley, a partir de su consagración clara y precisa; (ii) las mismas tienen que perseguir el logro de ciertas finalidades imperiosas; y, (iii) en cuanto a su contenido, se exige que sean adecuadas, necesarias y proporcionales frente al objetivo propuesto.

En cuanto al primer requisito, este Tribunal ha dicho que “las autoridades que establecen (...) limitaciones por fuera de la autorización legal, o sin ella, violan la [citada] libertad constitucionalmente protegida.”[173] Por tal razón, “el nivel de precisión con el cual se han de formular las leyes correspondientes debe ser lo suficientemente específico y claro”[174], toda vez que no es posible establecer limitantes con base en mandatos vagos, ambiguos, amplios o indeterminados. Frente al segundo requisito, se ha especificado que toda limitación ha de perseguir la materialización de ciertas finalidades constitucionales imperiosas, como la protección de los derechos de los demás, de la seguridad y el orden público, de la salud pública o de la moral pública. Y, en lo que atañe al último requisito, se ha señalado que la limitación es adecuada si permite obtener el fin que justifica su consagración. Además, se torna en necesaria, si el medio empleado es el menos gravoso en términos del ejercicio pleno de la libertad de expresión. Y, finalmente, es proporcional, si el sacrificio que por ella se genera no resulta exagerado o desmedido frente a las ventajas que se obtienen por el logro de la finalidad que la justifica.

Por último, la limitación no puede suscitar una expresión de censura en ninguna de sus formas. Al respecto, cabe reseñar lo expuesto por la Corte en la Sentencia C-592 de

2012[175], en la que definió a dicha figura como toda “actividad desplegada por diversas autoridades para impedir u obstaculizar gravemente la emisión de un mensaje o la publicación de un determinado contenido”. Por su naturaleza, se trata de una medida de control preventivo, “quedando la publicación o la emisión sujeta a una autorización previa procedente” de un funcionario público. En la práctica, lo que ocurre es que “las autoridades se arrogan la atribución de revisar anticipadamente los escritos o los contenidos de la información, obligando a remitir previamente los documentos, a fin de obtener el correspondiente permiso”.

En esta sentencia, la Corte distinguió entre modalidades de censura derivadas del control previo relativo a los medios de comunicación, al contenido de la información y al acceso a la información.

En el primer grupo se incluyó al régimen de autorización previa o de permiso para fundar medios de comunicación, el cual es contrario al artículo 20 de la Carta, que garantiza la plena libertad para su establecimiento. Además, se aludió a la exigencia del registro constitutivo, “mediante el cual se [requiere] que los medios de comunicación se inscriban en un registro oficial, no con fines de información y de definición de responsabilidades posteriores, sino con el objeto de que la autoridad administrativa que lleva el registro pueda negarlo y de esa manera impedir que el medio empiece a funcionar o continúe haciéndolo.”[176]

En el segundo grupo, esto es, en el del control previo al contenido de la información, se individualizaron las siguientes conductas como prohibidas: “primero, las juntas o consejos de revisión previa de información; segundo, las reglas de autorización para divulgar informaciones relativas a materias que han sido estimadas sensibles por determinado régimen; [tercero] (...) la prohibición de divulgar ciertos contenidos informativos, cuya transgresión también es sancionada con medidas administrativas de suspensión o cierre del medio o, inclusive, con sanciones penales”; y, cuarto, “la exclusión de ciertos medios de comunicación del mercado como represalia por la posición que han adoptado en el pasado y probablemente continuarán tomando en el futuro.”

Por último, el control previo del acceso a la información cuenta con varias modalidades. La primera se refiere al acceso a lugares donde los periodistas obtienen la información que

estiman relevante, este control se manifiesta en la prohibición de acceder a determinado lugar, en la necesidad de conseguir un permiso previo o en la exigencia de que el periodista solo pueda ingresar al sitio acompañado o supervisado por una autoridad. La segunda se vincula con la categorización de cierta información como reservada, a pesar de que no se satisfacen las exigencias al respecto.

Para finalizar, cabe resaltar que la prohibición de censura previa no incluye las limitaciones fundadas en la imposición de responsabilidades ulteriores por la violación de prohibiciones consagradas con anterioridad en la ley, siempre que representen medidas adecuadas y necesarias para defender determinados bienes constitucionales. En todo caso, ello no excluye que puedan presentarse expresiones de censura por el “establecimiento de controles administrativos o judiciales posteriores tan severos e invasivos de la libertad[,] que tienen claramente el efecto de provocar la autocensura y la creación de mecanismos internos de revisión[,] para evitar que tales controles externos sean dirigidos en contra del medio correspondiente”[177].

Con fundamento en las consideraciones previamente expuestas y teniendo en cuenta la delimitación de los cargos objeto de pronunciamiento, la Sala Plena procederá al examen, en concreto, de las disposiciones acusadas.

6.5. Del examen de las disposiciones acusadas

6.5.1. A continuación la Corte se detendrá en el estudio de cada uno de los cargos propuestos contra los artículos 12 y 21, siguiendo para el efecto los cuestionamientos planteados por el demandante, y que fueron resumidos en el acápite 6.3 de esta providencia.

6.5.2. El primer cargo contra el artículo 12, supone que el deber de remitir un informe semanal al CNE por parte de los concesionarios y operadores de radio y televisión, para que tal entidad verifique el cumplimiento de los principios de pluralismo, imparcialidad, equilibrio informativo y veracidad, en el manejo de la información sobre las campañas por la opción del SÍ y por la opción del NO, en las emisiones o publicaciones que se hagan respecto del plebiscito especial para la paz, implica el otorgamiento, en palabras del accionante, de una competencia que no se deriva de las funciones que el artículo 265 de la Carta le asigna a dicha autoridad, toda vez que la Constitución solo la autoriza para regular

asuntos propios de la actividad electoral, siendo sus destinatarios los partidos y movimientos políticos, los candidatos y/o comités que participen en elecciones o en mecanismos de participación ciudadana.

Para mayor claridad, se transcribe a continuación los incisos que serán objeto de pronunciamiento:

“Artículo 12. Modificado por el artículo 1º de la Resolución 1999 de 2016. Pluralismo, equilibrio informativo e imparcialidad. Los concesionarios y operadores de televisión y radio, durante la campaña del plebiscito, deberán garantizar el pluralismo, el equilibrio informativo y la imparcialidad, así como la veracidad en el manejo de la información sobre las campañas por la opción del Sí y por la opción del NO.

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

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

En relación con el primer cargo formulado, esta Corporación debe señalar que no le asiste razón al demandante, por cuanto si bien es cierto que no existe una competencia específica en la Constitución en la que se autorice al CNE para verificar el respeto de los principios de pluralismo, imparcialidad equilibrio informativo y veracidad por parte de los medios de comunicación en el manejo de la información sobre las campañas del plebiscito, su origen se remonta a lo dispuesto en el artículo 2, numeral 4 y párrafo, de la Ley 1806 de 2016, ley estatutaria a través de la cual se reguló el plebiscito especial para la refrendación del Acuerdo Final. En efecto, los preceptos en cita disponen que:

“Artículo 2o. Reglas especiales del plebiscito para la refrendación del acuerdo final para la terminación del conflicto y la construcción de una paz estable y duradera. Los procedimientos de convocatoria y votación se regirán por las siguientes reglas: (...) 4. La organización electoral garantizará el cumplimiento de los principios de la administración pública y la participación en condiciones de igualdad, equidad, proporcionalidad e imparcialidad, de la campaña por el sí o por el no, para lo cual regulará el acceso a los

medios de comunicación y demás disposiciones necesarias. Salvo prohibición de la Constitución Política, los servidores públicos que deseen hacer campaña a favor o en contra podrán debatir, deliberar y expresar pública y libremente sus opiniones o posiciones frente al plebiscito para la refrendación del Acuerdo Final para la Terminación del Conflicto y la Construcción de una Paz Estable y Duradera. Queda prohibido utilizar bienes del Estado o recursos del Tesoro Público, distintos de aquellos que se ofrezcan en igualdad de condiciones a todos los servidores.”[178]

A lo anterior cabe agregar lo dispuesto en el párrafo 1 de la misma norma, en el que se establece que:

“Las campañas lideradas por movimientos cívicos, ciudadanos, grupos significativos de ciudadanos, partidos políticos y otras colectividades que decidan participar promoviendo el voto por el “Sí” y “No” tendrán idénticos deberes y garantías, espacios y participación en los medios y mecanismos señalados en el presente artículo.”[179]

En el examen de constitucionalidad realizado en la Sentencia C-379 de 2016, esta Corporación declaró exequible el otorgamiento de la citada atribución de regulación en favor del CNE, por considerar que la misma se ajusta a lo dispuesto en los numerales 6 y 14 del artículo 265 de la Constitución. Frente al primero, por cuanto una de las competencias del citado organismo es la de velar “por el desarrollo de los procesos electorales en condiciones de plenas garantías” y, respecto del segundo, por cuanto es potestad del legislador conferirle otras funciones al Consejo, siempre que ellas estén vinculadas con la vigilancia y control de la actividad electoral[180].

A partir de la invocación de las citadas normas consagradas en el Texto Superior, la Corte señaló que el Consejo Nacional Electoral “(...) tiene la función de garantizar la transparencia, igualdad y probidad de las actividades electorales, bien sean de índole electoral en sentido estricto, o las relacionadas con la ejecución de los mecanismos de participación ciudadana”. En este sentido, para este Tribunal, el precepto en mención no “hace nada diferente que reiterar las competencias que desde Constitución y la ley se confieren a la autoridad electoral. Por ende, su exequibilidad es evidente”.

Ahora bien, nótese que las disposiciones transcritas del artículo 2 de la Ley 1806 de 2016 prevén tres hipótesis regulatorias distintas a cargo del CNE, que se complementan entre sí.

La primera es la atribución para regular el acceso a los medios de comunicación por parte de las campañas del plebiscito, con miras a asegurar su participación en condiciones de igualdad, imparcialidad, equidad y proporcionalidad. La segunda es la habilitación para expedir otras “disposiciones necesarias” para alcanzar ese mismo objetivo. Y la tercera es la de fijar las medidas que correspondan para que las campañas, ya sea por la opción del Sí o por la opción del NO, tengan idénticas garantías, espacios y participación en los medios de comunicación.

Precisamente, al examinar la constitucionalidad de esta última alternativa prevista en el parágrafo del artículo 2, la Corte señaló que corresponde a un mandato particular hacia la organización electoral y específicamente al CNE, “consistente en la obligación de conferir idéntico grado de protección y reconocimiento jurídico a cada una de las campañas”. Tal deber se manifiesta tanto en un sentido formal como material. Así las cosas, “[b]ajo un criterio formal, la organización electoral debe reconocer los mismos derechos e imponer idénticas obligaciones a cada una de las campañas”; mientras que, acorde “con un criterio material, la organización [electoral] está llamada a ejercer sus competencias constitucionales y legales, entre ellas las contenidas en el PLE, para evitar que en razón de sus condiciones específicas, una de las campañas obtenga ventajas indebidas que incidan en la libertad del elector.”

La forma como la Corte entendió que debía ejercer esta función de regulación especial a cargo del CNE, suponía acudir por excelencia a los preceptos que fueron incorporados al trámite del plebiscito, por la vía de la remisión normativa prevista en el artículo 4, siempre que ellos no se consideraran incompatibles con los contenidos y características particulares del proceso de refrendación del Acuerdo Final. Al respecto, la norma en cita señala que: “En lo no previsto en esta ley se aplicará lo dispuesto en las Leyes 134 de 1994, 1757 de 2015 y demás normas concordantes”. La relación que debía existir entre el desarrollo de la función de regulación y los preceptos que por esa vía se incorporaban fue descrita por la Corte en los siguientes términos:

“Con todo, también debe resaltarse que conforme a la norma de remisión contenida en el artículo 4º del PLE, las funciones adscritas a la organización electoral no se restringen a las previstas en la norma objeto de examen, sino que se extiendan a aquellas que para el caso de los plebiscitos se confieren tanto en la Ley 134 de 1994 como en la Ley 1757 de 2015.

Estas normas operan como legislación general y aplicable al caso del plebiscito especial, en tanto no entren en contradicción con los contenidos específicos del PLE. Por ende, también se entienden incorporadas a las reglas sobre la campaña del plebiscito especial tales disposiciones generales, particularmente en virtud de lo dispuesto en el artículo 4º del PLE, a través del cual el legislador estatutario hizo remisión expresa a las leyes antes mencionadas.

(...) Por lo tanto, serán estas reglas las que llenen de contenido lo previsto en el numeral cuarto del artículo 2º del PLE cuando establece que la organización electoral tiene la competencia para la regulación de acceso a los medios de comunicación y demás disposiciones necesarias.”

En este punto, como lo advierte el CNE, tanto la Ley 134 de 1994 como la Ley 1757 de 2015, prevén igualmente reglas de remisión en las que se admite la aplicación de la normatividad electoral vigente en el desarrollo de los mecanismos de participación. Así, en el artículo 106 de la Ley 134 de 1994 se dispone que: “A las elecciones previstas en esta ley se aplicarán las disposiciones electorales que no sea incompatibles con ella”; a la vez que se señala lo siguiente en el artículo 39 de la Ley 1757 de 2015: “Las reglas sobre publicidad, encuestas, escrutinios y reclamaciones vigentes en la normatividad electoral aplicarán a los mecanismos de participación ciudadana que requieren de votación popular”[181].

Con base en lo anterior, para garantizar los distintos objetivos previstos a su cargo en la Ley 1806 de 2016, lo que se observa en la Resolución 1733 del año en cita, es que el CNE asumió la función de regulación que le fue conferida, tal como lo señaló la Corte en la Sentencia C-379 de 2016, teniendo como parámetro a la normatividad electoral vigente, pero ajustada a las condiciones particulares del plebiscito para la refrendación del Acuerdo Final. Este punto tendrá especial relevancia en el análisis de las acusaciones siguientes.

Con todo, frente al primer cargo propuesto, las consideraciones previamente señaladas son suficientes para descartar su procedencia, pues no es cierto que el CNE careciera de competencia para regular temas relacionados con los medios de comunicación, y las garantías que tendrían las campañas del plebiscito especial para la paz para acceder a ellos en condiciones de equilibrio informativo, pluralismo, veracidad e imparcialidad, pues tal

atribución se consagró expresamente en la Ley 1806 de 2016, la cual fue declarada exequible por la Corte en la Sentencia C-379 del año en cita, al corresponder a un desarrollo de lo señalado en los numerales 6 y 14 del artículo 265 de la Constitución. Por esta vía igualmente se descarta la afirmación de varios intervinientes que señalan que esta limitación carece de soporte legal.

6.5.3. El segundo cargo formulado contra el artículo 12, se concreta en que la potestad para verificar la observancia de los principios de veracidad, pluralismo, equilibrio informativo e imparcialidad en las emisiones que se hagan en los medios de comunicación respecto de la campaña del plebiscito, lo que en realidad está autorizando es que se supervise los tiempos y espacios que cada uno de ellos le da a las distintas campañas a favor o en contra de la aprobación del citado mecanismo de participación, interfiriendo en el núcleo esencial de la libertad de prensa, que se expresa en la discrecionalidad que tiene cada operador y concesionario de radio y televisión para definir el contenido noticioso que quiere difundir y las decisiones editoriales que está dispuesto a adoptar.

Para esta Corporación, en ningún momento la disposición acusada autoriza el control sobre los tiempos o los espacios que los medios de comunicación otorgan a cada una de las campañas del plebiscito, y menos aún exige que el CNE realice una valoración cuantitativa sobre ellos. Visto con detenimiento, en el primer inciso del artículo 12, lo que se hace es consagrar los principios que se deberán tener en cuenta por los medios de comunicación en el manejo de la información sobre las campañas por el SÍ y por el NO. Ellos se agrupan en los mandatos de pluralismo, imparcialidad, equilibrio informativo y veracidad. Por su parte, en el inciso 2, se impone a los concesionarios y operadores de televisión y radio remitir un informe semanal a la citada autoridad electoral, “con los tiempos o espacios que en dichas emisiones o publicaciones se otorgaron a las distintas campañas”. Por último, en el inciso 3, se señala que el CNE publicará dicha información “y verificará el cumplimiento de lo aquí previsto”.

El equívoco se presenta precisamente por lo que se dispone en esta última disposición, pues en ella se consagra una labor genérica de verificación, cuya concreción, a juicio de la Corte, viene dada por la propia Resolución 1733 de 2016. En efecto, nótese que el artículo 12 se limita a consagrar los principios que rigen el manejo de la información de las campañas por los medios de comunicación que hagan uso del espectro, y el deber a cargo

de ellos de remitir un informe semanal sobre los espacios o tiempos que en sus emisiones o publicaciones se otorgaron a cada una de las opciones del plebiscito. En ninguno de dichos preceptos se autoriza al CNE para controlar las opiniones que se hagan en los medios, ni para disponer sobre sus tiempos o espacios, ni para efectuar algún tipo de intervención que imponga valoraciones cuantitativas sobre el contenido noticioso o sus decisiones editoriales.

El alcance de la verificación al que alude la norma, parte de la base de que los principios solamente tienen un contenido específico de carácter obligacional, a partir de las distintas normas que sobre publicidad y divulgación se consagran en la resolución en cita o en aquellas que la adicionan o complementan, como, por ejemplo, en lo que atañe al número máximo de cuñas y avisos de prensa[182] o a la prohibición de divulgar propaganda electoral el día de las elecciones[183]. Por ello, la expresión “el cumplimiento de lo aquí previsto”, supone que los medios de comunicación remitan el informe, y con base en esa información, el CNE pueda adelantar las acciones pertinentes dirigidas a determinar si se cumplieron o no con las reglas que materializan cada uno de los principios a los que alude el inciso 1.

Esta misma consideración aparece en la explicación del articulado por parte del CNE en la Resolución 1999 de 2016, al sostener que: “Es así como el propósito del artículo 12 de la Resolución 1733 fue [el de] obtener de parte de los medios de comunicación con los que se contratara la propaganda de campañas y divulgación del Acuerdo, la información sobre cada una de las piezas de publicidad, de modo que la autoridad electoral pudiera verificar de forma permanente y dentro del plazo de campaña que una y otra se realizaran con los objetos que les autoriza la ley y con respeto a los límites de cantidad y recursos económicos que se establecieron en la regulación”.

Por consiguiente, en la medida en que el precepto acusado no interfiere en el núcleo esencial de la libertad de prensa, al no afectar el contenido noticioso de lo que se difunde, ni las decisiones editoriales que se adoptan, la Corte concluye que el cargo propuesto no está llamado a prosperar. Con todo, y se insiste en ello, nótese que la verificación bajo ninguna circunstancia se extiende al ejercicio de la libertad de expresión, ni a las ideas, pensamientos u opiniones que se transmitan a través de ella, pues su rigor se concreta en contrastar el cumplimiento de los principios que rigen el manejo de la información de las

campañas por los medios de comunicación que hagan uso del espectro, a partir de su materialización normativa en la Resolución 1733 de 2016 o en aquellas que la adicionan o complementan.

6.5.4. En el tercer cargo el actor señala que la atribución otorgada al CNE para verificar el cumplimiento de lo dispuesto constituye una expresión de censura, que se produce con posterioridad a las emisiones o publicaciones que se hagan, “en tanto su principal objetivo es señalarle al medio de comunicación sus supuestos errores”[184] y a partir de allí direccionar la forma “cómo se debe presentar”[185] la información en futuras ocasiones.

Para la Corte, a partir de las explicaciones dadas esta providencia, son tres las razones por las cuales este cargo no está llamado a prosperar. En primer lugar, como ya se dijo, su objeto se concreta en verificar si se cumple o no con la regulación que materializa los principios de pluralismo, equilibrio informativo, imparcialidad y veracidad en el manejo de la información sobre las campañas del plebiscito por parte de los medios de comunicación, de suerte que su propósito no es el de direccionar la forma como se presentan las noticias o el de interferir en la línea editorial. En segundo lugar, al examinar el contenido normativo de lo previsto en el artículo 12, no se aprecia que se adopte modalidad alguna de control previo que se pueda categorizar como censura, pues no se consagra la necesidad de obtener un permiso o registro para que el medio funcione, y no se sujeta su actividad a consejos de revisión, a autorizaciones de divulgación, o a prohibiciones o exclusiones respecto de lo que se informa. Finalmente, el origen de la norma cuestionada, conforme se advirtió con anterioridad, se encuentra en la remisión a la normatividad electoral vigente –como parámetro para el ejercicio de la función de regulación del CNE–, pero ajustada a las condiciones particulares y concretas del plebiscito para la refrendación del Acuerdo Final.

En efecto, el mismo rigor normativo lo comparten los artículos 25 de la Ley 996 de 2005[186] y 27 de la Ley 130 de 1994[187], ambos declarados exequibles por este Tribunal, al considerar que los principios que allí se consagran son “inspiradores de toda la regulación e institucionalización de la actividad política”[188], por lo que en un mundo en el que los medios de comunicación gozan de un amplio poder de penetración social, se torna necesario que se garanticen la imparcialidad, el pluralismo, el equilibrio informativo y la veracidad de lo que se informa y se prevenga al electorado de influencias extrañas que violen “las normas sobre publicidad” o que otorguen donativos encubiertos “que de otro

modo no serían fácilmente detectables”[189], si no es por la vía de la remisión de un informe. Para esta Corporación, lejos de existir una modalidad de censura, la constitucionalidad de dichas normas se explica en los límites que se derivan del deber de los medios de obrar de acuerdo con el mandato de responsabilidad social (CP art. 20), de transmitir información veraz e imparcial (CP art. 20) y de garantizar el pluralismo informativo por orden expresa del artículo 75 de la Carta.

En conclusión, el reparo que se formula contra la norma demandada no está llamado a prosperar, no solo porque su rigor no comprende forma alguna de censura, sino porque su propósito es radicalmente distinto al invocado por el actor, razón por la cual otras disposiciones que comparten su mismo alcance normativo han sido declaradas exequibles por la Corte.

6.5.5. El último cargo que se expone contra el artículo 12, supone que la disposición acusada consagra una hipótesis de responsabilidad ulterior respecto de la libertad de información, que no resultaría válida porque (i) el acto en la que se consagra es una resolución y no una ley; (ii) porque los límites que refieren al equilibrio informativo y al pluralismo no tienen respaldo en la Constitución ni en la ley; y (iii) porque las restricciones impuestas no satisfacen el juicio de necesidad.

En criterio de la Corte, ninguno de los reproches realizados es procedente, por las siguientes razones: (i) aun cuando efectivamente la disposición que refiere a las obligaciones de los medios de comunicación es una resolución, su expedición tiene soporte y autorización legal en lo previsto en el artículo 2 de la Ley 1806 de 2016, previamente transcrito, cuya constitucionalidad fue avalada por la Corte en la Sentencia C-379 de dicho año[190]; (ii) los principios que refieren al equilibrio informativo y al pluralismo sí gozan de respaldo constitucional y legal, pues ya se encontraban previstos con anterioridad en la normatividad electoral, al punto que habían sido declarados exequibles por la Corte, frente a disposiciones que guardan identidad de contenido con la que es objeto de examen en esta oportunidad. Por último, (iii) se satisface el criterio de necesidad, cuando se advierte que el fin primordial de esta regulación es preservar un interés constitucionalmente imperioso orientado a salvaguardar el voto libre, informado y consciente de los ciudadanos, como soporte del régimen democrático, garantizando una contienda electoral en la que la divulgación y publicación de la información por parte de los medios de comunicación

responda a los principios de equilibrio informativo, pluralismo, imparcialidad y veracidad, frente a quienes apoyan o apoyaban las opciones por el SÍ o por el NO.

Por el conjunto de razones expuestas, en la parte resolutive de esta sentencia, se declarará la exequibilidad de los incisos 1, 2 y 3 del artículo 12 de la Resolución 1733 de 2016, modificada por la Resolución 1999 del año en cita, por cuanto ninguno de los cargos propuestos está llamado a prosperar.

6.5.6. En lo que atañe al artículo 21[191], el primer cargo que se expone por el accionante supone entender que si bien el numeral 6 del artículo 265 de la Constitución, le asigna al CNE la atribución de velar por el cumplimiento de las disposiciones sobre encuestas de opinión política[192], tal función “no puede extenderse para regular asuntos propios de los medios de comunicación”[193], ni para limitar lo que se difunde o pública, en los términos previstos en los literales a) y c).

De este análisis, como se observa, se excluye el literal d), referente a las responsabilidades de los medios de comunicación, cuya revisión, al incluir la consagración de un régimen sancionatorio, impone un análisis especial a la luz del derecho al debido proceso y de los principios de estricta legalidad y de intransferibilidad de la responsabilidad, tal como se desarrollará más adelante.

A juicio de este Tribunal, con base en la limitación anteriormente expuesta, no cabe duda de que la acusación reseñada es improcedente, si se tiene en cuenta que el artículo 2 de la Ley 1806 de 2016 autorizó al CNE para expedir las disposiciones necesarias dirigidas a garantizar la existencia de condiciones de igualdad y equidad en la campaña del plebiscito, principios que podrían verse afectados de no existir unas reglas básicas que impidan que las encuestas puedan ser utilizadas para transformar de forma indebida y sin el rigor respectivo las tendencias del electorado, sobre todo en el escenario al cual se dirige la regulación demandada, correspondiente a un mecanismo de participación sometido a una regulación especial por su contenido refrendario.

No sobra recordar que este Tribunal ha resaltado la importancia que tienen las encuestas en la dinámica política y, por ende, en la realización de los valores democráticos. Puntualmente, en la Sentencia C-1153 de 2005[194] se dijo que:

“[L]as encuestas de opinión no sólo miden una tendencia social sobre un tema preestablecido, como quien mide el nivel de pobreza o de analfabetismo de un grupo social determinado. Las encuestas de opinión miden, como se indica, la opinión de los ciudadanos, opinión que, en tanto que variable, puede verse alterada por la medición misma. Así, las encuestas de opinión pública no sólo cumplen funciones estadísticas, sino que, en el marco de los movimientos electorales de los pueblos, definen las propias tendencias públicas. En suma, las encuestas tienen la posibilidad de cambiar la opinión de los electores.

Ahora bien, en esa tónica, el cambio en la opinión de los electores también propicia cambios en el planteamiento de las campañas. Así, las encuestas de opinión no sólo transforman las tendencias del electorado, sino que promueven la transformación de las propuestas políticas, alientan las coaliciones y provocan las dimisiones.

(...) De otro lado, las encuestas son herramientas fundamentales para medir la imagen personal del político -reflejada en los eslóganes de la campaña, en los afiches, etc. -; la aceptación de su programa de gobierno y la popularidad de su trato con la comunidad. Las encuestas delimitan los grupos sociales a los cuales debe dirigirse con mayor ahínco el candidato e identifican los temas de la propuesta política que deben reforzarse.

En fin, las encuestas son herramientas poderosas al servicio de los intereses electorales que, en virtud de su capacidad de incidencia sobre la opinión del electorado, deben ser objeto de especial regulación por parte del Estado. Tal como se observa, el riesgo de contar con predicciones equívocas, elaboradas a partir de procedimientos antitécnicos o tendenciosos puede contribuir a la manipulación de los resultados de una campaña política y, eventualmente, a tergiversar las condiciones igualitarias en que debe desarrollarse la contienda. (...) Por lo anterior, con el fin de garantizar el equilibrio del proceso electoral y de permitir, como se ha venido indicando, el acceso equitativo y transparente a los canales democráticos, el legislador debe diseñar pautas que delimiten el uso de este recurso.”

En consecuencia, en la medida en que la regulación expedida tiene soporte en una autorización legal, la cual a su vez fue avalada en su constitucionalidad por este Tribunal en la Sentencia C-379 de 2016[195], no cabe el reparo que se realiza, pues la habilitación conferida por el legislador incluyó la autorización para expedir las disposiciones

necesarias, inclusive frente a los medios de comunicación, con el propósito de asegurar que la jornada del plebiscito sea acorde con los mandatos de transparencia, igualdad y probidad que deben guiar a la actividad electoral, como se deriva del principio democrático. Por lo demás, no se observa que dicha autorización dada al CNE haya excluido la identificación de lo que deben incluir las encuestas, ni el señalamiento de un límite temporal para su publicación, conforme se señala en los literales a) y c) del artículo 21, por lo que el cargo propuesto no está llamado a prosperar.

6.5.7. El segundo cargo frente al artículo 21, parte de la base de considerar que las encuestas para los medios de comunicación son un hecho noticioso o informativo cuya divulgación hace parte de su autonomía editorial, por lo que la regulación sobre la materia, al restringir el goce efectivo del derecho fundamental a la libertad de prensa, debió ser objeto de regulación por el legislador estatutario.

La Corte descarta esta acusación con fundamento en dos razones. En primer lugar, el carácter apremiante que rodeó el trámite del plebiscito especial para la paz, cuya campaña inició el 30 de agosto de 2016 y concluyó el 1° de octubre de dicho año, supuso por parte del legislador la adopción de una técnica particular, específica y extraordinaria de regulación de ese mecanismo de participación. Es por ello que se acogió la fórmula de la autorización legal, en una norma de carácter estatutario, para que sea el CNE el que definiera los aspectos vinculados con el acceso a los medios de comunicación y otras disposiciones necesarias para garantizar la buena marcha de dicha jornada electoral. Esto implica que el modelo de regulación adoptado tiene como base una ley estatutaria y que las materias objeto de delegación no hacen parte de dicha garantía, pues así lo avaló la Corte al declarar la exequibilidad de ese procedimiento[196]. En segundo lugar, visto el contenido de los preceptos objeto de demanda, no encuentra esta Corporación que los mismos, en la práctica, impongan algún límite que afecte el núcleo esencial de la libertad de prensa o que se conviertan en una regulación integral, estructural y completa sobre el citado derecho, como casuales en las que cabe acudir, según la jurisprudencia, a la reserva de ley estatutaria[197].

6.5.8. El tercer cargo propuesto por el actor señala que la norma demandada confunde el hecho de contratar o publicar una encuesta con la actividad de realizarla. De allí que no pueda imponerse al medio de comunicación la obligación de enviar su contenido al CNE

para establecer su trazabilidad, en tanto no son ellos quienes las realizan y tienen la capacidad técnica para cumplir con dicha obligación.

Para la Corte no existe mandato alguno en la Constitución que prohíba imponer a los medios de comunicación la obligación de enviar las encuestas que ellos divulgan, acompañadas de la información básica que permita establecer su trazabilidad[198]. Por el contrario, tal obligación se soporta, por un lado, en razones de celeridad y economía, toda vez que al ser los medios quienes dan a conocer sus resultados, y quienes tienen acceso pleno e integral a sus datos para determinar que publican, lo más eficiente es que sean ellos quienes procedan a su remisión a la autoridad electoral prevista para velar por el cumplimiento de las normas sobre encuestas de opinión política. Y, por la otra, porque el deber en comento se soporta en el mandato de responsabilidad social que tienen los medios, en particular respecto del compromiso que les asiste de contribuir al fortalecimiento de la democracia[199], que, en este caso en concreto, se expresa en poder vigilar de manera oportuna que los sondeos realizados cumplan con los procedimientos de equidad, igualdad, veracidad y transparencia que los rigen. Así las cosas, en lo que atañe a este cargo, la Sala Plena también considera que el artículo 21 de la Resolución 1733 de 2016 se ajusta a la Constitución.

6.5.9. En el cuarto cargo contra el artículo en cita, el accionante afirma que CNE no goza de la atribución de fijar un límite para la divulgación o publicación de las encuestas, como se hace en el literal c), en donde se consagra que “solo se podrán publicar y difundir encuestas hasta el martes anterior a la fecha de la votación del plebiscito especial”, pues su potestad de intervención se circunscribe a lo establecido en el inciso 3 del artículo 28 de la Ley 996 de 2005, en el que se especifica que: “El Consejo Nacional Electoral ejercerá especial vigilancia sobre las entidades o personas que realicen esta actividad cuando se trate de encuestas políticas, electorales o sondeos de opinión, para asegurar que las preguntas no sean formuladas de manera que induzcan una respuesta determinada y que las encuestas reúnan las condiciones técnicas señaladas por el Departamento Administrativo Nacional de Estadística, DANE”[200].

A juicio de este Tribunal, el cargo planteado no está llamado a prosperar, toda vez que se considera que el señalamiento de una fecha límite para publicar y difundir encuestas, se enmarca dentro de la autorización concedida al CNE por la Ley Estatutaria 1806 de 2016,

para expedir las demás disposiciones necesarias para garantizar la equidad, igualdad e imparcialidad en la campaña del plebiscito, ya que si bien los sondeos realizados son un asunto de interés general, por la capacidad que ellos tienen para transformar la tendencia del electorado, e incluso la exaltación que pueden generar cuando se aproxima el momento de una votación, se considera que existe un interés constitucional imperioso en otorgar un término razonable para que los ciudadanos puedan reflexionar sobre la decisión a adoptar, sin la presión de los resultados de las encuestas.

En efecto, más allá de su idoneidad para permitir que los electores puedan discernir con absoluta tranquilidad sobre las opciones a votar, se advierte que la medida resulta necesaria y proporcional. Frente a lo primero, porque no existe otra alternativa menos onerosa respecto de la necesidad de garantizar un período de reflexión. Y, en relación con lo segundo, porque al prever una duración de tan solo cinco días, se advierte que alrededor del 84% del tiempo se pudieron publicar encuestas (sobre un total de 33 días de campaña), por lo que su consagración no resulta exagerada, ni desmedida[201].

6.5.10. Por referir a una misma materia objeto de controversia, la Sala Plena considera necesario unificar el estudio del quinto y sexto cargo formulado por el actor, respecto del literal d) del artículo 21 de la Resolución 1733 de 2016, examen que igualmente implica verificar la prosperidad del cuestionamiento general que se realiza, y cuyo estudio se excluyó en el acápite 6.5.6 de esta providencia, referente a que el CNE carece de competencia para establecer en un acto administrativo “responsabilidades por hechos de terceros”[202].

(i) Con el fin de tener mayor claridad sobre la norma objeto de pronunciamiento, se transcribe nuevamente su tenor literal, resaltado el aparte cuestionado por el accionante: “d) Las inconsistencias graves de la información contenida en la ficha técnica darán lugar a una multa que oscilará entre veinticinco (25) y cuarenta (40) salarios mínimos legales mensuales vigentes, según la gravedad de la falta, o la suspensión o prohibición del ejercicio de estas actividades. El medio de comunicación que publicó la encuesta será corresponsable y por consiguiente, se le aplicará la sanción pecuniaria en la misma cuantía y proporción que a la firma encuestadora.”

(ii) La identificación de los cargos propuestos son los siguientes:

- Se alega que la corresponsabilidad que se establece para los medios de comunicación en el citado literal d), va más allá del deber social de revisión e inspección del contenido que se publica, ya que se entiende que las encuestas son hechas por empresas especializadas y con conocimiento técnico, de suerte que para poder imponer una responsabilidad solidaria, como ocurre en el precepto acusado, debe acreditarse que el medio actuó de mala fe y que incluso su intención fue la de “desinformar o manipular la veracidad de los hechos”[204].

- Por último, en general, se cuestiona que el CNE carece de competencia para establecer en un acto administrativo “responsabilidades por hechos de terceros”[205], como ocurre con los medios de comunicación, a quienes, como se advierte en la norma demandada, cabe igualmente sancionar por motivo de la inconsistencia grave de la información contenida en la ficha técnica de las encuestas.

(iii) Antes de abordar el examen de fondo propuesto por el accionante, como en otras ocasiones ha sido puntualizado por este Tribunal, cabe señalar que el control de constitucionalidad es una función jurisdiccional que se activa, por regla general, a través del ejercicio del derecho de acción[206], para lo cual se exige la presentación de una demanda ciudadana de inconstitucionalidad, sin perjuicio de los casos en los que la propia Constitución impone controles automáticos, como ocurre con las leyes estatutarias o las leyes aprobatorias de tratados internacionales[207]. Por ello, en respuesta al carácter eminentemente rogado y no oficioso de este control, se ha admitido que los preceptos demandados constituyen el límite que sujeta la actuación de la Corte, por lo que, bajo tal consideración, su pronunciamiento no pueda extenderse a otros enunciados normativos distintos de los fueron cuestionados por el actor.

A pesar de ello, excepcionalmente este Tribunal puede disponer la ampliación del control a otros preceptos no demandados de manera expresa, en virtud de la atribución consagrada en el artículo 6 del Decreto 2067 de 1991, según el cual: “La Corte se pronunciará de fondo sobre todas las normas demandadas y podrá señalar en la sentencia las que, a su juicio, conforman unidad normativa con aquellas otras que declara inconstitucionales.” Esta figura conocida como la integración normativa asegura, entre otros, los principios de seguridad jurídica y economía procesal, pues mantiene la uniformidad del sistema jurídico y evita el desgaste de la administración de justicia con una nueva demanda que formule el mismo problema de inconstitucionalidad[208].

La excepcionalidad se explica, como ya se dijo, por el carácter rogado que tiene el juicio de inconstitucionalidad por vía de acción, en el que su impulso depende de una función asignada al ciudadano (CP arts. 40 y 241), de suerte que el ejercicio de la citada prerrogativa no puede convertirse en una regla general, pues, de hacerlo, esta Corporación estaría extendiendo de oficio su competencia a una posición de privilegio no definida por la Carta, cuyo efecto sería el de contrariar la naturaleza del modelo de control allí previsto[209]. Por esta razón, el ejercicio de esta atribución requiere, de manera forzosa e ineludible, que el accionante haya efectuado un cargo de inconstitucionalidad verificable respecto de los contenidos con los cuales se realiza la integración normativa[210], pues precisamente la actuación de la Corte no es la de suplir la exigencia de la activación ciudadana, sino la de garantizar, a partir de la debida formulación de un cargo, el acceso a la administración de justicia y la prevalencia del derecho sustancial, en aplicación del principio pro actione.

Ahora bien, como ha sido resaltado por la Corte, la integración normativa admite dos modalidades[211]. Una dirigida a completar el sentido de la norma acusada con otros enunciados normativos inescindiblemente relacionados con ella, con miras a asegurar que el control recaiga sobre un precepto jurídico con un alcance regulador autónomo e inteligible. Y otra prevista para extender el sentido de la decisión a otras disposiciones de igual o similar contenido normativo, en los que la integración busca preservar el principio de supremacía constitucional, garantizar la seguridad jurídica y, en ciertos casos, evitar que el fallo prive de sentido al texto acusado. La primera modalidad apunta a fijar una proposición jurídica completa; mientras que, la segunda, corresponde al fenómeno de la unidad normativa.

Esta última, según la jurisprudencia reiterada de esta Corporación, tiene lugar (a) en aquellas circunstancias en las cuales el precepto acusado se encuentra reproducido en otras disposiciones que no fueron objeto de demanda; o (b) cuando la disposición cuestionada está inserta en un sistema normativo que, a primera vista, genera serias dudas de constitucionalidad; o (c) cuando el texto demandado no tiene un contenido claro o unívoco, de manera que, para poder entenderlo y aplicarlo, resulta absolutamente imprescindible integrar su contenido con el de otra disposición que no fue acusada[212].

(iv) En el asunto bajo examen, a pesar de que el actor únicamente cuestionó de forma

directa la expresión: “El medio de comunicación que publicó la encuesta será corresponsable y por consiguiente, se le aplicará la sanción pecuniaria en la misma cuantía y proporción que a la firma encuestadora”, la Sala Plena considera que cabe declarar la unidad normativa y extender el pronunciamiento a la totalidad del literal d) del artículo 21 de la Resolución 1733 de 2016, por las siguientes razones:

- En primer lugar, es claro que para poder entender el alcance de la expresión que se cuestiona por el actor, es necesario integrar su contenido con el resto de lo previsto en el literal d). En efecto, el aparte demandado refiere a la corresponsabilidad de los medios de comunicación por la publicación de las encuestas y dispone que la sanción pecuniaria a imponer lo será “en la misma cuantía y proporción que a la firma encuestadora”. Sin embargo, no precisa cuál es el supuesto o la hipótesis que da origen a dicha responsabilidad, el tipo de sanción a imponer, ni los criterios para su graduación. Tales elementos aparecen dispuestos en la primera parte del literal d), y son los que le otorgan pleno sentido a la disposición demandada. Precisamente, allí se especifica que el soporte de la responsabilidad lo constituyen las inconsistencias graves de la información contenida en las fichas técnicas de las encuestas, que la sanción será una multa que “oscilará entre veinticinco (25) y cuarenta (40) salarios mínimos legales mensuales vigentes”[213] y que, para efectos de su imposición, se deberá tener cuenta la gravedad de la falta. Así las cosas, a juicio de la Corte, cabe decretar la unidad normativa frente a la totalidad del literal d), ya que los contenidos que se acusan tan solo adquieren pleno significado, a partir del examen integral de la disposición de la cual hacen parte.

- En segundo lugar, a pesar de que no fue objeto de un señalamiento expreso, el actor también cuestiona a la expresión “inconsistencias graves”, al señalar que ella no permite identificar con claridad, precisión y suficiencia el hecho que origina en sí mismo la sanción respecto del operador y concesionario de radio y televisión, ya que no determina si su valoración se produce respecto de lo previsto en la mencionada Resolución 1733 de 2016 o si también abarca “asuntos técnicos en la forma de realizar la encuesta y hacer los estudios estadísticos”[214]. Lo anterior demuestra que el cargo se extiende más allá del aparte expresamente señalado como demandado, incluyendo una controversia general sobre el contenido del literal d), pues, en el fondo, lo que se debate es el incumplimiento del principio de tipicidad de la falta. En este sentido, se aprecia que el accionante planteó un cuestionamiento que involucra, desde su origen, la necesidad de decretar la unidad

normativa frente a la totalidad de la disposición en cuestión, puesto que el examen sobre el cumplimiento de las cargas que rigen el proceso de adecuación típica implica cotejar la integridad del precepto que consagra la sanción.

- En tercer y último lugar, este Tribunal considera que también es pertinente decretar la unidad normativa, a partir del supuesto que autoriza este proceder, cuando la disposición demandada está inserta en un sistema normativo que, a primera vista, genera serias dudas de constitucionalidad. Ello ocurre, en el asunto sub-judice, cuando se advierte que uno de los cargos propuestos se enfoca en cuestionar la posibilidad de establecer un régimen de sancionatorio a través de un acto administrativo, como lo es la Resolución 1733 de 2016, en la que se consagra directamente un régimen de corresponsabilidad pecuniaria para los medios de comunicación. Esta acusación, en la práctica, planea la existencia de una posible violación al principio de estricta legalidad, respecto del cual no cabe examinar la expresión demandada de forma insultar sino en el contexto normativo en el cual está inserta, pues de confirmarse el problema de constitucionalidad que se exterioriza por el actor, el mismo se extendería, de forma inevitable, sobre toda la proposición jurídica que se formula en el literal d).

Por consiguiente, en virtud de las razones ya expuestas, no cabe duda de que es procedente declarar la unidad normativa frente a la totalidad del literal d) del artículo 21 de la Resolución 1733 de 2016, por lo que el paso siguiente, antes de pronunciarse sobre el caso concreto, y sobre la base de los problemas que han sido identificados, es el de exponer algunas breves reflexiones sobre el alcance de los principios constitucionales de estricta legalidad, tipicidad e intransferibilidad de la responsabilidad.

(v) De acuerdo con el primero de los mandatos en mención, este Tribunal ha sostenido que el principio de estricta legalidad en el derecho sancionatorio tiene una finalidad inmediata, que consiste en evitar y proscribir la imposición de sanciones arbitrarias. Ello significa, en el contexto del Estado Social de Derecho (CP art. 1), impedir –entre otras– que se impongan sanciones sin fundamento directo en la ley, o con base en un texto legal que sea impreciso.

Este principio se materializa en cuatro reglas: (a) Una inicial que exige que la conducta sancionable, las sanciones y los criterios para su fijación deben estar previamente definidos

por la ley, por lo que no caben comportamientos objeto de reproche con arraigo en el derecho consuetudinario o en un acto normativo jerárquicamente inferior, tal como sería el caso, por ejemplo, de los actos administrativos[215]. Esta regla comprende una doble garantía. La primera, de orden material y de alcance absoluto, conforme a la cual es necesario que existan preceptos jurídicos anteriores (lex previa) que permitan predecir con suficiente grado de certeza (lex certa) aquellas conductas infractoras del ordenamiento jurídico. Y, la segunda, de carácter formal, concerniente a la exigencia de una norma de rango legal, que convalide el ejercicio de los poderes sancionatorios en manos de la administración.

(b) La siguiente regla que concreta el principio de estricta legalidad es que se encuentra prohibido imputar sanciones con base en una ley retroactiva. En efecto, la propia Constitución dispone que el texto legal debe ser preexistente al acto que se imputa (CP art. 29). De ahí que, como lo ha advertido la Corte, una consecuencia obvia del principio en estudio es que, respecto de hechos consolidados en el pasado, no cabe la aplicación de leyes que crean sanciones o que aumentan su grado de punición[216].

(c) La regla anterior se consolida con la prohibición de acudir a la utilización analógica de la ley para imponer sanciones, ya que ello generaría desconcierto e incertidumbre sobre los comportamientos que están realmente prohibidos.

(d) Por último, el principio de estricta legalidad también se materializa en la proscripción de imponer sanciones con arreglo a leyes altamente imprecisas o indeterminadas, mandato que ha sido identificado con el nombre de principio de tipicidad. Esta garantía implica entonces que en materia sancionatoria la norma creadora de los actos objeto de reproche y de sus penas, debe describir clara, expresa e inequívocamente las conductas que pueden ser sancionadas y el contenido de dichas infracciones, así como la correlación entre unas y otras. En esta medida, la Corte ha admitido que mediante este principio debe brindarse al destinatario de la ley un conocimiento exacto del comportamiento sancionable, pues la indeterminación habilita la toma de decisiones subjetivas contrarias al debido proceso[217].

En línea con lo anterior, y en el ámbito del ejercicio del ius puniendi, este Tribunal ha señalado que cabe realizar una distinción entre la responsabilidad por las condiciones del

autor frente a aquella que se soporta en la comisión de un acto. En la primera, el sujeto responde por su ser, por su personalidad, por sus condiciones psicofísicas o por el rol que cumple en la sociedad; mientras que, en la segunda, su compromiso surge de la ejecución, de forma consciente y libre, de una conducta contraria al orden jurídico, expresa y previamente definida en la ley como merecedora de sanción.

Bajo la consideración expuesta, es claro que la imputación de un acto en materia sancionatoria, cualquiera sea el régimen jurídico al cual se dirige el comportamiento objeto de reproche, necesariamente se rige por el principio de intransferibilidad de la responsabilidad, que supone que cada persona responde por sus propios actos, sujetos a su voluntad y dominio, sin que sea posible extender en su contra actuaciones que son ajenas a su control y que se enmarcan dentro de la dirección, pertenencia y orientación de un tercero.

(vi) En el asunto sub-judice, al abordar el estudio del precepto acusado, a partir de la unidad normativa previamente declarada, se advierte que el texto demandado dispone la consagración de una conducta sancionable para las encuestadoras, consistente en tener inconsistencias graves en la información contenida en las fichas técnicas de las encuestas sobre el plebiscito especial para la paz[218], caso en el cual se establece que tal comportamiento dará lugar a una multa que oscilará entre 25 y 40 SMLMV, según la gravedad de la falta, o la suspensión o prohibición en el ejercicio de sus actividades. A lo anterior se agrega que el medio de comunicación que publique dicho sondeo será corresponsable y que, por consiguiente, “se le aplicará la sanción pecuniaria en la misma cuantía y proporción que a la firma encuestadora”.

Como se deriva de lo anterior, es claro que el literal d) del artículo 21 de la Resolución 1733 de 2016, tanto en lo que refiere a las firmas encuestadoras como a los medios de comunicación, lo que hace es introducir una potestad sancionatoria a favor del CNE, como expresión del ius puniendi del Estado, sin embargo tal facultad se establece en un acto administrativo, como lo es la resolución en cita, contrariando el principio de estricta legalidad propio del derecho administrativo sancionador, en los términos previamente expuestos en esta providencia.

De ahí que, a juicio de la Sala Plena, la disposición bajo examen debe ser declarada

inexequible, pues no cabe fijar en una resolución conductas que allí mismo, en su integridad, se consideran reprochables y establecen una sanción por su incumplimiento, sin que las mismas hayan sido definidas previamente, como objeto de censura, con fundamento directo en la ley, tal como se deriva de la primera de las reglas que materializan el citado principio de legalidad. En efecto, como ya se explicó, desde el punto de vista formal, el ejercicio del poder sancionatorio en manos de la administración exige, como *conditio sine qua non*, la existencia de una norma de rango legal que permita el desarrollo de dicha atribución.

Por esta razón, si bien es posible que en una resolución se establezcan reglas respecto de las encuestas (como ocurre con lo señalado en el literal a) del artículo 21 de la Resolución 1733 de 2016) o que se desarrollen los supuestos que sobre su práctica se disponen en la ley (como sucede con la consagración de la fecha límite para su publicación), la determinación de aquello que daría lugar a una sanción, así como la sanción misma, no puede quedar al arbitrio de una autoridad administrativa, como lo es el CNE, puesto que tal atribución le compete al legislador, conforme a lo dispuesto en el artículo 29 de la Carta. Por ello, el literal d) es inexequible en su totalidad, ya que su rigor normativo desconoce el mandato según el cual: “Nadie podrá ser juzgado sino conforme a leyes preexistentes al acto que se le imputa (...)”[219].

Adicional a lo expuesto, en el caso concreto, el régimen sancionatorio frente a las encuestas ya estaba predispuesto en la Ley 1806 de 2016, sin que se autorizara su cambio, modificación o desarrollo en sede administrativa por parte del CNE, cuando en su artículo 4, remitió a la Ley 1757 de 2015[220], en la que, en el artículo 39, por vía de remisión normativa, incorporó las reglas sobre “encuestas” vigentes en la normatividad electoral[221], cuya regulación se halla en el artículo 30 de la Ley 130 de 1994, en el que se fija lo siguiente:

“Artículo 30. De la propaganda y de las encuestas. Toda encuesta de opinión de carácter electoral al ser publicada o difundida, tendrá que serlo en su totalidad y deberá indicar expresamente la persona natural o jurídica que la realizó y la encomendó, la fuente de su financiación, el tipo y tamaño de la muestra, el tema o temas concretos a los que se refiere, las preguntas concretas que se formularon, los candidatos por quienes se indagó, el área y la fecha o período de tiempo en que se realizó y el margen de error calculado.

El día de las elecciones, los medios de comunicación no podrán divulgar proyecciones con fundamento en los datos recibidos, ni difundir resultados de encuestas sobre la forma como las personas decidieron su voto o con base en las declaraciones tomadas a los electores sobre la forma como piensan votar o han votado el día de las elecciones.

El Consejo Nacional Electoral ejercerá especial vigilancia sobre las entidades o personas que realicen profesionalmente esta actividad, cuando se trate exclusivamente de encuestas sobre partidos, movimientos, candidatos o grado de apoyo a los mismos, para que las preguntas al público no sean formuladas de tal forma que induzcan una respuesta determinada.

PARAGRAFO. La infracción a las disposiciones de este artículo, será sancionada por el Consejo Nacional Electoral, con multa de 25 a 40 salarios mínimos mensuales o con la suspensión o prohibición del ejercicio de estas actividades.”

Puntualmente, en términos de estricta legalidad, este es el único soporte que autoriza el ejercicio del poder sancionatorio respecto de las encuestas, y no era posible ampliarlo o cambiarlo por otro de rango administrativo, como ocurrió con el artículo impugnado, por un lado, al limitar la responsabilidad a las inconsistencias graves de las fichas técnicas, y por el otro, al incluir un régimen de corresponsabilidad para los medios de comunicación no previsto en el artículo 30 de la Ley 130 de 1994. De donde resulta que, no solo por su consideración formal, sino también por su alcance material, el literal d) del artículo 21 de la Resolución 1733 de 2016 contradice el principio de estricta legalidad en el ámbito del derecho administrativo sancionador, lo que faculta a esta Corporación para declararlo inexecutable.

Por lo demás, en relación con los medios de comunicación, cabe insistir en que, como ya se expuso, la doctrina distingue entre la responsabilidad por las condiciones del autor frente a aquella que se soporta en la comisión de un acto (la primera fundada en la personalidad o el rol de un sujeto, y la segunda, en la ejecución, de manera consciente y libre, de una conducta contraria al orden jurídico), esta última acogida por el artículo 29 del Texto Superior, como soporte del ejercicio del ius puniendi por parte del Estado. Al respecto, la disposición en cita señala que: “Nadie podrá ser juzgado sino conforme a leyes preexistentes al acto que se le imputa (...)”[222].

Por esta razón, no es posible, sin vulnerar este último precepto constitucional, que se imponga a los medios de comunicación, como lo hace el literal d) del artículo 21, una sanción por un comportamiento que le es ajeno, como lo es el control de la información que se incorpora en las fichas técnicas de las encuestas, pues la imputación de un acto en materia sancionatoria se rige necesariamente por el principio de intransferibilidad de la responsabilidad, que supone que cada persona responde por sus propios actos, sujetos a su voluntad y dominio, circunstancia que no acontece en el asunto bajo examen, pues se desconoce que los operadores y concesionarios de radio y televisión solo actúan como un canal para dar a conocer un hecho de interés a la opinión pública, en virtud de las libertades de información y de prensa, sin que las anomalías que se presenten en las fichas puedan extenderse en su contra, por la simple consideración de haber pagado o contratado un encuesta.

A lo anterior cabe agregar que, el régimen de corresponsabilidad que se impone a los medios de comunicación, como ya se dijo, no tiene soporte normativo ni en la Ley 130 de 1994, ni tampoco en la Ley 1806 de 2016, por lo que no es posible considerar que se trata de una simple reiteración de un precepto legal ya existente e incorporado en el ordenamiento jurídico. Por el contrario, se está en presencia de una regulación que introduce nuevas reglas de responsabilidad, cuya única fuente lo constituye un acto administrativo y que carece, por ende, de un fundamento en la ley, contrariando, tal como se ha insistido en esta providencia, el principio de estricta legalidad.

De esta manera, por el conjunto de razones expuestas, se declarará la exequibilidad de los incisos 1, 2 y 3 del artículo 12 y los literales a) y c) del artículo 21 de la resolución 1733 de 2016, con excepción del literal d) de esta última norma que se declarará inexecutable.

7. Síntesis

El primer asunto que debió resolver la Corte en esta oportunidad, se concretaba en determinar, si le asistía competencia o no para pronunciarse sobre la exequibilidad de los artículos demandados que hacen parte de la Resolución 1733 de 2016 del Consejo Nacional Electoral (en adelante CNE), “por la cual se regulan y reglamentan algunos temas concernientes al ‘Plebiscito para la refrendación del Acuerdo Final para la terminación del conflicto y la construcción de una paz estable y duradera’ en los términos de la Ley 1806

del 24 de agosto de 2016 y la Sentencia C-379 de 2016”.

Al respecto, luego de referir a las materias susceptibles de acción pública de inconstitucionalidad y de aquellas que son objeto de controversia por la vía de la Jurisdicción Contencioso Administrativa, se concluyó que el examen de los textos impugnados le corresponde a esta Corporación, pues al establecer el artículo 241, numeral 3, que a este Tribunal le compete decidir sobre la constitucionalidad de los plebiscitos del orden nacional, “solo por vicios de procedimiento en su convocatoria y realización”, no solo le está asignado a la Corte el conocimiento del acto que declara el resultado de dicho proceso electoral, sino de todos aquellos que hayan sido expedidos por las autoridades públicas que, según su competencia, tuvieron que intervenir en el proceso de preparación, ejecución y decisión de este mecanismo de participación ciudadana, en cuanto que, desde una perspectiva constitucional, fuesen susceptibles de incidir en su convocatoria y realización. Así las cosas, sin importar si el acto demandado tiene o no fuerza material de ley, en aquellos casos en que se cuestionan disposiciones que se convierten en soportes del trámite dirigido a aprobar e impulsar el referido instrumento de democracia participativa, su control le compete a la Corte, al ser ellos los que le otorgan plena operatividad a un procedimiento constitucional dirigido a permitir la expresión de una voluntad política de forma directa.

De ahí que, vista desde una perspectiva material y orgánica, si bien la Resolución 1733 de 2016 corresponde a un acto administrativo, su examen le compete a la Corte, pues en el caso particular de los preceptos que son objeto de demanda, ellos establecen las reglas de acceso a los medios de comunicación y la forma como se deben realizar y presentar las encuestas, materias que, en general, refieren a la divulgación del plebiscito y que, por ende, se inscriben dentro de la lógica de los presupuestos que permiten su realización, como lo advirtió este Tribunal en las Sentencias C-309 de 2017 y C-030 de 2018, en las que igualmente declaró su competencia para pronunciarse sobre actos similares al impugnado en esta oportunidad.

En este punto, esta Corporación advirtió que el concepto que refiere a los vicios de procedimiento, en el caso del citado mecanismo de participación ciudadana, no se restringe únicamente a aspectos rituales o de mero procedimiento, sino que abarca de igual forma los límites de competencia y, en general, todos los supuestos de trámite, sin perjuicio de

que ellos incorporen disposiciones de carácter sustantivo o material, siempre que los mismos se dirijan a impulsar la operatividad del plebiscito y sin los cuales, como ocurre en el asunto bajo examen, éste no podría convocarse o realizarse, en los términos que se desprenden de la Carta.

Por lo demás, otras tres razones le otorgan plena validez a esta posición: En primer lugar, los actos que se profieren con ocasión del citado mecanismo de participación, más allá de su connotación o calificación jurídica, tienen un valor distinto y crucial, en tanto son esenciales para la marcha y decisión de una herramienta de conformación, ejercicio y control del poder político, lo que obliga que sea el juez constitucional el encargado de asegurar las garantías constitucionales y valores democráticos que permiten su realización. En segundo lugar, la unificación en una sola autoridad judicial de la posibilidad de pronunciarse sobre el conjunto de actos necesarios para impulsar el plebiscito, como lectura que se deriva de lo previsto en el artículo 241, numeral 3, del Texto Superior, asegura el derecho a la tutela judicial efectiva, el valor de la seguridad jurídica y el principio de supremacía constitucional, pues evita la existencia de fallos contradictorios que den lugar a decisiones inocuas y discordantes respecto de un mismo tema objeto de control. Y, por último, dicha unidad en el control del conjunto de actos y acciones que deben surtirse dentro del trámite de convocatoria y realización de un plebiscito, a la luz de lo previsto en el artículo 241.3 de la Constitución, ha sido objeto de una lectura reiterada y uniforme de esta Corporación (Sentencias C-309 de 2017, C-609 de 2017 y C-030 de 2018), cuyo alcance también ha tenido reconocimiento en la jurisprudencia del Consejo de Estado[223].

A continuación, en segundo lugar, esta Corporación se detuvo a examinar si los preceptos acusados todavía producen efectos jurídicos, supuesto del cual depende la competencia de la Corte, con miras a proferir un fallo de fondo. Al adelantar este análisis, se encontró que no cabía un pronunciamiento, por carencia de objeto, en relación con el inciso 4 del artículo 12 y el literal c) del artículo 17 de la Resolución 1733 de 2016, pues su regulación se refería a la orden de rectificación como una medida cautelar que, en el desarrollo del proceso plebiscitario especial para la paz, podía adoptar el CNE, cuando las campañas hicieran uso de informaciones falsas, parcializadas o imprecisas. Al tratarse de una autorización específica que, por su contenido y alcance, se limitó al plazo de campaña (30 de agosto de 2016 al 2 de octubre del año en cita), la posibilidad de recurrir a la misma se entiende

agotada en el tiempo, pues sus mandatos, de haberlo sido, ya debieron ser ejecutados, careciendo de la posibilidad de acudir a los mismos para ser empleados en otro mecanismo de participación o en un plebiscito distinto, en atención al carácter especial de las reglas expedidas para regular el proceso encaminado a someter a consideración del pueblo el Acuerdo de Paz suscrito con las FARC, según lo dispuesto en el artículo 1 de la Ley 1806 de 2016. En este orden de ideas, las rectificaciones que pudieron haber sido dispuestas en ejercicio de dicha medida de carácter cautelar constituyen actuaciones ya concluidas y que, al estar atadas en su suerte a un trámite principal, por su naturaleza accesoria, su existencia se entiende finalizada una vez agotado el proceso plebiscitario para el cual fueron autorizadas, a partir de los resultados de la votación mayoritaria por la opción del No. Por el contrario, se indicó que el resto de normas demandadas todavía son susceptibles de producir efectos jurídicos, ya que en ellas se incluyeron varias obligaciones que tenían como destinatarios directos y principales a los medios de comunicación y a las encuestadoras, cuyo presunto incumplimiento ha dado lugar a la apertura de investigaciones por parte del CNE, algunas en curso y otras archivadas, en virtud del ejercicio de la potestad sancionatoria de la administración, que en el caso particular, se sujeta al término de caducidad de tres años previsto en el artículo 52 del CPACA, por lo que su activación es posible hasta finales del año 2019.

En tercer lugar, al abordar el análisis de fondo, y luego de referir a las libertades de expresión, información y prensa, la Corte encontró que, respecto del artículo 12, la autorización para expedir dicha regulación se encontraba en el artículo 2 de la Ley 1806 de 2016, en donde ante el carácter apremiante del proceso electoral del plebiscito para la paz, se decidió otorgar una función especial de regulación al CNE, para disponer sobre el acceso a los medios de comunicación por parte de las campañas, tanto por la opción del Sí como por la opción del No, con miras a asegurar su participación en condiciones de igualdad, proporcionalidad, imparcialidad y equidad, así como para expedir otras normas necesarias que permitiesen alcanzar esos mismos objetivos. Teniendo en cuenta que, además, el párrafo de la disposición en cita, le otorgó a la citada autoridad la competencia para fijar las medidas que correspondan para que las campañas, sean estas lideradas por partidos políticos, movimientos cívicos, grupos significativos de ciudadanos, etc., tengan idénticas garantías, espacios y participación en los medios. Estas habilitaciones fueron declaradas exequibles por este tribunal en la Sentencia C-379 de 2016.

Aunado a lo anterior, se concluyó que el artículo demandado se limitaba a consagrar los principios que rigen el manejo de la información de las campañas por los medios de comunicación que hagan uso del espectro, y el deber a cargo de ellos de remitir un informe semanal sobre los espacios o tiempos que en sus emisiones o publicaciones se otorgaron a cada una de ellas. En ninguno de sus preceptos se autorizó al CNE para controlar las opiniones que se hagan en los medios, ni para disponer sobre sus tiempos o espacios, ni para efectuar algún tipo de intervención que imponga valoraciones cuantitativas sobre el contenido noticioso o sus decisiones editoriales. En este contexto, el alcance de la verificación al que alude la norma, parte de la base de que los principios solamente tienen un contenido específico de carácter obligacional, a partir de las distintas normas que sobre publicidad y divulgación se consagran en la resolución en cita o en aquellas que la adicionan o complementan, como, por ejemplo, en lo que atañe al número máximo de cuñas y avisos de prensa[224] o a la prohibición de divulgar propaganda electoral el día de las elecciones[225]. Por ello, la expresión “el cumplimiento de lo aquí previsto”, supone que los medios de comunicación remitan el informe, y con base en esa información, el CNE pueda adelantar las acciones pertinentes dirigidas a determinar si se cumplieron o no con las reglas que materializan cada uno de los principios a los que alude el inciso primero.

Por otra parte, se advirtió que el artículo no constituye una expresión de censura, pues no se incorporó en su regulación modalidad alguna de control previo en el manejo de la información, por el contrario, su rigor normativo guarda identidad con el previsto en los artículos 25 de la Ley 996 de 2005 y 27 de la Ley 130 de 1994, que fueron previamente declarados exequibles por la Corte, al considerar que su consagración se soporta en el deber de los medios de obrar de acuerdo con el mandato de responsabilidad social (CP art. 20), de dar a conocer información de manera veraz e imparcial (CP art. 20) y de garantizar el pluralismo informativo como lo dispone el artículo 75 de la Carta. Además, el artículo 12, cumple con el criterio de necesidad, cuando se advierte que el fin primordial de esta regulación es preservar un interés constitucionalmente imperioso orientado a salvaguardar el voto libre, informado y consciente de los ciudadanos, como soporte del régimen democrático, garantizando una contienda electoral en la que la divulgación y publicación de la información por parte de los medios de comunicación responda a los principios de equilibrio informativo, pluralismo, imparcialidad y veracidad, frente a quienes apoyan o apoyaban las opciones por el Sí o por el No.

Por último, en lo que atañe al artículo 21, se reiteró que su expedición se fundamentó en las competencias especiales otorgadas al CNE por el artículo 2 de la Ley 1806 de 2016, por lo que, además, no le era exigible recurrir a la reserva de ley estatutaria, sobre todo cuando su regulación no impone límite alguno que afecte el núcleo esencial de la libertad de prensa o que se convierta en una regulación integral, estructural y completa sobre el citado derecho. Se consideró igualmente que la obligación de enviar las encuestas por el medio de comunicación (literal a) se soporta, por una parte, en razones de celeridad y economía, y por la otra, en el mandato de responsabilidad social que tienen los medios, en particular respecto del compromiso que les asiste de contribuir al fortalecimiento de la democracia. En seguida, se estimó que el literal c), referente al límite temporal para publicar encuestas, se originó como consecuencia de la autorización de regulación dada al CNE por la citada Ley 1806 de 2016, cuya consagración devenía en idónea, necesaria y proporcional, como herramienta imperiosa para que los ciudadanos pudiesen reflexionar libremente sobre la decisión a adoptar, sin la presión que generan los resultados de las encuestas, con ocasión de lo propuesto en el plebiscito especial para la paz.

Precisamente, en relación con estos últimos, como consecuencia de la doctrina que distingue entre la responsabilidad por las condiciones del autor frente a aquella que se soporta en la comisión de un acto (la primera fundada en la personalidad o el rol de un sujeto, y la segunda en la ejecución, de manera consciente y libre, de una conducta contraria al orden jurídico), esta última acogida por el artículo 29 de la Constitución Política, como soporte del ejercicio del ius puniendi por parte del Estado, no es posible, sin vulnerar este último precepto superior, que se imponga a los medios de comunicación, como lo hace el literal d) del artículo 21, una sanción por un comportamiento que le es ajeno, como lo es el control de la información que se incorpora en las fichas técnicas de las encuestas, pues la imputación de un acto en materia sancionatoria necesariamente se rige por el principio de intransferibilidad de la responsabilidad, que supone que cada persona responde por sus propios actos, sujetos a su voluntad y dominio, circunstancia que no acontece en el asunto bajo examen. Asimismo, la corresponsabilidad que se impone a los medios, como ya se dijo, no tiene soporte normativo ni en la Ley 130 de 1994, ni tampoco en la Ley 1806 de 2016, por lo que no cabe considerar que se trata de una simple reiteración de un precepto legal ya existente e incorporado al ordenamiento jurídico.

En mérito de lo expuesto, la Sala Plena de la Corte Constitucional de la República de

Colombia, administrando justicia en nombre del pueblo y por mandato de la Constitución,

RESUELVE

Primero.- Declararse INHIBIDA para proferir un fallo de fondo, por carencia actual de objeto, en relación con el inciso 4 del artículo 12 y el literal c) del artículo 17 de la Resolución 1733 de 2016 “por la cual se regulan y reglamentan algunos temas concernientes al ‘plebiscito para la refrendación del acuerdo final para la terminación del conflicto y la construcción de una paz estable y duradera’, en los términos de la Ley 1806 del 24 de agosto de 2016 y la Sentencia C-379 de 2016”, expedida por el Consejo Nacional Electoral.

Segundo.- En relación con los cargos examinados en esta sentencia, declarar la EXEQUIBILIDAD de los incisos 1, 2 y 3 del artículo 12 de la Resolución 1733 de 2016, modificado por el artículo 1° de la Resolución 1999 del mismo año.

Tercero.- En relación con los cargos examinados en esta sentencia, declarar la EXEQUIBILIDAD de los literales a) y c) del artículo 21 de la Resolución 1733 de 2016, modificado por el artículo 3° de la Resolución 1999 del mismo año, salvo el literal d) que se declara INEXEQUIBLE.

Notifíquese, comuníquese, publíquese, insértese en la Gaceta de la Corte Constitucional y archívese el expediente.

ALEJANDRO LINARES CANTILLO

Presidente

Con salvamento de voto

CARLOS LIBARDO BERNAL PULIDO

Magistrado

Con salvamento de voto

DIANA FAJARDO RIVERA

Magistrada

Con impedimento aceptado

LUIS GUILLERMO GUERRERO PÉREZ

Magistrado

ANTONIO JOSÉ LIZARAZO OCAMPO

Magistrado

Con salvamento de voto

GLORIA STELLA ORTÍZ DELGADO

Magistrada

CRISTINA PARDO SCHLESINGER

Magistrada

JOSÉ FERNANDO REYES CUARTAS

Magistrado

ALBERTO ROJAS RÍOS

Magistrado

MARTHA VICTORIA SACHICA MÉNDEZ

Secretaria General

SALVAMENTO DE VOTO DEL MAGISTRADO

CARLOS BERNAL PULIDO

A LA SENTENCIA C-102/18

DEMANDA DE INCONSTITUCIONALIDAD CONTRA RESOLUCION DEL CNE-Corte Constitucional no tenía competencia para pronunciarse de fondo en el presente asunto (Salvamento de voto)

Referencia: Expediente D-12017.

Magistrado Ponente: Luis Guillermo Guerrero Pérez

En atención a la decisión adoptada, de forma mayoritaria, me permito presentar Salvamento de Voto, al considerar que la Corte Constitucional no tenía competencia para pronunciarse de fondo en el presente asunto, por las siguientes razones:

1. El artículo 241.3 de la Constitución restringe la competencia de la Corte Constitucional a los posibles vicios de procedimiento en la “convocatoria” y “realización” de los plebiscitos del orden nacional.
2. A partir de una interpretación extensiva del artículo 241.3 de la Constitución, la Sala deriva una nueva causal de competencia para el control de constitucionalidad de todos los actos, incluso administrativos, “relacionados con la convocatoria y realización del plebiscito”, dado que su “existencia solo se explica como parte del trámite dirigido al impulso y promoción del referido mecanismo de participación”. Esta se fundamenta en 3 precedentes. En 2 de ellos, sin lugar a dudas, la competencia le corresponde a la Corte, por hacer relación tanto a la “convocatoria” como a la “realización” del plebiscito. En la sentencia C-309 de 2017 se analizó la constitucionalidad del decreto de convocatoria al plebiscito por la paz[226], y se declaró su exequibilidad; en la sentencia C-030 de 2018 se analizó, entre otros, el acto que declaró el resultado de la votación de este plebiscito[227] y se declaró inhibida para pronunciarse de fondo, así como en relación con los demás que fueron demandados, por carencia actual de objeto[228]. Del tercer precedente que se cita (sentencia C-609 de 2017) no es posible inferir una subregla jurisprudencial en cuanto a la competencia de la Corte en un caso en concreto, pues esta se dio por supuesta, amén de que resolvió declararse inhibida para pronunciarse de fondo, por ineptitud sustantiva de la demanda.

3. La interpretación del artículo 241.3 de la Constitución debe tener carácter restrictivo y no extensivo, al tratarse de una norma de asignación de competencia. Tal como se deriva de los numerales 1 y 2 del artículo 237 de la Constitución, la competencia residual para el control de constitucionalidad de los actos administrativos corresponde al Consejo de Estado.

4. Si bien, aquella interpretación extensiva la ha planteado la Corte en supuestos de “referendo”[229] (uno de los 3 casos que regula el artículo 241.3 de la Constitución), la justificación para su extensión en este supuesto no es extrapolable a la del plebiscito, dadas sus diferencias específicas, pues este último, i) no es un mecanismo de participación ciudadana que permita reformar la Constitución; ii) su convocatoria es exclusiva del Presidente y iii) solo persigue buscar apoyo a políticas de un gobernante específico, que no poner en consideración un acto normativo.

5. En el caso en concreto, de una parte, la Resolución 1733 de 2016, expedida por el Consejo Nacional Electoral, no podía considerarse como un acto administrativo necesario para la “convocatoria” o “realización” del plebiscito del 2 de octubre de 2016, pues estos se fundamentaban en actuaciones independientes, tal como se indicó en el numeral 2 supra.

6. A pesar de la discusión particular que se pudiera dar en relación con contenidos concretos del reglamento demandado, lo cierto es que las disposiciones acusadas de la Resolución 1733 de 2016, como mínimo, no cumplían aquella condición, dado que no tenían una conexión inmediata con la “convocatoria” o “realización” del citado plebiscito, tanto así que el accionante las demandó de manera independiente, y de ellas no era posible derivar conexión alguna con los resultados del plebiscito. En efecto, las citadas disposiciones regulaban el deber de los medios de comunicación de garantizar el pluralismo informativo e imparcialidad en las campañas por el SÍ y por el NO, la facultad del Consejo Nacional Electoral de dictar órdenes de “rectificación” y diversas reglas en cuanto a las encuestas que publicaran los medios de comunicación.

7. En consecuencia, la Corte Constitucional debió declararse carente de competencia para resolver la demanda presentada en contra de los artículos 12, 17.c y literales a, c y d del artículo 21 de la Resolución 1733 de 2016, expedida por el Consejo

Nacional Electoral, por corresponder esta al Consejo de Estado.

Atentamente,

CARLOS BERNAL PULIDO

Magistrado

[1] M.P. José Antonio Cepeda Amarís. Folios 29 a 30.

[2] M.P. Diana Fajardo Rivera.

[3] Sobre el particular, se afirmó que: “(...) Ante la Sección Quinta del Consejo de Estado cursan en la actualidad dos procesos de nulidad de mi elección, en la Plenaria del Senado del 1 de junio de 2017, como magistrada de esta Corporación.” Con sujeción a lo anterior y teniendo de presente que la imparcialidad es uno de los elementos esenciales de la función judicial, se afirmó que: (...) En el presente caso, la decisión sobre la constitucionalidad de la Resolución 1733 de 2016 implica establecer si la Corte Constitucional tiene competencia para pronunciarse de fondo en virtud de lo dispuesto por el artículo 241.3 Superior; o si, en cambio, la competencia se encuentra en cabeza de la Sección Quinta del Consejo de Estado, en el marco de la nulidad electoral, es decir, el órgano judicial que actúa como juez natural en la causa promovida para que se declare la nulidad de mi elección como Magistrada de la Corte Constitucional”. Folios 213 y 214.

[4] Cabe aclarar que la demanda fue inicialmente inadmitida mediante auto del 3 de abril de 2017, en el que se consideró que las disposiciones acusadas no están produciendo efectos jurídicos. Luego, ante la presentación en término del escrito de corrección por parte del demandante y dadas las dudas vinculadas con la vigencia en el tiempo de los preceptos demandados, el Magistrado Sustanciador decidió dar curso al presente proceso. Por esta razón, en este acápite, se tendrán en cuenta los argumentos expuestos tanto en la demanda como en el escrito de corrección que configuran la razón de la acusación.

[5] Folio 9.

[6] Ibídem.

[7] Ibídem.

[8] Folio 10.

[9] La disposición en cita consagra que: “Artículo 30. Derecho a la rectificación. El Estado garantiza el derecho a la rectificación, en virtud del cual, a toda persona natural o jurídica o grupo de personas se les consagra el derecho inmediato del mismo, cuando se vean afectadas públicamente en su buen nombre u otros derechos e intereses por informaciones que el afectado considere inexactas, injuriosas o falsas transmitidas en programas de televisión cuya divulgación pueda perjudicarlo. // Podrán ejercer o ejecutar el derecho a la rectificación el afectado o perjudicado o su representante legal si hubiera fallecido el afectado, sus herederos o los representantes de éstos, de conformidad con las siguientes normas:

1. Dentro de los diez (10) días hábiles siguientes a la transmisión del programa donde se originó el mensaje motivo de la rectificación, salvo fuerza mayor, el afectado solicitará por escrito la rectificación ante el director o responsable del programa, para que se pronuncie al respecto; éste dispondrá de un término improrrogable de siete (7) días hábiles contados a partir de la fecha de la solicitud para hacer las rectificaciones a que hubiere lugar. El afectado elegirá la fecha para la rectificación en el mismo espacio y hora en que se realizó la transmisión del programa motivo de la rectificación. En la rectificación el Director o responsable del programa no podrá adicionar declaraciones ni comentarios ni otros temas que tengan que ver con el contenido de la rectificación.

2. En caso de negativa a la solicitud de rectificación, o si el responsable del programa no resuelve dentro del término señalado en el numeral anterior, el medio tendrá la obligación de justificar su decisión dentro de los tres (3) días hábiles siguientes a través de un escrito dirigido al afectado acompañado de las pruebas que respalden su información. . Lo anterior sin perjuicio de las acciones judiciales a que pueda haber lugar.

No obstante lo anterior, se garantizan el secreto profesional y la reserva de las fuentes de información previstas en la Ley 51 de 1975, artículo 11.

3. Si recibida la solicitud de rectificación no se produjese pronunciamiento tanto del responsable de la información o director del programa controvertido, la solicitud se

entenderá como aceptada, para efectos de cumplir con la rectificación.

4. El derecho a la rectificación se garantizará en los programas en que se transmitan informaciones inexactas, injuriosas, o falsas, o que lesionan la honra, el buen nombre u otros derechos.”

[10] El precepto constitucional en mención señala que: “Artículo 265. El Consejo Nacional Electoral regulará, inspeccionará, vigilará y controlará toda la actividad electoral de los partidos y movimientos políticos, de los grupos significativos de ciudadanos, de sus representantes legales, directivos y candidatos, garantizando el cumplimiento de los principios y deberes que a ellos corresponden, y gozará de autonomía presupuestal y administrativa. Tendrá las siguientes atribuciones especiales: // (...) 6. Velar por el cumplimiento de las normas sobre partidos y movimientos políticos y de las disposiciones sobre publicidad y encuestas de opinión política; por los derechos de la oposición y de las minorías, y por el desarrollo de los procesos electorales en condiciones de plenas garantías.” En criterio del actor, en desarrollo de esta norma superior se expidió el artículo 30 de la Ley 130 de 1994, en el cual se dispone lo siguiente: “Artículo 30. De la propaganda y de las encuestas. Toda encuesta de opinión de carácter electoral al ser publicada o difundida, tendrá que serlo en su totalidad y deberá indicar expresamente la persona natural o jurídica que la realizó y la encomendó, la fuente de su financiación, el tipo y tamaño de la muestra, el tema o temas concretos a los que se refiere, las preguntas concretas que se formularon, los candidatos por quienes se indagó, el área y la fecha o período de tiempo en que se realizó y el margen de error calculado. // El día de las elecciones, los medios de comunicación no podrán divulgar proyecciones con fundamento en los datos recibidos, ni difundir resultados de encuestas sobre la forma como las personas decidieron su voto o con base en las declaraciones tomadas a los electores sobre la forma como piensan votar o han votado el día de las elecciones. // El Consejo Nacional Electoral ejercerá especial vigilancia sobre las entidades o personas que realicen profesionalmente esta actividad, cuando se trate exclusivamente de encuestas sobre partidos, movimientos, candidatos o grado de apoyo a los mismos, para que las preguntas al público no sean formuladas de tal forma que induzcan una respuesta determinada. // Parágrafo. La infracción a las disposiciones de este artículo, será sancionada por el Consejo Nacional Electoral, con multa de 25 a 40 salarios mínimos mensuales o con la suspensión o prohibición del ejercicio de estas actividades.”

[11] Folio 13.

[12] Ibídem.

[13] Énfasis que se infiere del alcance de la demanda.

[14] Folio 13.

[15] Ibídem.

[16] Folio 25.

[17] La norma en cita dispone que: “Artículo 2o. Reglas especiales del plebiscito para la refrendación del acuerdo final para la terminación del conflicto y la construcción de una paz estable y duradera. Los procedimientos de convocatoria y votación se regirán por las siguientes reglas: (...) 4. La organización electoral garantizará el cumplimiento de los principios de la administración pública y la participación en condiciones de igualdad, equidad, proporcionalidad e imparcialidad, de la campaña por el sí o por el no, para lo cual regulará el acceso a los medios de comunicación y demás disposiciones necesarias. Salvo prohibición de la Constitución Política, los servidores públicos que deseen hacer campaña a favor o en contra podrán debatir, deliberar y expresar pública y libremente sus opiniones o posiciones frente al plebiscito para la refrendación del Acuerdo Final para la Terminación del Conflicto y la Construcción de una Paz Estable y Duradera. Queda prohibido utilizar bienes del Estado o recursos del Tesoro Público, distintos de aquellos que se ofrezcan en igualdad de condiciones a todos los servidores.” Esta disposición fue declarada exequible de forma condicionada en la Sentencia C-379 de 2016, M.P. Luis Ernesto Vargas Silva, en el entendido “de que la campaña del plebiscito no podrá incorporar contenidos que promuevan un partido, movimiento político o grupo significativo de ciudadanos, o que se relacionen con la promoción de candidaturas de ciudadanos a cargos de elección popular”.

[18] “Por la cual se dictan normas sobre mecanismos de participación ciudadana.”

[20] “Por la cual se dictan disposiciones en materia de promoción y protección del derecho a la participación democrática.”

[21] Énfasis realizado por el interviniente.

[22] De manera puntual, se citan las siguientes disposiciones: Ley 130 de 1994. “Artículo 27. Garantías en la información. Los concesionarios de los noticieros y los espacios de opinión en televisión, durante la campaña electoral, deberán garantizar el pluralismo, el equilibrio informativo y la imparcialidad. // Los concesionarios de espacios distintos a los mencionados no podrán, en ningún caso, presentar a candidatos a cargos de elección popular durante la época de la campaña.” “Artículo 30. De la propaganda y de las encuestas. Toda encuesta de opinión de carácter electoral al ser publicada o difundida, tendrá que serlo en su totalidad y deberá indicar expresamente la persona natural o jurídica que la realizó y la encomendó, la fuente de su financiación, el tipo y tamaño de la muestra, el tema o temas concretos a los que se refiere, las preguntas concretas que se formularon, los candidatos por quienes se indagó, el área y la fecha o período de tiempo en que se realizó y el margen de error calculado. // El día de las elecciones, los medios de comunicación no podrán divulgar proyecciones con fundamento en los datos recibidos, ni difundir resultados de encuestas sobre la forma como las personas decidieron su voto o con base en las declaraciones tomadas a los electores sobre la forma como piensan votar o han votado el día de las elecciones. // El Consejo Nacional Electoral ejercerá especial vigilancia sobre las entidades o personas que realicen profesionalmente esta actividad, cuando se trate exclusivamente de encuestas sobre partidos, movimientos, candidatos o grado de apoyo a los mismos, para que las preguntas al público no sean formuladas de tal forma que induzcan una respuesta determinada. // Parágrafo. La infracción a las disposiciones de este artículo, será sancionada por el Consejo Nacional Electoral, con multa de 25 a 40 salarios mínimos mensuales o con la suspensión o prohibición del ejercicio de estas actividades.” Ley 996 de 2005. “Artículo 25. Garantía de equilibrio informativo entre las campañas presidenciales. Los concesionarios y operadores privados de radio y televisión deberán garantizar el pluralismo, el equilibrio informativo y la veracidad en el manejo de la información sobre las campañas presidenciales y el proselitismo electoral. Para estos efectos, remitirán un informe semanal al Consejo Nacional Electoral de los tiempos o espacios que en dichas emisiones o publicaciones se les otorgaron a las actividades de campaña presidencial de cada candidato. El Consejo Nacional Electoral publicará dicha información y verificará que la presencia de los candidatos en dichas emisiones o publicaciones sea equitativa. // Si de estos informes el Consejo Nacional Electoral deduce que no se ha dado un trato equitativo en la información de las actividades políticas de los candidatos presidenciales, la entidad solicitará al respectivo medio de comunicación social

que establezca el equilibrio informativo, y podrá acordar con el respectivo medio y la Comisión Nacional de Televisión, o el Ministerio de Comunicaciones, según sea el caso, las medidas que se requieran dentro de las setenta y dos (72) horas siguientes. // Las campañas presidenciales suministrarán diariamente material audiovisual y escrito suficiente sobre las actividades políticas de sus candidatos a los medios de comunicación social, quienes seleccionarán libremente los aspectos que consideren valiosos para la información noticiosa.” “Artículo 28. De las encuestas electorales. Toda encuesta de opinión de carácter electoral al ser publicada o difundida por cualquier medio de comunicación, tendrá que serlo en su totalidad y deberá indicar expresamente la persona natural o jurídica que la realizó y la encomendó, la fuente de su financiación, el tipo y tamaño de la muestra, el tema o temas concretos a los que se refiere, las preguntas concretas que se formularon, los candidatos por quienes se indagó, el área y la fecha o período de tiempo en que se realizó y el margen de error calculado. Sólo podrán divulgarse encuestas representativas estadísticamente, en las cuales los entrevistados sean seleccionados probabilísticamente. // Se prohíbe la realización o publicación de encuestas o sondeos la semana anterior a las elecciones a la Presidencia de la República en los medios de comunicación social nacional. También queda prohibida la divulgación en cualquier medio de comunicación de encuestas o sondeos, durante el mismo término, que difundan los medios de comunicación social internacionales. // El Consejo Nacional Electoral ejercerá especial vigilancia sobre las entidades o personas que realicen esta actividad cuando se trate de encuestas políticas, electorales o sondeos de opinión, para asegurar que las preguntas al público no sean formuladas de manera que induzcan una respuesta determinada y que las encuestas reúnan las condiciones técnicas señaladas por el Departamento Administrativo Nacional de Estadística, DANE. // Las empresas que contemplen dentro de su objeto la realización de encuestas políticas o electorales, deberán estar inscritas en el Registro Nacional de Encuestadores que para este efecto llevará el Consejo Nacional Electoral cuando estén destinadas a ser publicadas. // En ningún caso se podrán realizar o publicar encuestas, sondeos o proyecciones electorales el día de los comicios. // Parágrafo 1o. Cuando un medio de comunicación realice sondeos de opinión o consultas abiertas para que los ciudadanos expresen opiniones sobre preferencias electorales por medio de Internet o de llamadas telefónicas, en las que no existe un diseño técnico de muestra ni es posible calcular un margen de error, el medio deberá informar claramente a sus receptores la naturaleza y alcance de la consulta y advertir que no se trata de una encuesta técnicamente diseñada. //

Parágrafo 2o. La infracción a las disposiciones de este artículo será sancionada por el Consejo Nacional Electoral, con multa de quince (15) a doscientos (200) salarios mínimos legales mensuales vigentes, según la gravedad de la falta, impuesta tanto al medio de comunicación como a quien encomendó o financió la realización de la encuesta. El monto de la multa se depositará en el Fondo Nacional de Financiación de Partidos y Campañas Electorales. // Parágrafo 3o. Se entiende que una encuesta tiene carácter político cuando verse sobre asuntos relacionados con el Estado o con el poder político. Una encuesta o sondeo de opinión tiene carácter electoral cuando se refiere a preferencias electorales de los ciudadanos, intenciones de voto, opiniones sobre los candidatos, las organizaciones políticas o programas de gobierno. También, en época electoral, las que versen sobre cualquier otro tema o circunstancia que pueda tener incidencia sobre el desarrollo de la contienda electoral.”

[23] Folio 125.

[24] Folio 126.

[25] Como parte de la intervención se incluye un anexo de opinión publicado por el portal la Silla Vacía, que se titula: “Estos son los activos del No y del Sí en la recta final del plebiscito”. Como parte del análisis, se afirma, por ejemplo, que RCN Televisión “aunque (...) no ha dicho oficialmente cuál es su posición, la directora de noticias, (...), es muy crítica del Gobierno (...) al canal lo ven más de diez millones de personas, [de suerte que] la información de Noticias RCN en estos últimos días puede ser crucial para llegarle a la mayoría de la gente, más que cualquier periódico, revista o página Web, y puede arrastrar, teniendo en cuenta su línea, a muchos votantes por el No”. Luego se habla sobre el periódico El Tiempo y se dice que: “Al día siguiente de la firma en Cartagena, (...) el editorial [publicó] (...) ‘EL día soñado’, que termina así: ‘falta aún la refrendación popular el próximo domingo, la cual, como ya se ha dicho, este diario espera que se produzca’, lo que implica que apoya el Sí. Eso sumado a que el cubrimiento ha sido totalmente favorable al proceso y que en prensa escrita es el medio más leído al día”. Con posterioridad se analiza a Caracol Radio y se sostiene que: “Aunque la emisora no tiene una posición editorial clara, su portal en twitter tiene la paloma blanca de la paz y el cubrimiento suele privilegiar notas favorables al Sí. Como es la emisora más oída (...) en el país, esa difusión puede impulsar el voto por el Sí.” Por último, aborda el caso de la Revista Semana, en donde

señala: “Con su portada del domingo ratificando el Sí, más la edición especial que circuló hoy. Semana puede ayudar a mover a la opinión pública, sobre todo de la clase alta, si sacan por ejemplo historias que puedan conmover más a la gente con el drama de la guerra, o si revelaran un escándalo de alguna de las campañas”. Folios 132 y ss.

[26] “Artículo 13. Competencia y procedimiento para imponer sanciones a los partidos y movimientos políticos. El Consejo Nacional Electoral es titular del ejercicio preferente en la competencia y procedimiento para imponer sanciones a partidos, movimientos políticos y grupos significativos de ciudadanos. (...) 6. En cualquier etapa de la actuación podrá adoptarse como medida cautelar, debidamente motivada la suspensión de la financiación, de los espacios en medios de comunicación social o de la personería jurídica, hasta que se adopte la decisión final, con el alcance y los efectos que se estimen oportunos para salvaguardar el interés general. En tal caso, se ordenará la correspondiente anotación preventiva en el Registro de partidos. // Los aspectos de procedimiento no previstos en esta disposición, se regularán, en cuanto resultare pertinente, por lo dispuesto en el Código Contencioso Administrativo.”

[27] de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Quinta. Sentencia de 19 de septiembre de 2011. Radicación 11001-03-28-000- 2010-00041-00. C.P. Susana Buitrago Valencia.

[28] Al respecto, el artículo 149 del CPACA dispone que: “Artículo 149. Competencia del Consejo de Estado en única instancia. El Consejo de Estado, en Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, por intermedio de sus Secciones, Subsecciones o Salas especiales, con arreglo a la distribución de trabajo que la Sala disponga, conocerá en única instancia de los siguientes asuntos: 1. De los de nulidad de los actos administrativos expedidos por las autoridades del orden nacional o por las personas o entidades de derecho privado cuando cumplan funciones administrativas del mismo orden. (...)”.

[29] Folio 148.

[30] Norma citada en la nota a pie No. 23.

[31] Folio 149.

[32] Folio 150.

[33] Folio 160.

[34] Ibídem.

[35] La norma en cita dispone que: “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 tiene responsabilidad social. Se garantiza el derecho a la rectificación en condiciones de equidad. No habrá censura.”.

[36] Folio 73.

[37] Estas disposiciones fueron citadas en la nota a pie No. 23.

[38] Folio 157.

[39] Ibídem.

[40] Folio 171.

[41] Ibídem.

[42] Folio 198.

[43] Énfasis por fuera del texto original.

[44] Folio 199.

[45] Sentencia C-400 de 2013, M.P. Nilson Pinilla Pinilla.

[47] M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra.

[48] Folio 210.

[49] CP art. 237.1. Precisamente, en armonía con lo expuesto, el artículo 149 del CPACA señala que: “El Consejo de Estado, (...) por intermedio de sus secciones, subsecciones o

salas especiales, (...) conocerá en única instancia de los siguientes asuntos: 1. De los de nulidad de los actos administrativos expedidos por las autoridades del orden nacional (...)."

[50] CPACA, art. 137.

[51] M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra.

[52] El artículo 12 del citado de reforma, posteriormente modificado mediante los Actos Legislativos 01 de 2009 y 02 de 2015, disponía que: "Artículo 12. El artículo 263 de la Constitución Política quedará así: Artículo 263. Para todos los procesos de elección popular, los partidos y movimientos políticos presentarán listas y candidatos únicos, cuyo número de integrantes no podrá exceder el de curules o cargos a proveer en las respectiva elección. // Para garantizar la equitativa representación de los partidos y movimientos políticos y grupos significativos de ciudadanos, las curules de las corporaciones públicas se distribuirán mediante el sistema de cifra repartidora entre las listas de candidatos que superen un mínimo de votos que no podrá ser inferior al dos por ciento (2%) de los sufragados para Senado de la República o al cincuenta por ciento (50%) del cuociente electoral en el caso de las demás corporaciones, conforme lo establezca la Constitución y la Ley. // Cuando ninguna de las listas de aspirantes supere el umbral, las curules se distribuirán de acuerdo con el sistema de cifra repartidora. // La Ley reglamentará los demás efectos de esta materia. // Parágrafo transitorio. Sin perjuicio del ejercicio de las competencias propias del Congreso de la República, para las elecciones de las autoridades de las entidades territoriales que sigan a la entrada en vigencia del presente acto legislativo, facúltase al Consejo Nacional Electoral para que dentro del mes siguiente a su promulgación se ocupe de regular el tema. (...)". Énfasis por fuera del texto original.

[53] Énfasis por fuera del texto original.

[54] "Artículo 265. El Consejo Nacional Electoral (...) [t]endrá las siguientes atribuciones especiales: (...) 6. Velar por el cumplimiento de las normas sobre partidos y movimientos políticos y de las disposiciones sobre publicidad y encuestas de opinión política; por los derechos de la oposición y de las minorías; y por el desarrollo de los procesos electorales en condiciones de plenas garantías".

[55] “Artículo 237. Son atribuciones del Consejo de Estado: (...) 2. Conocer de las acciones de nulidad por inconstitucionalidad de los decretos dictados por el Gobierno Nacional, cuya competencia no corresponda a la Corte Constitucional”.

[56] “Artículo 135 del CPACA. Nulidad por inconstitucionalidad. Los ciudadanos podrán, en cualquier tiempo, solicitar por sí, o por medio de representante, que se declare la nulidad de los decretos de carácter general dictados por el Gobierno Nacional, cuya revisión no corresponda a la Corte Constitucional en los términos de los artículos 237 y 241 de la Constitución Política, por infracción directa de la Constitución. // También podrán pedir la nulidad por inconstitucionalidad de los actos de carácter general que por expresa disposición constitucional sean expedidos por entidades u organismos distintos del Gobierno Nacional. (...)”. Esta disposición fue declarada exequible de forma condicionada en la citada Sentencia C-400 de 2013, M.P. Nilson Pinilla Pinilla, “bajo el entendido de que a la Corte Constitucional le corresponde el control constitucional de los actos de carácter general, expedidos por entidades u organismos distintos del Gobierno Nacional, con contenido material de ley”.

[57] La norma en cita dispone que: “Artículo 10 transitorio. Los decretos que expida el Gobierno en ejercicio de las facultades otorgadas en los anteriores artículos tendrán fuerza de ley y su control de constitucionalidad corresponderá a la Corte Constitucional”. Énfasis por fuera del texto original.

[58] Sobre el particular, esta Corporación se ha pronunciado en las Sentencias C-049 de 2012, C-173 de 2014, C-241 de 2014, C-280 de 2014 y C-352 de 2017.

[59] Esta hipótesis se desarrolló en la Sentencia C-280 de 2014, M.P. Luis Guillermo Guerrero Pérez.

[60] Al respecto se puede consultar la Sentencia C-189 de 1994, M.P. Carlos Gaviria Díaz

[61] Precisamente, en la Sentencia C-173 de 2014, M.P. Mauricio González Cuervo, se expuso que: “[En la] Sentencia C-049 de 2012 (...) [se] presentó una síntesis de las competencias atípicas que la jurisprudencia constitucional había identificado hasta ese momento. En esa oportunidad destacó que dichas atribuciones comprendían: (i) los decretos con fuerza de ley expedidos con anterioridad a la promulgación de la Constitución

de 1991; (ii) los decretos compilatorios de leyes; (iii) los decretos que declaran un estado de excepción; (iv) los decretos expedidos con ocasión del ejercicio de facultades conferidas por disposiciones transitorias de la Constitución que no preceden al artículo 10 de tales normas; (v) los decretos que corrigen yerros en determinadas disposiciones con fuerza de ley; (vi) los decretos de ejecución de la convocatoria de un referendo constitucional; (vii) el acto de la autoridad electoral de determinación del censo electoral, en el marco de una reforma constitucional por vía de referendo; (viii) el acto de la autoridad electoral de declaración de aprobación de un referendo constitucional; (ix) los actos de particulares gestores de una iniciativa popular para el trámite de una ley convocatoria de un referendo constitucional; (x) los decretos que convocan a sesiones extraordinarias al Congreso de la República; (xi) los decretos y las resoluciones adoptadas en cumplimiento de lo dispuesto en un acto legislativo; y (xii) los acuerdos internacionales simplificados que se ocupan de regular materias propias de un tratado internacional.” Sombreado por fuera del texto original.

[62] Estas disposiciones y lo resuelto por la Corte en mencionada sentencia se encuentran en las notas a pie Nos. 55 y 56.

[63] El numeral 1 del artículo 237 de la Constitución Política señala que: “Son atribuciones del Consejo de Estado: 1.- Desempeñar las funciones del tribunal supremo de lo contencioso administrativo, conforme a las reglas que señale la ley”. Con tal propósito, por ejemplo, la Ley 1437 de 2011 consagra la pretensión de nulidad simple en el artículo 137, en los siguientes términos: “Toda persona podrá solicitar por sí, o por medio de representante, que se declare la nulidad de los actos administrativos de carácter general. // Procederá cuando hayan sido expedidos con infracción de las normas en que deberían fundarse, o sin competencia, o en forma irregular, o con desconocimiento del derecho de audiencia y defensa, o mediante falsa motivación, o con desviación de las atribuciones propias de quien los profirió. (...)”. Énfasis por fuera del texto original.

[64] Sentencia C-037 de 1996, M.P. Vladimiro Naranjo Mesa. Textualmente, se dijo que: “Como bien es sabido, el control de constitucionalidad en Colombia se vio reforzado con la creación de la Corte Constitucional. Sin embargo, no por ello puede afirmarse que nuestro país ha adoptado el llamado “control concentrado” o austríaco, pues en realidad éste sigue siendo de carácter difuso funcional. Lo anterior, habida cuenta de que además de los pronunciamientos que realice esta Corporación, al Consejo de Estado se le ha atribuido,

dentro de la llamada acción de nulidad por inconstitucionalidad, el pronunciamiento acerca de los decretos dictados por el Gobierno nacional cuya competencia no sea asignada a la Corte Constitucional (Art. 237-1). Como si lo anterior no fuese suficiente, el artículo 4o superior consagra la denominada excepción de inconstitucionalidad, a través de la cual, en un caso concreto y con efectos inter-partes, un juez o inclusive una autoridad administrativa, pueden abstenerse de aplicar una norma en aquellos eventos en que ésta contradiga en forma flagrante el texto de la Carta Política. Tampoco puede olvidarse que dentro de los parámetros definidos por el artículo 86 fundamental, cada juez de la República, al momento de resolver de un asunto de tutela, también está haciendo parte de la llamada jurisdicción constitucional.” Énfasis por fuera del texto original.

[65] Sentencia C-400 de 2013, M.P. Nilson Pinilla Pinilla.

[66] Sobre el particular, en la Sentencia C-155 de 2005, M.P. Manuel José Cepeda Espinosa, se dijo que: “El Reglamento 01 de 2003 del Consejo Nacional Electoral fue dictado con base en las facultades otorgadas al Consejo Nacional Electoral mediante el párrafo transitorio del artículo 12 del Acto Legislativo 01 de 2003 [cuya cita se realizó en la nota a pie No. 52]. Precisamente, varios intervinientes plantean que el hecho de que el Reglamento hubiera sido expedido por el Consejo Nacional Electoral significa que él constituye un acto administrativo y que, por lo tanto, debe ser controlado en su constitucionalidad por el Consejo de Estado. // La Corte no comparte esta posición. Como se demostró atrás, el Reglamento No. 01 de 2003 del Consejo Nacional Electoral reguló funciones electorales, dado que sus normas reforman y adicionan el Código Electoral. Esto indica que si bien, formalmente, el Reglamento puede aparecer –y ser titulado– como un acto administrativo más del Consejo Nacional Electoral, en realidad él constituye una ley estatutaria en sentido material, (...) por lo tanto, la Corte es competente para conocer sobre él.” Este fallo fue reiterado en la Sentencia C-1081 de 2005, M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra.

[67] En la Sentencia C-379 de 2016, M.P. Luis Ernesto Vargas Silva, se expuso que: “El hecho de que el Jefe de Estado cuente con una competencia exclusiva y facultativa para la iniciativa y convocatoria del plebiscito, no implica que le esté dado someter a votación del Pueblo cualquier asunto de interés nacional mediante el plebiscito, debido a que la decisión política que someta a votación popular debe estar dentro de la órbita de sus competencias. En caso contrario, debería usar la consulta popular de carácter nacional, que es el medio

idóneo para hacer consultas sobre asuntos de interés general que excedan sus facultades constitucionales. De manera que, por medio del plebiscito no puede consultar sobre un asunto del que carezca de facultades constitucionales para llevar a cabo una actuación.” Énfasis no original.

[68] En la Sentencia C-180 de 1994, M.P. Hernando Herrera Vergara, se distinguió el alcance del plebiscito del referendo, en los siguientes términos: “(...) verifica la Corte que el proyecto recoge la doctrina universal que distingue el referendo del plebiscito en cuanto en aquél el pronunciamiento se le pide al pueblo en relación con un texto normativo ya elaborado que bien puede ser un proyecto de norma jurídica o una norma jurídica ya en vigor, mientras que en éste versa sobre una decisión que no se ha plasmado normativamente en un texto positivo o escrito.”

[69] En la citada Sentencia C-379 de 2016, al referir a las características del plebiscito, se dijo que: “(i) es un mecanismo de participación ciudadana que puede ser convocado únicamente por el Presidente de la República en aquellos casos que este lo considere necesario, (ii) para consultar a los ciudadanos una decisión política de su Gobierno que se encuentre dentro de la órbita de sus competencias. El pronunciamiento popular (iii) dota de legitimidad popular la iniciativa del Jefe de Estado; y, además, (iv) tiene un carácter vinculante, en términos de mandato político del Pueblo soberano, restringiéndose dichos efectos al Gobierno, sin que resulten extensibles a otras ramas del poder público.” Énfasis por fuera del texto original.

[70] Exposición de motivos de la Ley 134 de 1994, cuya consulta puede realizarse en el siguiente link: <http://www.alcaldiabogota.gov.co/sisjur/normas/Norma1.jsp?i=7383#0> La norma en cita dispone que: “Artículo 103. Son mecanismos de participación del pueblo en ejercicio de su soberanía: el voto, el plebiscito, la consulta popular, el cabildo abierto, la iniciativa legislativa y la revocatoria del mandato. La ley los reglamentará. (...)”. Énfasis por fuera del texto original.

[71] Ley 134 de 1994, art. 77.

[72] Ley 134 de 1994, art. 78, inciso 2 y Ley 1757 de 2015, art. 20, literal C.

[73] Ibídem. Sobre el particular, en la Sentencia C-180 de 1994, M.P. Hernando Herrera

Vergara, Este Tribunal explicó que: “No encuentra la Corte reparo alguno de inconstitucionalidad respecto de esta previsión normativa, máxime cuando la propia Carta Política prevé que la reforma a sus preceptos se solicite mediante otros mecanismos, instrumentos y procedimientos distintos del plebiscito.”

[74] Sentencia C-150 de 2015, M.P. Mauricio González Cuervo, en la que se declaró la exequibilidad del literal c) del artículo 20 de la Ley 1757 de 2015, bajo el entendido “de que el plebiscito tampoco puede versar sobre leyes aprobatorias de tratados internacionales, leyes de presupuesto, ni las referentes a materias fiscales o tributarias.”

[75] Sentencia C-379 de 2016, M.P. Luis Ernesto Vargas Silva.

[76] El artículo 79 de la Ley 134 de 1994 señala que: “Cuando dentro del mes siguiente a la fecha en que el Presidente haya informado sobre su intención de realizar un plebiscito, ninguna de las dos Cámaras, por la mayoría de asistentes, haya manifestado su rechazo, el Presidente podrá convocarlo. (...)”

[77] El artículo 20, literal c) de la Ley 1757 de 2015 establece que: “El Congreso de la República deberá pronunciarse sobre la conveniencia de la convocatoria a plebiscito. Cuando dentro del mes siguiente a la fecha en la que el Presidente de la República haya informado sobre su decisión de realizar un plebiscito, ninguna de las dos cámaras por la mayoría simple haya manifestado su rechazo, el Presidente podrá convocarlo. (...)”.

[78] El artículo 33 de la Ley 1757 de 2015, en el aparte pertinente, dispone que: “Artículo 33. Decreto de convocatoria. Dentro de los 8 días siguientes a la notificación (...) del concepto de la corporación pública de elección popular para el plebiscito (...) el Presidente de la República (...) fijará fecha en la que se llevará a cabo la jornada de votación (...)”.

[79] El mismo artículo 33 de la Ley 1757 de 2015 establece lo siguiente: “(...) El plebiscito se realizará en un término máximo de cuatro meses contados a partir de la fecha en que el Congreso reciba el informe del presidente (...)”.

[80] Ley 1757 de 2015, arts. 37 y 38. Por ejemplo, frente a la pregunta, la última de las normas en cita dispone que la misma deberá ser redactada “(...) en forma clara, de tal manera que pued[a] contestarse con un sí o un no”.

[81] El artículo 34 de la Ley 1757 de 2015 consagra que: “Desde la fecha en la que la autoridad competente determine, mediante decreto, cuando se realizará la votación sobre un mecanismo de participación ciudadana hasta el día anterior a la realización del mismo, se podrán desarrollar campañas a favor, en contra y por la abstención a cada mecanismo, cuando aplique. (...)”

[82] Ley 1757 de 2015, art. 34, parágrafo.

[83] Ley 1757 de 2015, art. 35.

[84] Ley 1757 de 2015, art. 39.

[85] *Ibíd.*

[86] Ley 1757 de 2015, art. 36.

[87] El artículo 41 de la Ley 1757 de 2015 señala que: “La decisión del pueblo será obligatoria en todo mecanismo de participación democrática cuando se cumpla con los siguientes requisitos: a) En el plebiscito que haya participado más del cincuenta por ciento (50%) del censo electoral vigente”.

[88] Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera, decisión del 31 de octubre de 2016, C.P. Guillermo Vargas Ayala, radicación: 11001032400020160048700.

[89] M.P. Hernán Correa Cardozo.

[90] “Por el cual se convoca a un plebiscito y se dictan otras disposiciones”. Puntualmente, en el artículo 1, se dispuso que: “Artículo 1. Convocatoria. Convócase al pueblo de Colombia para que, el domingo 2 de octubre de 2016, en ejercicio de su soberanía, decida si apoya o rechaza el Acuerdo Final para la Terminación del Conflicto y la Construcción de una Paz Estable y Duradera. // Con este propósito, el pueblo responderá, sí o no, a la siguiente pregunta: << ¿Apoya usted el Acuerdo Final para la Terminación del Conflicto y la Construcción de una Paz Estable y Duradera? >>. // De conformidad con lo establecido en el numeral 3 del artículo 2 de la Ley 1806 de 2016, <<se entenderá que la ciudadanía aprueba este plebiscito en caso de que la votación por el sí obtenga una cantidad de votos

mayor al 13% del censo electoral vigente y supere los votos depositados por el no>>”.

[91] M.P. Carlos Bernal Pulido.

[92] La Corte ha establecido de manera reiterada que aun cuando la acción de inconstitucionalidad es pública e informal, los demandantes tienen unas cargas mínimas que deben satisfacer para que se pueda promover el juicio dirigido a confrontar el texto de un precepto legal con la Constitución. Tal requisito se consagra del numeral 3 del artículo 2 del Decreto 2067 de 1991, en el que se dispone que es deber de los ciudadanos exponer “[l]as razones por las cuales [las normas constitucionales] se estiman violad[as]”. En este contexto, en la Sentencia C-1052 de 2001, M.P. Manuel José Cepeda Espinosa, esta Corporación señaló que las razones presentadas por los accionantes deben ser claras, ciertas, específicas, pertinentes y suficientes. Son claras cuando existe un hilo conductor en la argumentación que permite comprender el contenido de la demanda y las justificaciones en las que se soporta. Son ciertas cuando la acusación recae sobre una proposición jurídica real y existente, y no sobre una deducida por el actor o implícita. Son específicas cuando el actor expone las razones por las cuales el precepto legal demandado vulnera la Carta Fundamental. Son pertinentes cuando se emplean argumentos de naturaleza estrictamente constitucional y no de estirpe legal, doctrinal o de mera conveniencia. Y son suficientes cuando la acusación no solo es formulada de manera completa, sino que, además, es capaz de suscitar en el juzgador una duda razonable sobre la exequibilidad de las disposiciones acusadas.

[93] M.P. Alberto Rojas Ríos.

[94] Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera, decisión del 12 de septiembre de 2016, C.P. Guillermo Vargas Ayala, radicación: 11001032400020160044900. En el mismo sentido fueron resueltos los expedientes número 11001032400020160046600 y 11001032400020160048700. En esta última oportunidad, se promovió una acción de nulidad por inconstitucionalidad contra la Resolución 1733 de 2016 del CNE, que ahora se cuestiona ante la Corte, en tal ocasión el asunto se rechazó por parte del Consejo de Estado, al estimar que su expedición correspondía a un trámite dentro de la convocatoria y realización del plebiscito, en el que se debe privilegiar el fuero a cargo de esta Corporación. Aun cuando en la Sección Quinta se admitió en una oportunidad una

demanda contra las actas de declaratoria del resultado de la votación del plebiscito especial para la paz, tal decisión, además de ocasional y de no haber sido reiterada, fue revocada por carencia de objeto, al no haberse aprobado por los ciudadanos en las urnas el Acuerdo Final (Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Quinta, providencia del 3 de agosto de 2017, C.P. Carlos Enrique Moreno Rubio, radicación número: 11001032800020160008101).

[96] Ley 134 de 1994 “por la cual se dictan normas sobre mecanismos de participación ciudadana” y Ley 1757 de 2015 “Por la cual se dictan disposiciones en materia de promoción y protección del derecho a la participación democrática.”

[97] Ley 1806 de 2016 “Por medio de la cual se regula el plebiscito para la refrendación del acuerdo final para la terminación del conflicto y la construcción de una paz estable y duradera”.

[98] Esta consideración se deriva de lo previsto en la Sentencia C-384 de 2003, M.P. Clara Inés Vargas Hernández, en donde se dijo que: “[E]xcepcionalmente, y por disposición constitucional, existe un sistema de reglamentación especial respecto de ciertas materias y para determinados órganos constitucionales, al margen de la potestad reglamentaria del Presidente de la República. Tal es el caso del Consejo Superior de la Judicatura, de la Junta Directiva del Banco de la República, del Consejo Nacional Electoral y de la Contraloría General de la República.”

[99] M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra.

[100] En la sentencia en cita se expuso que: “(...) la jurisprudencia de la Corte Constitucional ha interpretado el artículo 265 como fuente de potestades de regulación en cabeza del Consejo Nacional Electoral, advirtiendo que dicha potestad se limita a la expedición de normas de naturaleza operativa y administrativa, destinadas a regular los temas propios de su competencia”. Énfasis por fuera del texto original.

[101] Dentro de estas manifestaciones se ha excluido el control sobre las normas que todavía no han entrado en vigor, respecto de las cuales la certeza en relación con el momento en el que entrarán a regir autoriza su control de constitucionalidad. Al respecto, en la Sentencia C-728 de 2015, M.P. Luis Guillermo Guerrero Pérez, se expuso que: “(...) la

tesis que ha imperado en esta materia es que el escrutinio judicial sólo procede cuando la respectiva disposición o acto normativo impugnado produce o puede producir efectos jurídicos, de modo que una vez expirado el plazo en el cual debía regir, o una vez satisfecho su objeto porque se han realizado los mandatos en ella contenidos, no procede el juicio de validez. En otras ocasiones se ha extendido el control frente a preceptos legales que no han entrado a regir porque la ley difirió en el tiempo su aplicabilidad, pero que tienen la potencialidad de producir efectos en el futuro y existe una expectativa razonable de que así ocurra en el futuro próximo. Así se determinó en la Sentencia C-818 de 2011, cuando se avocó el conocimiento de las normas de la Ley 1437 de 2011 que regulaban el derecho de petición, por ser inminente su entrada en vigencia en el futuro próximo”. Énfasis por fuera del texto original.

[102] Véanse, entre otras, las Sentencias C-329 de 2001, C-338 de 2002 y C-931 de 2009.

[103] La derogatoria de una ley conlleva a la cesación de sus efectos jurídicos cuando (i) una nueva ley suprime formal y específicamente a la anterior (derogatoria expresa); (ii) cuando la ley nueva contiene disposiciones incompatibles o contrarias a las de la antigua (derogatoria implícita); y cuando (iii) una ley reglamenta toda la materia regulada por una o varias disposiciones precedentes, aunque no haya incompatibilidad entre los mandatos de éstas y los de la nueva ley (derogatoria orgánica).

[104] Al respecto, entre otras, se pueden consultar las Sentencias C-505 de 1995, C-471 de 1997, C-480 de 1998, C-521 de 1999, C-758 de 2004, C-335 de 2005, C-825 de 2006, C-896 de 2009 y C-898 de 2009.

[105] En la Sentencia C-714 de 2009, M.P. María Victoria Calle Correa, la Corte se pronunció de fondo acerca de algunas reformas al Estatuto Tributario contenidas en la Ley 863 de 2003 que, a pesar de haber sido derogadas por la Ley 1111 de 2006, todavía podían ser objeto de reclamaciones judiciales o administrativas.

[106] M.P. Vladimiro Naranjo Mesa.

[107] En el mismo sentido, entre otras, se pueden consultar las Sentencias C-745 de 1999, C-1144 de 2000, C-328 de 2001, C-1066 de 2001 y C-1067 de 2008.

[108] De esta manera, por ejemplo, en la Sentencia C-728 de 2015, M.P. Luis Guillermo Guerrero Pérez, se expuso que: “esta Corporación ha establecido que la acción de inconstitucionalidad solo es viable en aquellos contextos en los que se ataca la validez de una disposición que produce efectos jurídicos, porque solo en estos eventos se pone en entredicho la supremacía y la integridad de la Carta Política. Por este motivo, cuando el precepto legal demandado carece de esta potencialidad, bien sea porque ha sido derogado o porque ya no rige porque no tenía vocación de permanencia, la Corte se ha abstenido de pronunciarse sobre su constitucionalidad. En este entendido, aunque el escrutinio judicial supone un juicio de validez en el que se confronta un precepto infraconstitucional con el ordenamiento superior, a efectos de excluir del sistema aquellas prescripciones que sean incompatibles con este último, la determinación de la vigencia y eficacia de tales normas constituye una fase preliminar del control abstracto, que sirve para determinar la procedencia del mismo”.

[109] M.P. Alejandro Martínez Caballero.

[110] M.P. Hernando Herrera Vergara.

[111] Ley 49 de 1990, art. 61; y Decreto 1751 de 1991, arts. 1 y 4.

[112] M.P. Álvaro Tafur Galvis.

[113] Con una lógica semejante, en los Autos 169 de 2005 y 266 de 2005, este Tribunal confirmó la decisión de rechazar otras demandas de inconstitucionalidad presentadas en contra del mismo precepto, sobre una idéntica base argumentativa.

[114] M.P. Luis Guillermo Guerrero Pérez.

[115] En la sentencia C-803 de 2003, M.P. Rodrigo Escobar Gil, la Corte se pronunció sobre la validez de una norma cuyo plazo de vigencia era de tan solo 14 días.

[116] Ley 1806 de 2016, art. 2, numeral 1.

[117] Ley 1806 de 2016, art. 2, numeral 3.

[118] Ley 1806 de 2016, art. 2, numeral 4.

[119] El párrafo 1 del artículo 2 de la Ley 1806 de 2016 estableció lo siguiente: “Las campañas lideradas por movimientos cívicos, ciudadanos, grupos significativos de ciudadanos, partidos políticos y otras colectividades que decidan participar promoviendo el voto por el ‘SÍ’ y ‘NO’ tendrán idénticos deberes y garantías, espacios y participación en los medios y mecanismos señalados en el presente artículo”.

[120] Ley 1806 de 2016, art. 5.

[121] Sentencia C-379 de 2016, M.P. Luis Ernesto Vargas Silva.

[122] La norma en cita dispone que: “El Consejo Nacional Electoral (...) [t]endrá las siguientes atribuciones especiales: (...) 14. Las demás que le confiera la ley”.

[123] Sentencia C-379 de 2016, M.P. Luis Ernesto Vargas Silva. Énfasis por fuera del texto original.

[124] Decreto 1391 de 2016, art. 1.

[125] M.P. Alberto Rojas Ríos.

[126] La Ley 1475 de 2011, en el artículo 34, define a la campaña electoral como “el conjunto de actividades realizadas con el propósito de convocar a los ciudadanos a votar en un determinado sentido o a abstenerse de hacerlo”, cuando esta última posibilidad resulta electoralmente viable.

[127] La Ley 1806 de 2016, en el artículo 5, dispone que: “El Gobierno Nacional garantizará la publicidad y divulgación del Acuerdo Final mediante una estrategia de comunicación que asegure la transparencia y el conocimiento a fondo de los acuerdos, con el objetivo de generar un debate amplio y suficiente (...)”

[128] Resolución 1999 de 2016, “por medio de la cual se modifica parcialmente la Resolución 1733 del 31 de agosto de 2016 ‘por la cual se regulan y reglamentan algunos temas concernientes al Plebiscito para la refrendación del Acuerdo Final para la Terminación del Conflicto y la Construcción de una Paz Estable y Duradera’ en los términos de la Ley 1806 del 24 de agosto de 2016 y la Sentencia C-379 de 2016”.

[129] Véase, al respecto, el acápite 6.2.1.2 de esta providencia.

[130] La norma en cita señala que: “Artículo 7o. Medidas provisionales para proteger un derecho. Desde la presentación de la solicitud, cuando el juez expresamente lo considere necesario y urgente para proteger el derecho, suspenderá la aplicación del acto concreto que lo amenace o vulnere. (...)”.

[131] El artículo 34 de la Ley 1757 de 2015 fija el término de duración de las campañas respecto de los mecanismos de participación ciudadana, en los siguientes términos: “Desde la fecha en la que la autoridad competente determine, mediante decreto, cuando se realizará la votación sobre un mecanismo de participación ciudadana hasta el día anterior a la realización del mismo, se podrán desarrollar campañas a favor, en contra y por la abstención a cada mecanismo, cuando aplique. (...)”.

[132] La disposición en mención señala que: “Artículo primero. Divulgación o pedagogía del acuerdo y propaganda electoral el día de la votación del plebiscito. Durante el día de la votación del Plebiscito Especial se prohíbe la divulgación o pedagogía del ‘Acuerdo Final para la terminación del conflicto y la construcción de una paz estable y duradera’, así como toda clase de propaganda electoral por la opción del SÍ o por la opción del NO. // No se podrán realizar o adelantar concentraciones públicas ni se podrán fijar carteles, vallas, afiches, pasacalles o pendones alusivos al Acuerdo, a su pedagogía, o a las campañas por la opción del SÍ o la opción del NO. Tampoco se podrán portar camisetas o cualquier prenda de vestir alusiva a alguna de las campañas del Plebiscito Especial. // Durante el día de la votación del Plebiscito Especial se prohíbe a los concesionarios de los servicios de radiodifusión sonora, prensa escrita en general y a todas las modalidades de televisión, difundir propaganda política o electoral de cualquiera de las opciones, así como pedagogía en relación con el ‘Acuerdo Final para la terminación del conflicto y la construcción de una paz estable y duradera’.” Los aportes con énfasis corresponden al texto presuntamente infringido en criterio del CNE.

[133] En el aparte pertinente, la norma en cita establece que: “Artículo 39. Funciones del Consejo Nacional Electoral. El Consejo Nacional Electoral tendrá las siguientes funciones, además de las que le confiere la Constitución, el Código Electoral y la legislación vigente: a) Adelantar investigaciones administrativas para verificar el estricto cumplimiento de las

normas contenidas en la presente ley (...) y sancionar (...) con multas cuyo valor no será inferior a dos millones de pesos (\$2.000.000), ni superior a veinte millones de pesos (\$20.000.000), según la gravedad de la falta cometida. Las violaciones atribuibles a otras personas serán sancionadas con multas aplicables dentro de los límites aquí establecidos. Para la imposición de estas sanciones, el Consejo formulará cargos y el inculpado dispondrá de un plazo de quince (15) días para responderlos. (...)”.

[134] El artículo 40 de la Ley 130 de 1994 consagra que: “Artículo 40. Reajustes. Los valores señalados en pesos en la presente ley se reajustarán anualmente de acuerdo con el aumento del índice de precios al consumidor certificado por el Departamento Administrativo Nacional de Estadística (DANE).”

[135] “Los concesionarios y operadores de televisión y radio, durante la campaña del plebiscito, deberán garantizar el pluralismo, el equilibrio informativo y la imparcialidad, así como la veracidad en el manejo de la información sobre las campañas por la opción del Sí y por la opción del NO.” Y “Los medios de comunicación social remitirán un informe semanal al Consejo Nacional Electoral, con los tiempos o espacios que en dichas emisiones o publicaciones se otorgaron a las distintas campañas.”

[136] “El Consejo Nacional Electoral publicará dicha información y verificará el cumplimiento de lo aquí previsto.” Énfasis por fuera del texto original.

[137] M.P. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo.

[138] Sobre el particular, la Corte señaló que: “(...) no puede haber contradicción entre dos normas, cuando una es idéntica a la otra, por lo cual ‘la identidad excluye lógicamente la contraposición’ y la eventual declaración de inconstitucionalidad equivaldría a la inexequibilidad del precepto constitucional. // Siendo así, el examen de constitucionalidad realmente debería efectuarse sobre el texto constitucional reproducido, lo que es improcedente, razón por la cual, dado que en este caso las normas legales parcialmente demandadas reproducen preceptos constitucionales, la Corte se inhibirá” de adoptar una decisión de fondo.

[140] Folio 9.

[141] *Ibíd.*

[142] Sentencias C-717 de 2003, C-572 de 2004, C-888 de 2004, C-353 de 2006, C-292 de 2007, C-766 de 2013, C-587 de 2014 y C-084 de 2018.

[143] Sentencia C-1052 de 2001, M.P. Manuel José Cepeda Espinosa.

[144] En desarrollo de lo expuesto, por ejemplo, este Tribunal se ha abstenido de pronunciarse sobre nuevos cargos planteados por el Procurador General de la Nación, en las Sentencias C-130 de 2004, C-237A de 2004, C-211 de 2007, C-292 de 2007 y C-766 de 2013, al entender que el alcance de su concepto se circunscribe a la acusación formulada por el demandante, esto es, a aquellos cargos que han sido objeto de valoración para su admisión por parte del órgano de control constitucional, y que también han sido materia de pronunciamiento por quienes voluntaria u obligatoriamente intervienen en el proceso.

[145] En concreto, la Asociación Nacional de Medios de Comunicación.

[146] La norma en cita dispone que: “Artículo 2o. Reglas especiales del plebiscito para la refrendación del acuerdo final para la terminación del conflicto y la construcción de una paz estable y duradera. Los procedimientos de convocatoria y votación se regirán por las siguientes reglas: (...) 4. La organización electoral garantizará el cumplimiento de los principios de la administración pública y la participación en condiciones de igualdad, equidad, proporcionalidad e imparcialidad, de la campaña por el sí o por el no, para lo cual regulará el acceso a los medios de comunicación y demás disposiciones necesarias. Salvo prohibición de la Constitución Política, los servidores públicos que deseen hacer campaña a favor o en contra podrán debatir, deliberar y expresar pública y libremente sus opiniones o posiciones frente al plebiscito para la refrendación del Acuerdo Final para la Terminación del Conflicto y la Construcción de una Paz Estable y Duradera. Queda prohibido utilizar bienes del Estado o recursos del Tesoro Público, distintos de aquellos que se ofrezcan en igualdad de condiciones a todos los servidores.” Esta disposición fue declarada exequible de forma condicionada en la Sentencia C-379 de 2016, M.P. Luis Ernesto Vargas Silva, en el entendido “de que la campaña del plebiscito no podrá incorporar contenidos que promuevan un partido, movimiento político o grupo significativo de ciudadanos, o que se relacionen con la promoción de candidaturas de ciudadanos a cargos de elección popular”. A lo anterior cabe agregar lo dispuesto en el párrafo 1 de la misma norma, en el que se

establece que: “Las campañas lideradas por movimientos cívicos, ciudadanos, grupos significativos de ciudadanos, partidos políticos y otras colectividades que decidan participar promoviendo el voto por el “Sí” y “No” tendrán idénticos deberes y garantías, espacios y participación en los medios y mecanismos señalados en el presente artículo.” Énfasis por fuera de los textos originales.

[147] El precepto constitucional en mención señala que: “Artículo 265. El Consejo Nacional Electoral regulará, inspeccionará, vigilará y controlará toda la actividad electoral de los partidos y movimientos políticos, de los grupos significativos de ciudadanos, de sus representantes legales, directivos y candidatos, garantizando el cumplimiento de los principios y deberes que a ellos corresponden, y gozará de autonomía presupuestal y administrativa. Tendrá las siguientes atribuciones especiales: // (...) 6. Velar por el cumplimiento de las normas sobre partidos y movimientos políticos y de las disposiciones sobre publicidad y encuestas de opinión política; por los derechos de la oposición y de las minorías, y por el desarrollo de los procesos electorales en condiciones de plenas garantías.” En criterio del actor, en desarrollo de esta norma superior se expidió el artículo 30 de la Ley 130 de 1994, en el cual se dispone lo siguiente: “Artículo 30. De la propaganda y de las encuestas. Toda encuesta de opinión de carácter electoral al ser publicada o difundida, tendrá que serlo en su totalidad y deberá indicar expresamente la persona natural o jurídica que la realizó y la encomendó, la fuente de su financiación, el tipo y tamaño de la muestra, el tema o temas concretos a los que se refiere, las preguntas concretas que se formularon, los candidatos por quienes se indagó, el área y la fecha o período de tiempo en que se realizó y el margen de error calculado. // El día de las elecciones, los medios de comunicación no podrán divulgar proyecciones con fundamento en los datos recibidos, ni difundir resultados de encuestas sobre la forma como las personas decidieron su voto o con base en las declaraciones tomadas a los electores sobre la forma como piensan votar o han votado el día de las elecciones. // El Consejo Nacional Electoral ejercerá especial vigilancia sobre las entidades o personas que realicen profesionalmente esta actividad, cuando se trate exclusivamente de encuestas sobre partidos, movimientos, candidatos o grado de apoyo a los mismos, para que las preguntas al público no sean formuladas de tal forma que induzcan una respuesta determinada. // Parágrafo. La infracción a las disposiciones de este artículo, será sancionada por el Consejo Nacional Electoral, con multa de 25 a 40 salarios mínimos mensuales o con la suspensión o prohibición del ejercicio de estas actividades.”

[148] Folio 13.

[149] Ibídem.

[150] Énfasis que se infiere del alcance de la demanda.

[151] Folio 13.

[152] Ibídem.

[153] Esta consideración se comparte por la Universidad Libre en lo que atañe al literal a) del artículo 21.

[154] La Universidad Libre apoya igualmente la inconstitucionalidad de la corresponsabilidad que se prevé a cargo de los medios, al considerar que, además, los datos divulgados ya constituyen una noticia, respecto de la cual no se puede imponer una sanción.

[155] Únicamente en lo que atañe al literal c) del artículo 21.

[156] Véase, al respecto, el acápite 6.2.8.1 de esta providencia.

[157] Folio 210.

[158] Sentencia T-391 de 2007, M.P. Manuel José Cepeda Espinosa.

[159] Sentencia C-010 de 2000, M.P. Alejandro Martínez Caballero.

[160] Sobre el particular, la doctrina ha expuesto que: “El funcionamiento de la democracia exige el mayor nivel posible de discusión pública sobre el funcionamiento de la sociedad y del Estado en todos sus aspectos, esto es, sobre los asuntos de interés público. En un sistema democrático y pluralista, las acciones y omisiones del Estado y de sus funcionarios deben sujetarse a un escrutinio riguroso, no solo por los órganos internos de control, sino también por la prensa y la opinión pública. La gestión pública y los asuntos de interés común deben ser objeto de control por la sociedad en su conjunto. El control democrático de la gestión pública, a través de la opinión pública, fomenta la transparencia de las actividades del Estado y la responsabilidad de los funcionarios públicos sobre sus

actuaciones, y es un medio para lograr el máximo nivel de participación ciudadana. De allí que el adecuado desenvolvimiento de la democracia requiera la mayor circulación de informes, opiniones e ideas sobre asuntos de interés público”. Relatoría Especial para la Libertad de Expresión de la CIDH, Marco jurídico interamericano sobre el derecho a la libertad de expresión, 2010, p. 11.

[161] Sentencia T-312 de 2015, M.P. Jorge Iván Palacio Palacio.

[162] En el aparte pertinente, la norma en cita dispone que: “Se garantiza a toda persona la libertad de (...) informar y recibir información veraz e imparcial (...)”.

[163] Sentencia C-020 de 2000, M.P. Alejandro Martínez Caballero.

[164] Sentencia T-787 de 2004, M.P. Rodrigo Escobar Gil.

[165] M.P. Alejandro Martínez Caballero.

[166] La norma en cita dispone que: “La actividad periodística gozará de protección para garantizar su libertad e independencia profesional”.

[167] “Artículo 20. Se garantiza a toda persona la libertad de (...) fundar medios masivos de comunicación. // Estos son libres y tienen responsabilidad social. (...)”.

[168] “Artículo 75. El espectro electromagnético es un bien público inenajenable e imprescriptible sujeto a la gestión y control del Estado. Se garantiza la igualdad de oportunidades en el acceso a su uso en los términos que fije la ley. // Para garantizar el pluralismo informativo y la competencia, el Estado intervendrá por mandato de ley para evitar las prácticas monopolísticas en el uso del espectro electromagnético”.

[169] En el caso de la televisión tal condición se dispone en el artículo 1 de la Ley 182 de 1995,

[170] “Artículo 365. (...) Los servicios públicos estarán sometidos al régimen jurídico que fije la ley, podrán ser prestados por el Estado, directa o indirectamente, por comunidades organizadas, o por particulares. En todo caso, el Estado mantendrá la regulación, el control y la vigilancia sobre dichos servicios. (...)”.

[171] “Artículo 13. Libertad de Pensamiento y de Expresión. 1. Toda persona tiene derecho a la libertad de pensamiento y de expresión. Este derecho comprende la libertad de buscar, recibir y difundir informaciones e ideas de toda índole, sin consideración de fronteras, ya sea oralmente, por escrito o en forma impresa o artística, o por cualquier otro procedimiento de su elección. // 2. El ejercicio del derecho previsto en el inciso precedente no puede estar sujeto a previa censura sino a responsabilidades ulteriores, las que deben estar expresamente fijadas por la ley y ser necesarias para asegurar: a) el respeto a los derechos o a la reputación de los demás, o b) la protección de la seguridad nacional, el orden público o la salud o la moral públicas. // 3. No se puede restringir el derecho de expresión por vías o medios indirectos, tales como el abuso de controles oficiales o particulares de papel para periódicos, de frecuencias radioeléctricas, o de enseres y aparatos usados en la difusión de información o por cualesquiera otros medios encaminados a impedir la comunicación y la circulación de ideas y opiniones. // 4. Los espectáculos públicos pueden ser sometidos por la ley a censura previa con el exclusivo objeto de regular el acceso a ellos para la protección moral de la infancia y la adolescencia, sin perjuicio de lo establecido en el inciso 2. // 5. Estará prohibida por la ley toda propaganda en favor de la guerra y toda apología del odio nacional, racial o religioso que constituyan incitaciones a la violencia o cualquier otra acción ilegal similar contra cualquier persona o grupo de personas, por ningún motivo, inclusive los de raza, color, religión, idioma u origen nacional.”

[172] Sentencia C-592 de 2012, M.P. Jorge Iván Palacio Palacio.

[173] Sentencia T-391 de 2007, M.P. Manuel José Cepeda Espinosa.

[174] Ibídem.

[175] M.P. Jorge Iván Palacio Palacio.

[176] Sentencia C-592 de 2012, M.P. Jorge Iván Palacio Palacio.

[177] Ibídem.

[178] Énfasis por fuera del texto original. Esta disposición fue declarada exequible de forma condicionada en la Sentencia C-379 de 2016, M.P. Luis Ernesto Vargas Silva, en el entendido

“de que la campaña del plebiscito no podrá incorporar contenidos que promuevan un partido, movimiento político o grupo significativo de ciudadanos, o que se relacionen con la promoción de candidaturas de ciudadanos a cargos de elección popular”.

[179] Énfasis por fuera del texto original.

[180] La norma en cita dispone que: “El Consejo Nacional Electoral (...) [t]endrá las siguientes atribuciones especiales: (...) 14. Las demás que le confiera la ley”.

[182] Resolución 1733 de 2016, art. 13.

[183] Resolución 2004 de 2016, art. 1.

[184] Folio 9.

[185] *Ibídem*.

[186] En el aparte pertinente la norma en cita dispone que: “Artículo 25. Garantía de equilibrio informativo entre las campañas presidenciales. Los concesionarios y operadores privados de radio y televisión deberán garantizar el pluralismo, el equilibrio informativo y la veracidad en el manejo de la información sobre las campañas presidenciales y el proselitismo electoral. Para estos efectos, remitirán un informe semanal al Consejo Nacional Electoral de los tiempos o espacios que en dichas emisiones o publicaciones se les otorgaron a las actividades de campaña presidencial de cada candidato. El Consejo Nacional Electoral publicará dicha información y verificará que la presencia de los candidatos en dichas emisiones o publicaciones sea equitativa. (...)”.

[187] “Artículo 27. Garantías en la información. Los concesionarios de los noticieros y los espacios de opinión en televisión, durante la campaña electoral, deberán garantizar el pluralismo, el equilibrio informativo y la imparcialidad. // Los concesionarios de espacios distintos a los mencionados no podrán, en ningún caso, presentar a candidatos a cargos de elección popular durante la época de la campaña.”

[188] Sentencia C-089 de 1994, M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz.

[189] *Ibídem*.

[190] M.P. Luis Ernesto Vargas Silva.

[191] Se transcribe nuevamente la disposición acusada, en la que se resaltan los apartes impugnados por el actor: “Artículo 21. Modificado por el artículo 3º de la Resolución 1999 de 2016. De las encuestas. De conformidad con el artículo 20 de la Constitución Política, las encuestas que se realicen con ocasión del plebiscito deberán cumplir con los requisitos previstos en las Resoluciones 23 de 1996 y 50 de 1997 proferidas por esta Corporación. // Adicionalmente, se deberán observar las siguientes reglas: // a) La encuesta deberá ser remitida por el medio de comunicación a través del cual se divulga, al Consejo Nacional Electoral el día siguiente de la fecha de su publicación, acompañada de la información que permita establecer su trazabilidad. La ficha técnica debe especificar si la encuesta fue realizada por solicitud de alguno de los comités por la opción del SÍ o por la opción del NO o por un medio de comunicación. En la ficha técnica presentada por la firma encuestadora se incluirá el nombre de un profesional de estadística que acredite la idoneidad de la firma. // También se informará a esta corporación sobre los sondeos de opinión que con relación al plebiscito divulguen los medios de comunicación social, al día siguiente a su publicación; // b) El tamaño de la muestra deberá ser no menor a 1.000 encuestas; // c) Solo se podrán publicar y difundir encuestas hasta el martes anterior a la fecha de la votación del plebiscito especial; // d) Las inconsistencias graves de la información contenida en la ficha técnica darán lugar a una multa que oscilará entre veinticinco (25) y cuarenta (40) salarios mínimos legales mensuales vigentes, según la gravedad de la falta, o la suspensión o prohibición del ejercicio de estas actividades. El medio de comunicación que publicó la encuesta será corresponsable y por consiguiente, se le aplicará la sanción pecuniaria en la misma cuantía y proporción que a la firma encuestadora; // e) Las firmas encuestadoras deberán reportar al Consejo Nacional Electoral certificación del valor del contrato y el pago del IVA del mismo, en virtud del cual se efectuó la encuesta.”

[192] El precepto constitucional en mención señala que: “Artículo 265. El Consejo Nacional Electoral regulará, inspeccionará, vigilará y controlará toda la actividad electoral de los partidos y movimientos políticos, de los grupos significativos de ciudadanos, de sus representantes legales, directivos y candidatos, garantizando el cumplimiento de los principios y deberes que a ellos corresponden, y gozará de autonomía presupuestal y administrativa. Tendrá las siguientes atribuciones especiales: // (...) 6. Velar por el cumplimiento de las normas sobre partidos y movimientos políticos y de las disposiciones

sobre publicidad y encuestas de opinión política; por los derechos de la oposición y de las minorías, y por el desarrollo de los procesos electorales en condiciones de plenas garantías.” En criterio del actor, en desarrollo de esta norma superior se expidió el artículo 30 de la Ley 130 de 1994, en el cual se dispone lo siguiente: “Artículo 30. De la propaganda y de las encuestas. Toda encuesta de opinión de carácter electoral al ser publicada o difundida, tendrá que serlo en su totalidad y deberá indicar expresamente la persona natural o jurídica que la realizó y la encomendó, la fuente de su financiación, el tipo y tamaño de la muestra, el tema o temas concretos a los que se refiere, las preguntas concretas que se formularon, los candidatos por quienes se indagó, el área y la fecha o período de tiempo en que se realizó y el margen de error calculado. // El día de las elecciones, los medios de comunicación no podrán divulgar proyecciones con fundamento en los datos recibidos, ni difundir resultados de encuestas sobre la forma como las personas decidieron su voto o con base en las declaraciones tomadas a los electores sobre la forma como piensan votar o han votado el día de las elecciones. // El Consejo Nacional Electoral ejercerá especial vigilancia sobre las entidades o personas que realicen profesionalmente esta actividad, cuando se trate exclusivamente de encuestas sobre partidos, movimientos, candidatos o grado de apoyo a los mismos, para que las preguntas al público no sean formuladas de tal forma que induzcan una respuesta determinada. // Parágrafo. La infracción a las disposiciones de este artículo, será sancionada por el Consejo Nacional Electoral, con multa de 25 a 40 salarios mínimos mensuales o con la suspensión o prohibición del ejercicio de estas actividades.”

[193] Folio 13.

[194] M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra.

[195] M.P. Luis Ernesto Vargas Silva.

[196] Sin ir más lejos los parámetros actualmente vigentes respecto de las encuestas se encuentran en las Resoluciones 23 de 1996 y 50 de 1997, actos administrativos expedidos con fundamento en el artículo 30 de la Ley 130 de 1994.

[197] Véanse, entre otras, las Sentencias C-818 de 2011 y C-233 de 2014.

[198] Para identificar la información que debe ser acompañada debe tenerse en cuenta que

el artículo 21 remite a la Resolución 23 de 1996 del CNE, en el cual se dispone lo siguiente: “Artículo undécimo. Divulgación y envío de texto al Consejo. Toda encuesta sobre preferencias políticas y electorales que se publiquen en alguno de los medios de comunicación social, nacional o regional, deberá ser remitida al Consejo Nacional Electoral, por la persona natural o jurídica que la realizó, inmediatamente después de su divulgación. // El texto remitido deberá contener como mínimo: // La ficha técnica respectiva, de acuerdo con lo establecido en el artículo Cuarto de la presente Resolución. // Una copia del instrumento o formulario utilizado en la recolección de la información. // Los resultados de la encuesta. // El Consejo Nacional Electoral analizará cada una de las encuestas remitidas para establecer el rigor científico de la investigación realizada, observar la fidelidad de los datos que se publicaron y vigilar que las preguntas formuladas no hayan inducido a una respuesta determinada. // Las encuestas remitidas al Consejo Nacional Electoral serán de público conocimiento y podrán ser consultadas por cualquier persona que lo solicite.” Por su parte, el artículo 4 en cita establece que: “Artículo cuarto. Requisitos mínimos que debe contener toda publicación de encuestas y sondeos. Todas las encuestas y sondeos de opinión de carácter electoral, al ser publicados o difundidos tendrán que serlo en su totalidad y deberán indicar expresamente la persona natural o jurídica que los realizó o los encomendó, la fuente de su financiación, el tipo (procedimiento utilizado para seleccionar las unidades muestrales) y tamaño de la muestra, el tema o temas concretos a los que se refiere, las preguntas concretas que se formularon, los candidatos por quienes se indaga, el área (universo geográfico y universo de población), la técnica de recolección de datos utilizada (persona a persona, telefónica o por correo) y la fecha o período de tiempo en que se realizaron (fecha del trabajo de campo) y el margen de error calculado. // Parágrafo. Queda prohibida la divulgación de sondeos sobre preferencias políticas o electorales, que realicen directamente los medios de comunicación, sin el cumplimiento de los requisitos señalados en el presente artículo. Las encuestas o sondeos de opinión, que se realicen en cualquier época, sobre simpatías políticas, grado de popularidad, o nivel de aceptación de personas que desempeñan funciones públicas o fueron elegidas popularmente o de hechos de trascendencia política, deberán acogerse a lo dispuesto en la presente resolución.”

[199] El artículo 54 de la Ley 1475 de 2011 señala que: “Artículo 54. Medios de comunicación y democracia. Los medios de comunicación social tienen la obligación de contribuir al fortalecimiento de la democracia. (...)”.

[200] Énfasis que se infiere del alcance de la demanda.

[201] En línea con lo expuesto, por ejemplo, en la Sentencia C-1153 de 2005, M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra, se avaló la constitucionalidad de una norma que alrededor de la campaña presidencial prohíbe la realización o publicación de encuestas o sondeos la semana anterior a las elecciones.

[202] Folio 13.

[203] Folio 13.

[204] Ibídem.

[205] Folio 13.

[206] CP arts. 40.6 y 241.

[207] Véanse, al respecto, los artículos 153 y 241.10 de la Constitución.

[208] Sentencia C-1017 de 2012, M.P. Luis Guillermo Pérez Guerrero.

[209] En la Sentencia C-775 de 2006, M.P. Manuel José Cepeda Espinosa, se expuso que: “la regla general [es] que a la Corte no le está permitido juzgar normas que no han sido demandadas pues de lo contrario la acción de inconstitucionalidad se tornaría en una acción en la que el juez actúa de oficio, lo que no corresponde a su naturaleza”.

[210] En la Sentencia C-870 de 2010, M.P. Mauricio González Cuervo, se manifestó que: “(...) la Corte está facultada para integrar la proposición jurídica completa y así extender el estudio de constitucionalidad a la norma que señala la edad para obtener la licencia de conducción de vehículos diferentes al servicio público. (...) Sin embargo, para que la Corte Constitucional pueda hacer uso de dicha facultad es forzoso que el actor haya efectuado un cargo de inconstitucionalidad verificable respecto de los contenidos que conformarían la proposición jurídica completa”.

[211] Sentencias C-409 de 1994, C-320 de 1997, C-930 de 2009, C-870 de 2010, C-816 de 2011 y C-966 de 2012.

[212] Sentencias C-539 de 1999, C-538 de 2005, C-925 de 2005, C-055 de 2010, C-553 de 2010, C-816 de 2011, C-879 de 2011, C-889 de 2012 y C-1017 de 2012.

[213] En el caso de las encuestadoras también se incluye como sanción la suspensión o prohibición del ejercicio de sus actividades, la cual no se extiende a los medios de comunicación, toda vez que el propio literal d) limita su imposición al componente “pecuniario”, o lo que es lo mismo, a la multa entre 25 y 40 SMLMV.

[214] Folio 13.

[215] El artículo 29 de la Constitución Política dispone que: “Nadie podrá ser juzgado sin conforme a leyes preexistentes al acto que se le imputa (...)”. Énfasis por fuera del texto original.

[216] Sentencia C-200 de 2002, M.P. Álvaro Tafur Galvis.

[217] Sentencia C-530 de 2003, M.P. Eduardo Montealegre Lynett.

[218] El contenido de las fichas técnicas aparece reseñado en el literal a) del artículo 21 de la Resolución 1733 de 2016, así como en el artículo 4 de la Resolución 23 de 1996, a la cual remite el inciso 1° del citado artículo 21, al disponer que: “De conformidad con el artículo 20 de la Constitución Política, las encuestas que se realicen con ocasión del plebiscito deberán cumplir con los requisitos previstos en las Resoluciones 23 de 1996 y 50 de 1997 proferidas por [el CNE]”. Énfasis por fuera del texto original.

[219] Énfasis por fuera del texto original.

[220] “Artículo 4. Remisión normativa. En lo no previsto en esta ley se aplicará lo dispuesto en las Leyes 134 de 1994, 1757 de 2015 y demás normas concordantes”. Énfasis por fuera del texto original.

[221] “Artículo 39. Remisión. Las reglas sobre publicidad, encuestas, escrutinios y reclamaciones vigentes en la normatividad electoral aplicarán a los mecanismos de participación ciudadana que requieren de votación popular”. Énfasis por fuera del texto original.

[222] Énfasis por fuera del texto original.

[223] Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera, decisión del 12 de septiembre de 2016, C.P. Guillermo Vargas Ayala, radicación: 11001032400020160044900. En el mismo sentido fueron resueltos los expedientes número 11001032400020160046600 y 11001032400020160048700. En esta última oportunidad, se promovió una acción de nulidad por inconstitucionalidad contra la Resolución 1733 de 2016 del CNE, que ahora se cuestiona ante la Corte, en tal ocasión el asunto se rechazó por parte del Consejo de Estado, al estimar que su expedición correspondía a un trámite dentro de la convocatoria y realización del plebiscito, en el que se debe privilegiar el fuero a cargo de esta Corporación.

[224] Resolución 1733 de 2016, art. 13.

[226] Decreto 1391 de 2016 “Por el cual se convoca a un plebiscito y se dictan otras disposiciones”, cuyo objeto era convocar “al pueblo de Colombia para que el domingo 2 de octubre de 2016, en ejercicio de su soberanía, decida si apoya o rechaza el Acuerdo Final para la Terminación del Conflicto y la Construcción de una Paz Estable y Duradera”.

[227] Se trataba de la Resolución 0014 del 19 de octubre de 2016, del Consejo Nacional Electoral, por la cual se declaró el resultado del plebiscito, cuya votación se llevó a cabo el 2 de octubre de 2016.

[228] Las otras normas demandadas fueron las siguientes: Decreto 1391 de 2016, ya citado, y la Resolución 8124 de agosto 31 de 2016, expedida por la Registraduría Nacional de Estado Civil, que estableció el calendario electoral para la realización del plebiscito del 2 de octubre de 2016. La Sala Plena “concluyó que en este caso opera el fenómeno de la carencia actual de objeto y de relevancia constitucional respecto de los actos demandados, circunstancia que hace innecesario que la corporación se pronuncie sobre el fondo de la demanda instaurada, pues los actos jurídicos impugnados carecen de relevancia por cuanto corresponden a actuaciones concluidas el 2 de octubre de 2016, fecha en la que los electores se expresaron mayoritariamente en favor de NO refrendar el primer Acuerdo. Este resultado llevó a las partes a renegociar el Acuerdo que concluyó con el documento que suscribieron posteriormente en la ciudad de Bogotá el 24 de noviembre de 2016”.

[229] Es el caso de las sentencias C-173 de 2014 y C-632 de 2014.