

C-488-93

Sentencia No. C-488/93

DERECHO A LA INFORMACION

El derecho a la información es un derecho que expresa la tendencia natural del hombre hacia el conocimiento. El ser humano está abierto a la aprehensión conceptual del entorno para reflexionar y hacer juicios y raciocinios sobre la realidad. Es en virtud de esta tendencia que a toda persona se le debe la información de la verdad, como exigencia de su ser personal. El sujeto de este derecho es universal: toda persona -sin ninguna distinción- y el objeto de tal derecho es la información veraz e imparcial.

DERECHO DE INFORMAR

Toda persona tiene el derecho de informar, para expresar su comunicabilidad y también para satisfacer el derecho que las demás personas tienen a estar informadas. En sentido estricto, cuando se asume como profesión el deber de informar, este derecho recae sobre un sujeto activo especializado. Es un derecho con un sujeto determinado, porque también la responsabilidad profesional es determinada, y así se establece la proporcionalidad. Los límites que tiene el derecho a la información son los mismos que se aplican para el derecho de informar.

LIBERTAD DE EXPRESION

La libertad de expresión es una figura jurídica más amplia que la del derecho a la información. Abarca una generalidad que admite múltiples especies y, en virtud de la libertad de opinión y de pensamiento, no tiene tantas limitaciones como las que tienen el derecho a la información y el derecho de informar.

ENCUESTAS-Prohibición de difusión/CENSURA

El acto de prohibir la difusión de las encuestas, sobre asuntos que son públicos por naturaleza, por un término de treinta días anteriores a una elección, constituye un acto de censura, por cuanto impide la expresión de determinadas opiniones, aunque éstas no vulneren el orden público. Es, pues, una discriminación, un acto que impide por una parte, que a la opinión pública se le informe de algo que le interesa legítimamente, y por otra a los medios de comunicación ejercer su derecho a informar, esto es, a transmitir y difundir oportunamente las noticias de que dispone.

MEDIOS DE COMUNICACION/ENCUESTAS

Los medios de comunicación social, como titulares del derecho de informar, y la opinión pública, como titular del derecho a la información, tienen derecho a conocer y difundir la receptividad que entre la población tengan los programas ideológicos y la acción de los candidatos a los cargos de autoridad política, máxime en los momentos en que estas informaciones revisten la mayor importancia, como son las vísperas de una elección. Debe reconocerse que en una democracia moderna, uno de los medios más adecuados para este propósito es, precisamente, el de las encuestas de opinión.

DEMOCRACIA PARTICIPATIVA

Dentro del funcionamiento de la democracia, unos de cuyos pilares son la libertad de expresión y el derecho a la información, la ley no puede pues prohibir el ejercicio de derechos y libertades como estos, so pena de desvirtuar la esencia misma del régimen que pretende defender y consolidar. Puede sí ser limitado tal ejercicio bajo parámetros razonables, en aras de la defensa del interés colectivo y la salvaguardia del orden institucional, ninguno de los cuales se menoscaba por el hecho de que se publiquen resultados de encuestas de opinión.

MEDIOS DE COMUNICACION-Responsabilidad/ENCUESTAS-Difusión

La difusión de las encuestas de opinión exige siempre un alto grado de responsabilidad social por parte de los medios de comunicación; de ahí que toda manipulación de la información sea un atentado directo contra la ética periodística y, jurídicamente, contra el derecho a la información imparcial y veraz que tienen los asociados.

REF. Expediente No. D-272

Acción de inconstitucionalidad contra el inciso 2o. del artículo 23 de la Ley 58 de 1985.

Restricción a la publicación de encuestas de opinión como recurso democrático.

Actor:

Dr. JESUS PEREZ GONZALEZ-RUBIO

Magistrado Ponente:

Dr. VLADIMIRO NARANJO MESA

Aprobada mediante No. 65

Santafé de Bogotá, D.C., veintiocho (28) de octubre de mil novecientos noventa y tres (1993).

I. ANTECEDENTES

En ejercicio de la acción de inconstitucionalidad establecida en el numeral 4o. del artículo 241 de la Constitución Política, el ciudadano JESUS PEREZ GONZALEZ-RUBIO solicita a esta Corporación declarar inexecutable el inciso 2o. del artículo 23 de la Ley 58 de 1985, "Por la cual se dicta el estatuto básico de los partidos políticos y se provee a la financiación parcial de las campañas electorales".

Cumplidas las diligencias que señalan la Constitución y la ley para el trámite de la petición incoada, procede la Corte Constitucional a dictar la sentencia a fin de resolver sobre lo demandado, dentro de los términos que le son indicados en el ordenamiento jurídico.

II. LA NORMA ACUSADA

“LEY 58 DE 1958

“(julio 18)

“Por la cual se dicta el Estatuto básico de los partidos y se provee a la financiación parcial de las campanas electorales.

“EL CONGRESO DE COLOMBIA,

“Decreta:

“

“Artículo 23.- 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, la fuente de su financiación, el tipo y tamaño de la muestra, el tema o temas concretos a los que se refiere, el área y la fecha o período de tiempo en que se realizó y el margen de error calculado.”

“Durante los treinta (30) días anteriores a una elección, ningún medio de comunicación social podrá difundir encuestas de opinión, que muestren el grado de apoyo ciudadano a los candidatos o prevean el resultado de la elección.”

El precepto subrayado es lo que se demanda.

III. LA DEMANDA

Los argumentos del demandante pueden resumirse así:

- El inciso acusado viola el preámbulo y los artículos 1, 2, 3 y 20 de la Constitución Política, la convención americana sobre Derechos Humanos, el Pacto de San José de Costa Rica, incorporado a nuestro ordenamiento por la Ley 74 de 1968, en su artículo 13, y la Convención de Viena sobre los Tratados, artículos 26 y 27, aprobada por la Ley 32 de 1985.
- Que está implícita en la norma la difusión de las llamadas “encuestas a la salida de la urna (Exit poll).”
- Luego de traer varias definiciones sobre lo que es una “encuesta”, concluye que es “una información. La ley puede tomar previsiones para evitar falsedades, desinformaciones o intentos de manipulación”, tal como lo hace en el inciso primero del artículo 23. “Lo que no puede el legislador es prohibir, como lo hace el inciso atacado, la divulgación de dichas encuestas, en cualquier momento, aun el día de las elecciones o dentro de los 30 días anteriores, porque ello contraría la libertad, valor supremo incorporado a nuestra normatividad, lo mismo en el Preámbulo que en el artículo 20. de la Carta. Según éste las autoridades de la República están constituidas para proteger a todas las personas en sus “derechos y libertades”, no para impedirles el uso de ellos o ellas “...y no lo puede hacer tampoco porque no se lo permite el artículo 20 que “garantiza a toda persona la libertad de expresar y difundir su pensamiento y opiniones, la de informar y recibir información veraz e imparcial...” y prohíbe de manera rotunda, absoluta, la censura. “No habrá censura”, dice

de manera precisa el inciso 2o. del art. 20.”

- El pacto de San José de Costa Rica debe ser cumplido de acuerdo con los artículos 26 y 27 de la Convención de Viena. “Todo tratado en vigor obliga a las partes y debe ser cumplido por ellas de buena fe” (art. 26). “Una parte no podrá invocar las disposiciones de su derecho interno como justificación del incumplimiento de un tratado”. La norma del pacto es de claridad meridiana. La libertad de expresión “no puede estar sujeto a previa censura sino a responsabilidades ulteriores”, responsabilidades “que deben estar expresamente fijadas por la ley”. Y “ni siquiera por razones de orden público se puede establecer la censura” (artículo 93 de la C.P.).
- Que el pluralismo democrático, “elimina toda restricción en el ejercicio del derecho de expresión, derecho que por la razón expuesta, es incondicionado e incondicionable. “...sólo es posible deducir responsabilidades posteriores”.
- Que las limitaciones a la libertad de informar fueron desechadas por la Asamblea Constituyente.
- “Habíamos dicho que el de expresión e información es un derecho incondicionado e incondicionable. Desde luego no quiere decir que no tenga límites”. “Es así cómo, por ejemplo, el derecho a la libertad de expresión puede encontrar límites en el derecho a la honra, al buen nombre, a la intimidad, etc. Pero lo definitivo a este respecto, sobre lo cual queremos llamar la atención, es que sólo puede encontrar límites en otros derechos constitucionalmente reconocidos a los miembros de la sociedad. No en necesidades del Estado”.
- Que la responsabilidad social propia de los medios masivos de comunicación, no permite “que previamente se prohíba difundir los hechos y las ideas”.
- Que la censura es contraria a la soberanía popular (Alexis Tocqueville).
- Que “en ninguna parte la Constitución prevé que habrá libertad de información en todo tiempo salvo en época de elecciones, a semejanza de lo que sucedía en la Constitución de 1886, que sólo garantizaba la libertad de prensa en tiempos de paz. La de 1991 prevé lo contrario. La garantiza en todo tiempo”.

IV. INTERVENCION DE AUTORIDADES PUBLICAS

De conformidad con lo previsto en el artículo 244 de la Constitución Política, desarrollado en el artículo 11 del Decreto 2067 de 1991, intervinieron las siguientes autoridades públicas:

1. El señor Ministro de Justicia, por intermedio de apoderado, sustentó la constitucionalidad de la norma acusada, con los argumentos siguientes:
 - Que la conveniencia pública impone parámetros al ejercicio de la libertad de expresión. Y el elector se inclina “por aquél candidato que muestra mayor opción de ganar, sin analizar si realmente vale la pena elegirlo o no.”
 - Que el sinnúmero de encuestas podría traer consigo un cambio intempestivo de

opinión en el elector. “Permanentemente los medios de comunicación y el pueblo mismo se ven enfrentados a decenas de encuestas sin saber bien cómo evaluar su vigor, ni validez, ni cómo interpretarlas”.

- Que el fin del precepto acusado es el de evitar una “manipulación publicitaria”. “Por ello, al no haber transparencia en la forma como se difundan sus resultados, en lugar de ser un mecanismo revelador de las corrientes y tendencias de opinión, se convierte en perversa herramienta de la manipulación y la desinformación”.

- Que si bien es cierto que en nuestra Carta se protege el derecho a expresar y difundir el pensamiento, “no es menos cierto que también garantizó el derecho a recibir esa información en forma veraz e imparcial, contemplándolo así la misma norma, de ahí que se proteja esa imparcialidad que debe existir en momentos de gran importancia para la vida ciudadana de la forma como lo plantea la norma acusada.”

- Que la información es comprometida con “intereses de todo tipo, económico, social, político e inclusive ideológico”.

- “A pesar de que el derecho a la libertad de expresión y de información es un derecho que todo ciudadano tiene protegido, éste no puede mirarse como absoluto ya que existen otros derechos fundamentales para el ser humano; entonces, se deben mirar en un contexto armónico entre ellos, que ninguno desconozca al otro, tan importante es el derecho a la libertad de elegir que nuestra Carta Política lo contempla como un derecho fundamental”.

2. El señor Ministro de Comunicaciones actuando además en su calidad de ciudadano, presentó escrito para sustentar la constitucionalidad del precepto acusado, exponiendo las razones siguientes:

- Las disposiciones constitucionales citadas no resultan violadas por la norma demandada, ni por su contenido literal, ni por el sentido material.

- Que la Constitución prevé la reglamentación legal de las encuestas en su artículo 265 numeral 5o.

- Que el derecho contemporáneo no admite garantías de carácter absoluto, por cuanto aquellas se ejercen dentro de los propios límites que le fije la Constitución. “en nuestro caso deben tenerse en cuenta especialmente los fijados en el artículo 95 de la Constitución Política.”

- Que la “reglamentación de la publicación de encuestas tanto en su forma de elaboración y presentación como en la oportunidad de darlas a conocer a través de medios de información, en nada violentan una garantía o principio constitucional. Muchas son las actividades que poseen reserva en materia informativa y que requieren un tratamiento informativo especial y ello no conlleva a afirmar que se niegue el derecho a informar.”

- Que los “derechos y libertades constitucionales no tienen alcance absoluto sino relativo y en este caso la voluntad del constituyente “objetivada” en la Carta es que se controlen las encuestas políticas”. (art. 265 C.N.).

- Que las normas sobre encuestas deben incrementarse y redimensionarse en su alcance para que se adecúen mejor a la Carta de 1991. “Las disposiciones sobre ‘publicidad y encuestas de opinión política’, a que se refiere el constituyente deben corresponder a un conjunto normativo claro y preciso, que dé tranquilidad a los ciudadanos en el sentido de que los procesos electorales se realizan en forma independiente no sólo de la incidencia que el Gobierno o los funcionarios públicos puedan tener en relación con ellos, sino también de los denominados grupos de presión y que estos últimos no van a afectar con su orientación la opinión pública, ni a dirigir la voluntad de los electores y mucho menos a reemplazar a los escrutadores legales en dar a conocer los resultados de las elecciones.”
- Que los derechos y garantías en la actualidad no deben ser analizados en abstracto sino en concreto.
- Que la protección a las garantías políticas es básica en el desarrollo de la democracia. “Las denominadas estrategias de medios y de información deberán ser reguladas y controladas con el propósito de evitar que sean utilizadas a fin de desorientar la opinión pública y construir falsas mayorías o minorías, restándole objetividad a los resultados electorales.”
- “No es que en defensa de la democracia se predique la supresión de las encuestas de opinión, nó. Lo que se predica es que éste, como todo otro derecho requiere reglamentación a fin de que con su ejercicio ilimitado y a veces desbordado, se vulneren los derechos ajenos y no se abuse de los propios, en los términos del numeral 1o. del artículo 95 de la Carta.”
- Que la “opinión pública” es un elemento estructural del Estado contemporáneo, por lo cual éste debe procurar que la información además de veraz y objetiva se presente en forma oportuna. “Los medios de comunicación no solamente informan y recrean, además forman la opinión, es aquí donde debe el Estado procurar que el papel de los medios no desvirtúe ese elemento integrante del Estado e incline la balanza en cualquier sentido en contra o a favor de uno o varios de los candidatos”.

3. Con posterioridad, el señor Ministro de Comunicaciones en asocio del señor Secretario General de la Presidencia de la República, presentó escrito en el cual se retoma el contenido del anterior y se agrega que el artículo 258 de la C.N., tiene el propósito de hacer transparente el proceso electoral. “La norma acusada es sólo un instrumento para asegurar que los electores puedan adoptar la decisión que consideren más conveniente, tomando en consideración las diversas propuestas, programas y alternativas que se les hayan sometido, sin que sean expuestos a otro tipo de presiones”.

V. CONCEPTO DEL PROCURADOR GENERAL DE LA NACION

El señor Procurador General de la Nación, mediante oficio No. 226 del 24 de junio de 1993, y de acuerdo con lo establecido en los artículos 242-2 y 278-5 de la Constitución Política, rindió concepto en el asunto de la referencia, en el cual solicita a la corporación declarar INEXEQUIBLE el inciso 2o. del artículo 23 de la Ley 58 de 1985, entre otras, por las razones siguientes:

- Que a pesar de que la Corte Suprema de Justicia ya había declarado constitucional el precepto, este debe ser cotejado con la nueva Carta.
- Que la Carta de 1991 amplió los alcances de la libertad de expresión, en especial sobre la calidad de la información y su manipulación o tratamiento arbitrario.
- Que el artículo 20 de la C.N. prohíbe la censura en todo tiempo. “De conformidad con esto, no se pueden realizar, controles previos sino sólo posteriores. No es posible, jurídicamente, que una autoridad oficial pueda revisar previamente el contenido de una noticia, opinión o publicación para frenar su divulgación. Entonces, si una ley ordena que ningún medio de comunicación pueda transmitir encuestas de opinión -las cuales constituyen un procedimiento de producción de información- durante un lapso determinado, la ley estaría violando ese mandato constitucional que garantiza la libertad de expresión y de información de los medios de comunicación”.
- Que el inciso en cuestión desconoce el artículo 13 de la Convención Americana de Derechos Humanos o Pacto de San José, el cual establece que la libertad de pensamiento “no puede estar sujeto a previa censura sino a responsabilidades ulteriores, las que deben estar expresamente fijadas por la ley.”
- Que “la jurisprudencia ha reconocido, de conformidad con el Pacto de San José, que el derecho a la información no es absoluto, así que en coyunturas de excepción puede verse restringido, por cuanto no figura en la lista de los derechos no limitables en tales circunstancias (sente. No. 033 de febrero 8 de 1993, Magistrado Sustanciador Alejandro Martínez Caballero). La verdad es, sin embargo, que el caso en estudio se refiere a los procesos electorales, en general, con prescindencia de que se realicen en tiempos de normalidad”.
- Que las elecciones no pueden ser tenidas como en otro tiempo, “entre nosotros, “por un sinónimo -necesario- de desorden público”, y que “...la idea de las elecciones como manzana de la discordia y como mecha que enciende la conflagración interpartidista pertenece, con ello, por lo menos en buena medida, al pasado”.
- Que la “democracia no puede ser entendida, al fin y al cabo, sino sólo como conflicto político regulado, como guerra domesticada en la cual los enemigos militares se han transformado en simples contrincantes socio-políticos y donde las armas han sido reemplazadas por los argumentos”.
- Que el hecho de que las encuestas influyan en el ánimo de los votantes “no implica -supuesta la pluralidad de las mismas- que se haga nugatoria la libertad de juicio”. “...Presumir que un recurso informativo como son las encuestas de opinión, acaba con la autonomía de juicio es tanto como presumir que los ciudadanos son impúberes”.

VI. CONSIDERACIONES DE LA CORTE

6.1 La Competencia

Es competente la Corte Constitucional para conocer de la presente acción, de conformidad con lo previsto en el artículo 241 numeral 4o. de la Constitución Política, por ser la preceptiva

acusada parte de una ley de la República.

6.2 Derecho a la información, derecho de informar y libertad de expresión

Considera oportuno la Corte distinguir tres supuestos íntimamente relacionados: el derecho a la información, el derecho de informar y la libertad de expresión. La distinción, en este caso, no implica que estos tres supuestos sean antagónicos entre sí, sino todo lo contrario: evidencia su conexidad. El derecho a la información se satisface con la eficacia del derecho de informar: quien lo ejerce da la información debida al titular del derecho a la información. Tanto en este derecho como en el derecho de informar, la información es debida, es decir, es el objeto jurídicamente protegido. La libertad de expresión tiene una cobertura más amplia que el derecho de informar, porque recae sobre objetos jurídicos que, pese a ser reales y aprehensibles, son indeterminados, como lo son el pensamiento y las opiniones, sobre los cuales lo único que puede recaer es la libertad responsable.

6.2.1 Derecho a la información

Es un derecho que expresa la tendencia natural del hombre hacia el conocimiento. El ser humano está abierto a la aprehensión conceptual del entorno para reflexionar y hacer juicios y raciocinios sobre la realidad. Es en virtud de esta tendencia que a toda persona se le debe la información de la verdad, como exigencia de su ser personal.

El sujeto de este derecho es universal: toda persona -sin ninguna distinción- y el objeto de tal derecho es la información veraz e imparcial, como lo consagra el artículo 20 de la Carta Política. De ahí que el derecho a la información puede entenderse como aquel derecho fundamental que tiene toda persona a ser informada y a informarse de la verdad, para juzgar por sí misma sobre la realidad con conocimiento suficiente.

Cabe, por tanto, destacar los siguientes elementos del derecho a la información:

a) Es un Derecho fundamental

El derecho a la información es uno de los elementos sobre los cuales se encuentra fundamentado el sistema jurídico imperante, por cuanto sustenta, junto con otros derechos, la legitimidad del ordenamiento jurídico, el cual, si llegase a desconocer la existencia del derecho a la información, sería injusto. Como todo derecho fundamental, este derecho es universal, inalienable, irrenunciable, imprescriptible, inviolable y reconocido -no creado- por la legislación positiva.

Cuando se afirma que es un derecho universal, se entiende a que es válido en todo tiempo y en todo lugar. Al ser una expresión de la esencia humana, es, obviamente, universal, por cuanto la esencia del hombre es común a todos los individuos de la especie humana, cualquiera que sea su condición vital, social, política, jurídica, económica o circunstancial.

Es un derecho inalienable, pues al responder a una tendencia natural del ser humano, es imposible que dicha facultad de ser informado esté despojada del individuo de la especie humana, porque equivaldría a negar sus inclinaciones naturales, debidas a todo hombre, tales como la sociabilidad y las tendencias al conocimiento y a la comunicación.

Como es un derecho inalienable, se deduce que, al menos como *ius ad rem*, es irrenunciable, ya que la persona legítimamente no puede despojarse de las potencialidades básicas de su correspondiente naturaleza. Y es razonable que así sea, ya que todo derecho tiende hacia la perfección humana, es decir, a su realización. La renunciabilidad de los bienes que constituyen tendencias inherentes al ser del hombre conforma la privación de un bien que es propiedad esencial de la persona, en otras palabras, no es un acto perfeccionador, sino de privación, de imperfección y lo imperfecto no puede ser objeto jurídico protegido.

Igualmente, el derecho a la información es imprescriptible, en el sentido de que no se adquiere ni se pierde por el transcurso del tiempo, entre otras razones porque, al ser un derecho universal, se tiene siempre y ello indica que sea por todo el tiempo.

Es un derecho inviolable, es decir, nunca se puede vulnerar su núcleo esencial, bajo ningún título, ni hay justificación posible contra un derecho fundamental. Lo anterior no significa que el derecho a la información sea absoluto. Inviolable no quiere decir absoluto, porque lo absoluto no admite limitación, y lo jurídico necesariamente ha de ser limitado; porque si las pretensiones, bienes e intereses fuesen ilimitados, no podría haber coexistencia de objetos protegibles, porque lo absoluto del uno anularía la validez del otro. El derecho a la información nunca puede ir contra el interés general y el bien común, ni contra la intimidad personal. En otras palabras no hay derecho contra el orden social justo.

b) Consiste en informar y ser informado veraz e imparcialmente

El objeto jurídico protegido es la información de la verdad, lo cual supone la necesaria imparcialidad. La información como actividad es protegida, pero también lo es el derecho que tiene toda persona a informarse por sí misma, y a que la información que recibe sea veraz e imparcial. El conocimiento que se comunica, o que se adquiere por sí mismo, debe ser protegido por el Estado, pero siempre y cuando no vulnere valores sustanciales como el buen nombre, la intimidad, el orden público, y el bien común, que es la expresión del interés general.

La información debe ser verdadera, esto es, que adecúe el intelecto con la realidad; en otras palabras, debe recaer sobre lo cierto, de suerte que quien informe se fundamente y describa la realidad. De ahí que el derecho a la información es una manifestación de la tendencia natural del hombre hacia el conocimiento de la verdad.

Este derecho lo tiene toda persona; no puede haber discriminación, aunque sí discernimiento, en el sentido de que en unas ocasiones la información sólo es debida, por razones de especialidad, a un grupo determinado de personas. Pero se advierte que en todo caso, la facultad de acceder a la información siempre existe; otra cosa es que se limite por razones de especialidad, a un sector. Por ejemplo, en muchas ocasiones la información se ve restringida por razón del secreto profesional, o de la protección a la intimidad de las personas. Aquí es donde se hace evidente que lo que es íntimo por naturaleza no puede tornarse en público por convención. Y viceversa: los asuntos públicos, por la naturaleza de la democracia, no pueden ser privados del conocimiento del público por convención.

c) Su objetivo es que la persona juzgue sobre la realidad con conocimiento suficiente

Un rasgo distintivo de la persona es la capacidad de juzgar sobre su entorno. Para ello necesita estar informada sobre la realidad que la circunda, es decir, tener, por lo menos, el conocimiento suficiente para juzgar y participar en los asuntos públicos. Hoy esto es más claro, si se tiene en cuenta que Colombia vive la democracia participativa. Con razón John Stuart Mill señaló que la democracia no se limita al sistema de elecciones libres, sino que requiere participación, discusión, reflexión permanente sobre los asuntos públicos, y para ello es necesaria la información. Además, no puede haber un libre desarrollo de la personalidad, que es social por naturaleza, si se desconoce el derecho a la información que se les debe a los asociados. Es por lo anterior que resulta no sólo injusto, sino altamente inconveniente, el que se prive a la comunidad del conocimiento de los comportamientos políticos que reflejan las encuestas, porque todo ser humano que vive en sociedad tiene el derecho a saber lo que sus conciudadanos piensan sobre el devenir político, entre otras cosas, porque le sirve como elemento de juicio para su reflexión política y para sus propias decisiones.

6.2.2 El derecho de informar

En principio y tomado en su sentido genérico, toda persona tiene el derecho de informar, para expresar su comunicabilidad y también para satisfacer el derecho que las demás personas tienen a estar informadas. Este derecho aparece consagrado también, de manera expresa, en el artículo 20 de la Constitución:

“Art. 20. – 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.

“

Pero en aras de la calidad de la información, de la pericia que se requiere para poder satisfacer los requerimientos de la opinión pública, y por exigencia misma del interés general, es razonable que un grupo especializado se encargue de asumir, como profesión, el deber de informar los asuntos de interés general a la colectividad, y dicho deber genera el derecho de informar profesionalmente. Es por ello que, en sentido estricto, cuando se asume como profesión el deber de informar, este derecho recae sobre un sujeto activo especializado. Es un derecho con un sujeto determinado, porque también la responsabilidad profesional es determinada, y así se establece la proporcionalidad. Los límites que tiene el derecho a la información son los mismos que se aplican para el derecho de informar. No se trata pues de un derecho ilimitado, por cuanto el deber que lo funda es limitado.

La existencia del derecho a la información hace que ésta sea debida. y ello supone el deber que tienen que asumir unas personas especializadas, en aras de obtener la información con veracidad y transmitirla adecuadamente a la sociedad civil, esto es, de manera objetiva e imparcial.

La posición de la ciudadanía con respecto a los candidatos a las corporaciones públicas es de interés general; existe entonces una exigencia de la colectividad por una información oportuna, que en nada tiene por qué alterar el orden público, ni vulnerar la intimidad, ni los derechos adquiridos mediatamente, ni el bien común. De ahí que resulte lógica la obligación del Estado de permitir que los profesionales del periodismo informen a la opinión pública

sobre el conocimiento que tengan del comportamiento político de los electores; entre otras razones, para que se vayan verificando controles de opinión sobre las elecciones mismas, como mecanismo de seguridad para los electores. Pero los medios de comunicación deben prevenir a la ciudadanía que la información que se difunde no refleja exactamente el comportamiento de los futuros electores, sino aspectos que pueden influir en ese eventual comportamiento, según los cálculos de probabilidades que toman como muestra una población parcial y escogida por los expertos en realizar las encuestas. Es decir, que se trata de meros muestreos, de simples expectativas que, por lo demás, pueden ser -y a menudo son- contrariadas por los resultados reales del escrutinio electoral.

6.2.3 La libertad de expresión

Es una figura jurídica más amplia que la del derecho a la información. Abarca una generalidad que admite múltiples especies y, en virtud de la libertad de opinión y de pensamiento, no tiene tantas limitaciones como las que tienen el derecho a la información y el derecho de informar. Lo que el sujeto puede expresar no necesariamente tiene que estar sometido a la imparcialidad ni contener una verdad, porque perfectamente puede el ser humano expresar todo lo que su ingenio e imaginación produzcan, mientras dicha expresión no lesione derechos ajenos, ni vaya contra el orden público o el bien común.

El derecho a la libertad de expresión se funda en la autonomía de la persona humana, tanto de su voluntad como de su entendimiento. Además, es una expresión de la comunicabilidad natural entre los seres humanos. El hombre necesita expresar sus pensamientos y sentimientos a sus semejantes, como nota de la humana convivencia racional.

Claro que el derecho a la información y el derecho de informar suponen, como fundamento básico, la existencia de la libertad de expresión, pues en aras de ésta puede transmitirse a los demás el conocimiento de algo que es de su interés.

6.3 La Materia

La acción de la referencia propone la definición de la constitucionalidad del inciso 2o. del artículo 23 de la Ley 58 de 1985, al confrontársele con lo establecido en el preámbulo y en los artículos 1o., 2o., 3o. y 20 de la Carta Política; lo que de conformidad con el artículo 22 del Decreto 2067 de 1991, no impide a la Corporación confrontar la norma acusada con la totalidad de los preceptos de la Constitución que sean pertinentes, lo que en efecto hará en el presente fallo.

La norma en cuestión regula la posibilidad de difundir encuestas de opinión, que muestren el grado de apoyo ciudadano a los candidatos o prevean el resultado de las elecciones, disponiendo la prohibición a los medios de comunicación social de difundirlas durante los treinta (30) días anteriores a una elección. Varios elementos contiene la disposición, referentes a la oportunidad en la cual sus contenidos tienen eficacia, al tipo de encuesta objeto de la restricción, y, a los fines del trabajo indagatorio del campo electoral.

En cuanto a la oportunidad de difusión de las encuestas, aparece una limitación a la libertad de expresión durante el período de los treinta días anteriores a una elección, limitación que es el motivo central de la acusación que se hace en la demanda al inciso en comento. Allí se

hace referencia a un determinado tipo de encuesta, las “de opinión”, que buscan determinar, como su nombre lo indica, opiniones, inclinaciones intelectuales o afectivas del electorado, que se distinguen de otros ejercicios de sondeo estadístico que se refieren a la detección de realidades sociales proyectadas a partir de una muestra en toda la sociedad, como por ejemplo, la determinación de las necesidades de mejoramiento de vivienda subsidiada o de cualquier otro servicio asistencial: Y, agrega la norma, el fin de la encuestas debe ser de dos categorías: la primera, que se oriente a mostrar el grado de apoyo de uno, varios o todos los ciudadanos o mostrar el grado de apoyo de uno, varios o todos los candidatos participantes en el certamen electoral, lo que pone de presente que no se limita en el precepto la difusión de todas las encuestas de opinión, sino sólo las que tengan el fin señalado. También prohíbe la norma la divulgación de elaboraciones estadísticas realizadas por particulares que, anticipándose a los escrutinios oficiales, prevean el resultado de la elección.

Ahora bien, a juicio de esta Corte, el inciso segundo del artículo 23 de la Ley 58 de 1985, vulnera el derecho a la información, el derecho de informar y la libertad de expresión, consagrados en el artículo 20 de la Carta, por las razones que a continuación se expresan:

6.3.1 No hay título jurídico para establecer la censura

No hay una fundamentación válida para prohibir que se exprese la opinión de los encuestados en un asunto público, y cuya divulgación no atenta contra el orden público, la intimidad o el bien común. Además, dada la naturaleza de la democracia participativa, la divulgación de encuestas electorales es asunto de interés general. Al ser de interés general el conocimiento de la opinión sobre los hechos que reflejan las encuestas, la información es debida, dada la prevalencia del interés general; por tanto su restricción absoluta por el término de treinta días antes de la jornada electoral, se torna en injusta, inconveniente e inoportuna, pues es un contrasentido que en el momento en que se requiere de mayor información, como capacitación previa para la decisión política de los electores, se les prive del conocimiento de un factor, de interés, cual es la opinión de un sector de la sociedad, porque supone una restricción que riñe con la esencia de la participación de la comunidad en los asuntos públicos.

Esta medida restrictiva vulnera tanto el derecho a la información como el derecho de información, ya que impide la difusión de datos que son de interés general; y constituye así mismo un atentado contra la libertad de expresión, por cuanto se impide que la opinión del sector encuestado se exprese, sin razones jurídicas de fondo que sustenten esa posición prohibitiva.

El acto de prohibir la difusión de las encuestas, sobre asuntos que -se repite- son públicos por naturaleza, por un término de treinta días anteriores a una elección, constituye un acto de censura, por cuanto impide la expresión de determinadas opiniones, aunque éstas no vulneren el orden público. Es, pues, una discriminación, un acto que impide por una parte, que a la opinión pública se le informe de algo que le interesa legítimamente, y por otra a los medios de comunicación ejercer su derecho a informar, esto es, a transmitir y difundir oportunamente las noticias de que dispone.

6.3.2 El núcleo esencial de los derechos fundamentales es inalterable

Es muy diferente regular un derecho, acto por medio del cual se encauza el ejercicio del mismo con base en sus límites para adecuarlo a los diversos supuestos, a desconocer su núcleo esencial. Cuando se regulan la libertad de expresión, el derecho a la información y el derecho de informar, no se puede desconocer ni la difusión de una opinión pública que no es contraria a derecho y sí de interés general, ni restringir de tal modo el conocimiento que es de interés general, al punto de que la información en sí no se configura por insuficiencia de contenido: es decir, no se puede impedir que a la opinión pública le llegue una información sobre la cual recae un legítimo interés público. Si se presenta una mengua en la información que se le debe a la colectividad, obviamente se está desconociendo el núcleo esencial de la información como derecho, y de la libertad de expresión, tanto de los encuestados como de los medios de comunicación.

6.3.3 Derecho a conocer la receptividad de los programas

Los medios de comunicación social, como titulares del derecho de informar, y la opinión pública, como titular del derecho a la información, tienen derecho a conocer y difundir la receptividad que entre la población tengan los programas ideológicos y la acción de los candidatos a los cargos de autoridad política, máxime en los momentos en que estas informaciones revisten la mayor importancia, como son las vísperas de una elección. Debe reconocerse que en una democracia moderna, uno de los medios más adecuados para este propósito es, precisamente, el de las encuestas de opinión.

Sin embargo, debe la Corte advertir que dichas encuestas no pueden ser manejadas al arbitrio absoluto de las personas o empresas que las realizan ni ser interpretadas tendenciosamente por los medios de comunicación, porque se incurriría entonces en la violación del núcleo esencial del derecho a la información que es la información veraz e imparcial. Para evitar precisamente el riesgo de manipulación. El artículo 23, de la Ley 58 de 1985, en la parte no acusada por el actor, tal evento prescribe que “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, la fuente de su financiación, el tipo y tamaño de la muestra, el tema o temas concretos a los que se refiere, el área y la fecha o período de tiempo (sic) en que se realizó y el margen de error calculado”. Con esta previsión pierde razón de ser el contenido del inciso segundo acusado, por cuanto trae un efecto no deducido ni por necesidad, ni por conveniencia. Si se toman las medidas preventivas para la adecuada realización de una encuesta, ¿por qué se ha de prohibir ésta?

6.3.4 La democracia participativa y la información

Un régimen de democracia participativa, como el que se aspira a ser consolidado entre nosotros, supone asumir una serie de riesgos, que no deben tratarse de evitar a través de prohibiciones al ejercicio de derechos y libertades públicas fundamentales, como son los casos del derecho a la información y de la libertad de expresión, porque en aras de evitar un posible mal se estaría sacrificando una libertad que es connatural al orden social justo que se persigue. Dentro del funcionamiento de la democracia, unos de cuyos pilares son la libertad de expresión y el derecho a la información, la ley no puede pues prohibir el ejercicio de derechos y libertades como estos, so pena de desvirtuar la esencia misma del régimen que

pretende defender y consolidar. Puede sí ser limitado tal ejercicio bajo parámetros razonables, en aras de la defensa del interés colectivo y la salvaguardia del orden institucional, ninguno de los cuales se menoscaba por el hecho de que se publiquen resultados de encuestas de opinión.

Si por prevenir entonces unos males de cuya realización no hay certeza, sino tan sólo un eventual riesgo -que se previene con lo prescrito en el inciso primero del artículo 23 transcrito-, se recortan derechos fundamentales de la persona humana, sustento del orden social justo, no se evita un mal menor, sino que se incurre en un mal mayor: negar la naturaleza democrática del Estado Social de Derecho.

Aceptar la democracia implica aceptar este régimen con todos sus riesgos. Naturalmente el Estado tiene el derecho y el deber de evitar, mediante medidas prudentes, que ellos se traduzcan en desorden público o institucional y en excesos anarquizantes; pero no es sacrificando derechos y libertades fundamentales como se logra este objetivo, porque si por preservar el orden se sacrifica la libertad, tampoco se realiza aquel ya que la noción de orden social supone la armonía entre los asociados, y sin libertad no es posible la convivencia armónica porque la negación de ella equivale al más evidente de los desórdenes ya que se establece una inversión de valores.

6.3.5 Responsabilidad de los medios en la difusión de encuestas

No hay por qué desconocer una libertad pública ni un derecho fundamental, cuando la libertad supone responsabilidad y los derechos tienen deberes correlativos. Por ello la Sala considera pertinente insistir en la difusión de las encuestas de opinión exige siempre un alto grado de responsabilidad social por parte de los medios de comunicación; de ahí que toda manipulación de la información sea un atentado directo contra la ética periodística y, jurídicamente, contra el derecho a la información imparcial y veraz que tienen los asociados. Además, la falta de responsabilidad en el manejo de la información constituye un atentado directo, grave e inminente contra el interés general y un consecuente desconocimiento del bien común.

La actitud prudente en casos como el que ocupa la atención de la Corte no consiste pues en desconocer ni suspender derechos fundamentales, como los que en esta sentencia se ha señalado, y para lo cual no está legitimado el legislador, sino desarrollar -como acertadamente se hace en el inciso primero del artículo 23 acusado-, los deberes y responsabilidades que incumben a quienes ejercen esos derechos.

6.3.6 Tiempo de reflexión prudencial, mas no desconocimiento de derechos fundamentales

No obstante lo anterior, la Corte reconoce para el caso bajo examen, la conveniencia de que la ley establezca un razonable margen de reflexión, para que el elector pueda serenamente, y sin la presión externa de los medios de comunicación -ejercida a través de la difusión de discursos, declaraciones, propaganda de partidos y movimientos políticos y sus candidatos, y también de la divulgación de encuestas de opinión-, reflexionar sobre la decisión que haya de tomar en las urnas. En otras palabras, considera la Corte prudente que con una antelación de unos pocos días se establezcan por el legislador restricciones en esta materia, como las que

aparecen consagradas en los artículos 119 y 206 del Decreto 2241 de 1986 y en los artículos 2o. y 3o. del Decreto 1134 de 1988. Ello no impide que la opinión pública se mantenga informada a través de los medios de comunicación, del desarrollo del debate electoral, pero sin que a través de esas informaciones, se pueda manipular sutil o abiertamente su voluntad política. En ningún momento debe ser el ciudadano tan consciente de su carácter de titular de la soberanía como cuando se encuentra en trance de sufragar. Pero extender estas limitaciones más allá de lo razonable equivale a vulnerar su derecho a la información y a los medios de comunicación su derecho de informar.

6.3.7 Prohibición inocua

DECISION

En mérito de lo expuesto, la Sala Plena de la Corte Constitucional, oído el concepto del señor procurador General de la Nación y cumplidos los trámites previstos en el Decreto 2067 de 1991, administrando justicia en nombre del pueblo y por mandato de la Constitución,

RESUELVE:

Declarar INEXEQUIBLE el inciso 2o. del artículo 23 de la Ley 58 de 1985 “Por la cual se dicta el estatuto básico de los partidos políticos y se provee a la financiación parcial de las campañas electorales”.

Comuníquese, notifíquese, cópiese, publíquese, insértese en la Gaceta de la Corte Constitucional y archívese el expediente.

HERNANDO HERRERA VERGARA

Presidente

JORGE ARANGO MEJIA ANTONIO BARRERA CARBONELL

Magistrado

Magistrado

EDUARDO CIFUENTES MUÑOZ CARLOS GAVIRIA DIAZ

JOSE GREGORIO HERNANDEZ GALINDO

Magistrado

ALEJANDRO MARTINEZ CABALLERO

Magistrado

FABIO MORON DIAZ VLADIMIRO NARANJO MESA

Magistrado

Magistrado Ponente

HERNAN OLANO GARCIA

Secretario General (e)

Salvamento de voto a la Sentencia No. C-488/93

COSA JUZGADA CONSTITUCIONAL-Extinción (Salvamento de voto)

Se muestra un caso de extinción de la Cosa Juzgada constitucional, por el aspecto positivo de la declaratoria de exequibilidad de la norma, originada en el cambio de la Constitución; distinto sería el caso si la decisión precedente hubiese sido de inexecuibilidad porque en éste la norma no existiría en adelante en el ordenamiento jurídico, lo que haría más definitivo en sus efectos la cosa juzgada constitucional.

PRINCIPIO DE JERARQUIA NORMATIVA (Salvamento de voto)

Según el principio de jerarquía normativa, la validez de una norma dada depende exclusivamente de su respeto a lo dispuesto en las normas que le son jerárquicamente superiores; de suerte que la validez de una norma dada depende exclusivamente de su compatibilidad con lo dispuesto en la Carta, y la de una regla jurídica de rango inferior por su no contradicción con lo dispuesto por ésta. El principio hermenéutico en comento, permite zanjar las dificultades entre la eficacia de una norma frente a las exigencias de otras del mismo rango, sea que se ocupen de la misma materia o de materias distintas. En todo el principio, se parte de la necesidad de lograr la vigencia de toda la Constitución, más que de un solo precepto de la misma; lo que lleva al intérprete a realizar un esfuerzo de integración, de establecer la compatibilidad entre los distintos preceptos superiores.

INTERPRETACION CONSTITUCIONAL (Salvamento de voto)

En la interpretación constitucional, además de los contenidos normativos, literales y de fondo, en tanto los expone el intérprete jurídico ordinariamente, le sirven de auxilio metodológico los principios y valores enunciados en la Carta, al tiempo que de manera extraordinaria resulta obligado acudir a elementos de la sociología jurídica y de la historia social, para no ver traicionado el sentido de la Constitución, y las expectativas que el poder democrático que la sostiene, ha elaborado sobre ella.

DEMOCRACIA PARTICIPATIVA (Salvamento de voto)

La democracia participativa es consecuencia obligada de la adopción constitucional de una concepción democrática de la soberanía, que reside exclusivamente en el pueblo, quien la ejerce en forma directa o por medio de sus representantes, de donde resulta que el proceso político se asienta en la participación de todos los ciudadanos. Las formas de participación democrática desbordan la participación estrictamente política, para abarcar todas las formas posibles de participación en la vida social en sus distintas manifestaciones.

MEDIOS DE COMUNICACION-Responsabilidad (Salvamento de voto)

La responsabilidad social de los "medios", se orienta en primer término al compromiso con los ideales democráticos, adquiriendo un sentido la libertad transmitida en ellos, no de prevalencia de intereses personales o de grupo, sino principalmente colectiva. Los medios impresos, radiales o televisivos, disponen de una capacidad no sólo para defender

determinadas posiciones, sino que éstas deben encuadrarse en el marco del interés general para no convertir el poder de que disponen en agente de privilegios contrarios al pluralismo que se busca realizar.

ENCUESTAS-Regulación (Salvamento de voto)

La voluntad constituyente de regular las encuestas de opinión, resulta compatible con lo dispuesto en la norma en examen, cuyos contenidos pretenden racionalizar los efectos de ese importante instrumento de detección de la opinión política, para que no vengán a distorsionar la conciencia política del elector a último momento, con efectos graves e irreversibles, y para que no resulte el encuestador sustituyendo al escrutador estatal, que es el autorizado por la ley para determinar al ganador o ganadores en cada evento electoral.

CENSURA (Salvamento de voto)

La “censura” en tanto acto administrativo, no puede predicarse de una ley que formula una “limitación a la libertad”, cuya inconstitucionalidad podría ser declarada no por ser un acto de censura que no cabe en el legislador elegido democráticamente, sino por cuanto éste desborda las fronteras permisibles en las limitaciones a una libertad, en este caso, la de publicar determinadas encuestas de opinión treinta (30) días antes de una elección.

ENCUESTAS-Prohibición de difusión (Salvamento de voto)

El legislador colombiano en la preceptiva acusada, encontró como razonable un término de treinta (30) días para impedir la publicación de las encuestas; la decisión de la Sala Plena encuentra el término excesivo sugiriendo en su fallo uno menor. No se entiende bien, en esta materia, cómo el juez de constitucionalidad califica que hay una pretendida censura o limitación inadmisibles si se trata de treinta días, criterio que en la sabiduría del legislador era admisible, o si se trata de un término de quince, veinte, siete o tres días, caso en el cual la constitucionalidad pudiese subsanarse, porque esa graduación es competencia del legislador.

REF. Expediente No. D-272

Acción de inconstitucionalidad contra el inciso 2o. del artículo 23 de la Ley 58 de 1985.

Magistrado Ponente:

Dr. VLADIMIRO NARANJO MESA

Con el acostumbrado respeto por las decisiones de la Sala Plena de esta Corte Constitucional salvo el voto en la sentencia anterior, con base en las siguientes consideraciones:

La presente sentencia en su contenido coincide con nuestra ponencia en la afirmación de derechos y principios esenciales de la Carta de 1991: la consagración de la libertad de informar, el derecho a recibir información veraz e imparcial y la libertad de expresión, que son soportes insustituibles del Estado Social de Derecho, que además se nutre de una filosofía pluralista y participativa que recogen las propias voces del Estatuto Superior.

Disentimos sin embargo del análisis que motiva la sentencia en que, a nuestro juicio, según aparece expresado en este salvamento, la búsqueda de la transparencia en el proceso democrático exige que el poder de manipulación de las “encuestas de opinión” no perturbe ni distorsione la auténtica y limpia voluntad de los electores, al producir la máxima decisión que le reconocen al ciudadano las instituciones para ejercer el derecho al sufragio. En este sentido se reitera que tales encuestas tienden a ser monopolio de las minorías que pueden financiarlas y de los grupos políticos que las utilizan como una sagaz y poderosa estrategia para inducir los resultados electorales, en muchos casos con mengua de las libertades y derechos que sustentan el régimen democrático. Un histórico antecedente en estas tendencias de manipulación de las corrientes de la opinión pública lo constituyen los plebiscitos y referendos tan habilmente utilizados por las dictaduras de distinto linaje ideológico, para consolidar su predominio en el Gobierno de los pueblos.

Sin embargo, es de esperar que las reglamentaciones de los múltiples instrumentos y defensas que garantiza la Carta para preservar las instituciones de nuestro moderno Estado Social de Derecho impidan el abuso de esas manipulaciones de la opinión, que le resten transparencia al pleno ejercicio de los derechos y libertades consagrados en la Carta de 1991.

La acción de la referencia propone la definición de la constitucionalidad del inciso 2o. del artículo 23 de la Ley 58 de 1985, al confrontársele con lo establecido en el preámbulo y en los artículos 1o., 2o., 3o. y 20 de la Carta Política; lo que de conformidad con el artículo 22 del Decreto 2067 de 1991, no impide a la Corporación confrontar la norma acusada con la totalidad de los preceptos de la Constitución que sean pertinentes, lo que en efecto hará en el presente fallo.

La norma en cuestión regula la posibilidad de difundir encuestas de opinión, que muestren el grado de apoyo ciudadano a los candidatos o prevean el resultado de las elecciones, disponiendo la prohibición a los medios de comunicación social de difundirlas durante los treinta (30) días anteriores a una elección. Varios elementos contiene la disposición, referentes a la oportunidad en la cual sus contenidos tienen eficacia, al tipo de encuesta objeto de la restricción, y, a los fines del trabajo indagatorio del campo electoral. En cuanto a la oportunidad de difusión de las encuestas, aparece una limitación a la libertad de expresión durante el período de los treinta días anteriores a una elección, limitación que es el motivo central de la acusación que se hace en la demanda al inciso en comento; allí se hace referencia a un determinado tipo de encuesta, las “de opinión”, que buscan determinar, como su nombre lo indica, opiniones, inclinaciones intelectuales o afectivas del electorado, que se distinguen de otros ejercicios de sondeo estadístico que se refieren a la detección de realidades sociales proyectadas a partir de una muestra en toda la sociedad, como por ejemplo, la determinación de las necesidades de mejoramiento de vivienda subsidiada o de cualquier otro servicio asistencial; y, agrega la norma de manera consecuente con lo anterior, que el fin de las encuestas debe ser de dos categorías: la primera, que se oriente a mostrar el grado de apoyo de uno, varios o todos los candidatos participantes en el certamen electoral, lo que pone de presente que no se limita en el precepto la difusión de todas las encuestas de opinión, sino sólo las que tengan el fin señalado. También prohíbe la norma la divulgación de elaboraciones estadísticas realizadas por particulares que, anticipándose a los escrutinios oficiales, prevean el resultado de la elección.

Era necesario resaltar los elementos de la norma acusada para proceder a confrontarlos en su conjunto con la Constitución Política, toda vez que, aisladamente, pueden tener una significación, que desaparece si se aprecian todos como objeto del juicio, y se afirma de una vez, si se aprecian consultando su espíritu, que buscan proteger la autonomía de la conciencia política del elector de las bien confeccionadas técnicas del manejo de la información.

El Precedente de Constitucionalidad

La norma demandada fue objeto de examen antes de la proclamación de la Carta Política de 1991, siendo declarada conforme a la Constitución Política de 1886, por la Honorable Corte Suprema de Justicia que, a la sazón, desempeñaba las funciones de tribunal supremo constitucional. En esa oportunidad sostuvo:

“Plantea la demanda la inexecutable del artículo 23 de la Ley 58 de 1985 por violación del artículo 42 del Estatuto Supremo, que consagra la libertad de prensa. Prescribe la disposición legal requisitos para la difusión de las encuestas de opinión de carácter electoral, los cuales se contraen a exigir que debe señalarse “la persona natural o jurídica que la realizó, la fuente de su financiación, el tipo y el tamaño de la muestra, el tema o temas concretos a los que se refiere, el área y la fecha o período de tiempo en que se efectuó y el margen de error calculado”. Todas estas condiciones indudablemente están concebidas para que el público receptor de la encuesta tenga suficientes elementos de juicio para elaborar su propio criterio acerca de la seriedad y confiabilidad de los resultados obtenidos en ella, y tiende también a evitar que dichos resultados puedan ser manipulados o utilizados en forma arbitraria, desfigurando la realidad y haciendo que la opinión pública se manifieste en favor de un determinado grupo político movida por el engaño”.

“Prohíbe además, el presupuesto estudiado, que durante los treinta días anteriores a una elección se difundan encuestas de opinión que muestren el grado de apoyo a los candidatos o prevean el resultado de la elección. Su concepción corresponde al establecimiento de funciones de control de tipo administrativo en procura del beneficio colectivo y el imperio del orden social. Si bien, la medida contenida en el inciso 2o. del artículo 23 limita la posibilidad de los medios de comunicación de difundir resultados de las encuestas de opinión, es innegable que tal limitación se consagra teniendo en cuenta un interés superior de la comunidad, cual es el libre ejercicio del derecho del sufragio, que puede verse desestimulado o condicionado por los resultados reales o presuntos de un sondeo, que muestre la opinión predominante sobre los candidatos que participen en una elección, entorpeciendo así el libre juego democrático.”

De acuerdo con lo dicho en precedencia, no encuentra la Corte que los requisitos establecidos para la divulgación de las encuestas de opinión de carácter electoral, así como la prohibición de publicar sus resultados en los días inmediatos a la fecha de la elección, comporten agravio a la norma 42 de la Carta, ni a ninguna otra del mismo ordenamiento”. (C.S. de J., sentencia No. 58, julio veinticuatro (24) de mil novecientos ochenta y seis (1986), M.P. Dr. Jairo Duque Pérez).

El anterior juicio de constitucionalidad no significa que esta Corporación no deba abordar el conocimiento de la acción, pues media un nuevo orden superior, ante el cual debe

confrontarse el precepto demandado que integra el ordenamiento jurídico, y que no obstante haber sido declarado exequible en aquella oportunidad, resulta en la actualidad pertinente realizar nuevo juicio, vista la demanda, sobre su exequibilidad. Lo que muestra un caso de extinción de la Cosa Juzgada constitucional, por el aspecto positivo de la declaratoria de exequibilidad de la norma, originada en el cambio de la Constitución; distinto sería el caso si la decisión precedente hubiese sido de inexecutableidad porque en éste la norma no existiría en adelante en el ordenamiento jurídico, lo que haría más definitivo en sus efectos la cosa juzgada constitucional. Por lo cual esta Corte procederá a ejercer de nuevo, el juicio de constitucionalidad del precepto demandado.

El Bloque de Constitucionalidad

Este concepto del Bloque de Constitucionalidad aborda la realidad, que aparece al intérprete, al momento de aplicar una norma, en lugar de otra u otras normas de igual rango dentro del ordenamiento jurídico, para evitar el desplazamiento de éste en su conjunto, por asegurar la eficacia de un precepto que, aisladamente considerado, podría eludir la vigencia de los contenidos, por supuesto, más generales de aquel.

Este tipo de relaciones internormativas se configuran de modo distinto al que resultaría de la sola aplicación del principio de la jerarquía normativa contenido en el artículo 4o. de la Constitución Política. Según éste último la validez de una norma dada depende exclusivamente de su respeto a lo dispuesto en las normas que le son jerárquicamente superiores; de suerte que la validez de una norma dada depende exclusivamente de su compatibilidad con lo dispuesto en la Carta, y la de una regla jurídica de rango inferior por su no contradicción con lo dispuesto por ésta. El principio hermenéutico en comento, permite zanjar las dificultades entre la eficacia de una norma frente a las exigencias de otras del mismo rango, sea que se ocupen de la misma materia o de materias distintas. En todo el principio, se parte de la necesidad de lograr la vigencia de toda la Constitución, más que de un solo precepto de la misma; lo que lleva al intérprete a realizar un esfuerzo de integración, de establecer la compatibilidad entre los distintos preceptos superiores. En la interpretación constitucional, además de los contenidos normativos, literales y de fondo, en tanto los expone el intérprete jurídico ordinariamente, le sirven de auxilio metodológico los principios y valores enunciados en la Carta, al tiempo que de manera extraordinaria resulta obligado acudir a elementos de la sociología jurídica y de la historia social, para no ver traicionado el sentido de la Constitución, y las expectativas que el poder democrático que la sostiene, ha elaborado sobre ella.

El demandante, en la presente causa, fundamenta su solicitud, invocando un conjunto de principios de la Carta Política contenidos en su preámbulo, y en sus artículos 1, 2 y 3, poniendo en realce las características de la democracia como sistema político de la República, para concluir que ese marco encuentra como soporte a la libertad de expresión, que se ve limitada por el inciso subexámene.

La Democracia Participativa y Pluralista

La Constitución Política de 1991 en su preámbulo, expresa la voluntad del PUEBLO DE COLOMBIA de asegurar la libertad "dentro" de un marco jurídico, democrático y participativo; lo que se explícita en el articulado superior, entre otros en el artículo 1o., en

donde se dispone, luego de afirmar que Colombia es un Estado Social de Derecho y otros atributos definitorios de la forma del Estado que se adopta, que es una República “democrática, participativa y pluralista”.

Una democracia pluralista reconoce la existencia de los más variados intereses y derechos, que surgen en las sociedades abiertas, en un plano de igualdad. Supone pues una comprensión de la sociedad como un tejido en el que se interaccionan los distintos intereses de los entes colectivos o de las personas, situados en un plano sin privilegios; intereses que son expresión del desarrollo legítimo de la propia libertad del ser humano, y que, al tiempo, le proporcionan a éste la posibilidad de desarrollar libremente y en plenitud su personalidad.

La Constitución Política de 1991, desarrolla de manera amplia el principio pluralista de la concepción de la sociedad, en varios de sus preceptos, al reconocer la diversidad étnica y cultural de la Nación (art. 7), las distintas lenguas y dialectos de los grupos étnicos como oficiales en sus respectivos territorios (art. 10), el goce de los mismos derechos, libertades y oportunidades, sin discriminación por razones de sexo, raza, origen nacional o familiar, lengua, religión, opinión política o filosófica (art. 13), el reconocimiento del pluralismo informático (art. 75), la regulación de los partidos y de los movimientos políticos (artículos 107 a 111), la regulación, por primera vez del estatuto de la oposición (art. 112), la protección de los sindicatos (art. 39) y de otros tipos de asociaciones (artículos 38, 58, art. 103), entre otras manifestaciones constitucionales que buscan proteger el principio pluralista de nuestra democracia, que inspira el libre ejercicio de los derechos de las personas.

La democracia participativa es consecuencia obligada de la adopción constitucional de una concepción democrática de la soberanía, que reside exclusivamente en el pueblo, quien la ejerce en forma directa o por medio de sus representantes (art. 3o. C.N.), de donde resulta que el proceso político se asienta en la participación de todos los ciudadanos. Se aprecia fácilmente que el citado artículo 3o. muestra dos cauces de expresión del principio participativo: La participación directa y la participación indirecta por medio de representantes. La participación asegura a los ciudadanos el derecho a intervenir en la conformación, ejercicio y control del poder político, no solo mediante la facultad que les es reconocida para elegir y ser elegido y de acceder al desempeño de funciones y cargos públicos, sino también con instituciones propias de la democracia semidirecta como: plebiscitos, referendos, consultas populares, constituir partidos, movimientos y agrupaciones políticas sin limitación alguna: formar parte de ellos libremente y sin limitación alguna, revocar el mandato de elegidos, tener iniciativa en las corporaciones públicas, interponer acciones en defensa de la constitución y de la ley (artículo 41 C.N.).

De otra parte, se resalta que las formas de participación democrática desbordan la participación estrictamente política, para abarcar todas las formas posibles de participación en la vida social en sus distintas manifestaciones. En este sentido resulta perfectamente coherente el artículo 2o. de la Constitución Política al señalar como un fin general del Estado Colombiano, el “facilitar la participación de todos en las decisiones que los afectan y en la vida económica, política, administrativa y cultural de la Nación”. De manera extensa se ocupa la Constitución Política de consagrar la participación en distintas áreas de la vida comunitaria, como la dispuesta para la comunidad educativa en la dirección de las

instituciones de educación (art. 68); o para los representantes de las comunidades indígenas en la conformación de las entidades territoriales (art. 329); o para la comunidad en la organización de los servicios de salud (art. 49); o a las organizaciones de consumidores en intereses de su objeto social (art. 78); la promoción de la participación comunitaria a cargo del municipio (art. 311 y 318); la participación de los particulares en la ampliación de la cobertura de la seguridad social (art. 48); o la facultad concedida al legislador para establecer los estímulos y los medios para que los trabajadores participen en la gestión de las empresas (art. 57); para mostrar, sólo a manera de ejemplo, el amplio espacio que la Carta Fundamental le otorga al desarrollo de los marcos de la participación democrática.

Lo que le confiere al carácter participativo del Estado, la función indispensable, de servir de complemento al principio pluralista que, también, de nuestra democracia; por cuanto es mediante la institucionalización de la participación, que el pluralismo encuentra los caminos para convertirse en una realidad, resultando así, aquella un medio para la eficacia de éste.

Surge, de inmediato, el interrogante de cómo se organiza esa complejísima realidad que promueve la Carta Política de 1991, al constituir la República de Colombia con los atributos, entre otros, de una democracia participativa y pluralista? A este interrogante responde la propia Carta al indicar que Colombia es un Estado social de derecho (art. 1o.) y al disponer de manera consecuente el principio de legalidad según el cual los particulares sólo son responsables ante las autoridades por infringir la Constitución y las leyes. Los servidores públicos lo son por la misma causa y por omisión o extralimitación en el ejercicio de sus funciones (art. 6o.). Luego es la ley la encargada, reconociendo la supremacía de la Constitución, de ordenar las posibilidades de la libertad en el sistema político.

La Libertad de Expresión

La Constitución Política de 1991, consagra el derecho y libertad fundamental de expresión de toda persona, de manera amplia, con el propósito de permitir la difusión del pensamiento y de las opiniones de cada cual, y consagra igualmente la libertad de informar y el derecho a recibir información “veraz e imparcial”.

De manera concurrente se confiere la posibilidad de fundar medios masivos de comunicación, se le impone a estos “responsabilidad social” y se garantiza el derecho a la “rectificación en condiciones de equidad” (art. 20 C.N.). Medios de comunicación, responsabilidad social y rectificación que buscan proteger la primera expresión normativa del artículo citado, es decir, garantizar la libre expresión del pensamiento y de las opiniones particulares y la posibilidad de transmitir informaciones veraces y de manera imparcial. Existe pues, en los contenidos señalados del precepto, una relación de “medio a fin” que, coloca el derecho a la rectificación de las informaciones como recurso para proteger los derechos a la libre circulación de las ideas e informaciones que tanto interesan a la sociedad, para hacer realidad el presupuesto de ética política denominado del pluralismo político (art. 1o. C.N.).

Esta posibilidad de transmisión del pensamiento y del conocimiento, a disposición de todos, es el instrumento jurídico que utiliza el Estado Demo-liberal para alcanzar una auténtica participación política en términos de sociabilidad, entendida esta última como el conjunto de acuerdos que expresan la voluntad común de los pueblos de convertirse en sociedades para

construir la civilización. De suerte que la libertad de expresión así entendida, resulta un medio indispensable no sólo para la protección de los demás derechos, sino también, para que adquiera cada uno de ellos la fisonomía deseada. Lo que viene a darle a la libertad de expresión el doble carácter de elemento generador de las distintas formas de realidad y de instrumento de valoración, análisis y crítica de la misma realidad social.

En efecto, este instrumento de la autodeterminación, de la más inestimable esencia democrática, cumple labores de canalización y fijación de las ideas y sentimientos, la promoción de valores acordados, la defensa de los más altos intereses, al tiempo que denuncia la injusticia, controla el ejercicio de la función pública, investiga el acontecer incierto y alerta a la sociedad sobre los distintos peligros que sobre ella se ciernen. Se aprecia entonces el amplio poder de que se dispone, principalmente como resultado del desarrollo de los medios de comunicación de masas, cuya amplia cobertura puede convertir cualquier hecho discreto en una realidad de la masa social y otorgarle además el carácter positivo o negativo que resulte de la interpretación que del mismo realice el propietario del medio, su editorialista, su columnista o su reportero. Se explica así el celo del constituyente en explicitar la responsabilidad social que tienen los medios masivos de comunicación, sin perjuicio de la responsabilidad de tipo individual o personal, que pueda deducirse en el ejercicio de su actividad para resarcir los daños causados a los particulares.

La Responsabilidad Social de los Medios

La responsabilidad social de los “medios”, se orienta en primer término al compromiso con los ideales democráticos, adquiriendo un sentido la libertad transmitida en ellos, no de prevalencia de intereses personales o de grupo, sino principalmente colectiva. Los medios impresos, radiales o televisivos, disponen de una capacidad no sólo para defender determinadas posiciones, sino que éstas deben encuadrarse en el marco del interés general para no convertir el poder de que disponen en agente de privilegios contrarios al pluralismo que se busca realizar (art. 1o. C.N.). Se introduce en la Constitución Política de 1991, una mutación del sentido de la libertad de expresión que, de instrumento de respuesta y defensa contra el exceso o la equivocación de las acciones del poder público, pasa a convertirse en un expediente adicional para propiciar realidades más acordes con las aspiraciones de convivencia y de sociabilidad. Es decir, la mediación de los derechos y sistemas consagrados en el ordenamiento jurídico, constituyen el acuerdo que no puede ser violado por un ejercicio del poder de la información con miras a afianzar intereses egoistas y parciales. Esto no puede entenderse como la imposibilidad de los medios para tener opiniones propias, o la ausencia en ellos de autonomía suficiente para valorar la oportuna información; es el espacio que se permite en ellos a las opiniones contrarias, en los debates de interés cultural, social o político, para que no se conviertan en manifestaciones monopolísticas de la opinión, y por esa vía en enemigos de la libertad de expresión que los auspicia, y, de igual manera, el espacio para la “rectificación” que sobre los hechos puedan hacer los especialmente interesados en la veracidad de las informaciones. No se trata de imaginar opiniones uniformes sobre un orden ideal contrarias a la libertad, contrarias al liberalismo que tanto proscribe las manifestaciones dogmáticas. Es apenas, según la voluntad del constituyente, la decisión de regular una esencial garantía democrática, de suerte que permita el transparente mercado e intercambio de las ideas y de las opiniones, la profesión del respeto por la verdad de los hechos y la dignidad del hombre.

Implica lo anterior un amplio margen de autocritica en el ejercicio de la libertad de expresión, que permita un despliegue de la inteligencia entre los tópicos diversos que interesan y comprometen a los individuos, personas, grupos, sectores y a la Nación entera, sin traicionar el bien que es común a todos y a cada uno.

También comprende la responsabilidad social de los medios la expresión o manifestación de opiniones e ideas y el relato de los hechos que interesen al público en general, puesto que el hábito del lector, el "oyente de radio" y el televidente, produce en él una dependencia confiada a la que el medio masivo debe responder, existiendo entonces modalidades omisivas de la responsabilidad social de los instrumentos de expresión actuales. (Sentencia T-48/93, febrero 15 de 1993. M.P. Dr. Fabio Morón Díaz).

La acusación del inciso 2o. del artículo 23 de la Ley 58 de 1985, busca demostrar que esta norma es contraria a la libertad de expresión consagrada en el artículo 20 de la Carta y a los principios de competencia democrática propios de la participación y el pluralismo, cuando prohíbe a los medios de comunicación la difusión de un determinado tipo de encuestas de opinión o de resultado electoral.

No resulta cierta para la Corporación, la pretensión del demandante, luego de puntualizar atrás, que la democracia participativa y pluralista, en tanto principio, y, como realidad social, económica y política, resulta un valor supremo propiciador de la libertad de las personas. Su fundamentación en la autonomía de los pueblos para definir su propio destino y el interés general allí implicado, que es la máxima expresión de la libertad del hombre al situársele como integrante del pueblo, en calidad de titular del poder soberano, no puede verse desplazado por el ejercicio de una libertad fundamental, que para su ejercicio civilizado requiere justamente de la vigencia de aquella garantía más general, sin perjuicio de que a un tiempo aquella realidad general encuentre su soporte en libertades como la de expresión. Lo que pone de conocimiento los condicionamientos recíprocos de las distintas expresiones de la libertad en la dinámica colectiva y que justifican, por la esencia misma de la libertad, los límites mínimos posibles impuestos por el legislador a aquellas.

Limitaciones que sólo puede imponer la ley. En su sabiduría el poder constituyente, legislador supremo, lo entendió así, con relación a la facultad otorgada al legislador para regular las "disposiciones" sobre publicidad y encuestas de opinión política en su artículo 265 numeral 5o., de que se ocupa la norma acusada. Aquella voluntad constituyente de regular las encuestas de opinión, resulta compatible con lo dispuesto en la norma en examen, cuyos contenidos pretenden racionalizar los efectos de ese importante instrumento de detección de la opinión política, para que no vengán a distorsionar la conciencia política del elector a último momento, con efectos graves e irreversibles, y para que no resulte el encuestador sustituyendo al escrutador estatal, que es el autorizado por la ley para determinar al ganador o ganadores en cada evento electoral. Las previsiones del legislador en el sentido de evitar que opiniones, eventualmente, vengán a contrareplicar el resultado del mandato democrático definido por las autoridades, no puede entenderse como una censura, puesto que el ordenamiento jurídico confiere las vías judiciales adecuadas para provocar la mencionada confrontación ante los Tribunales de lo Contencioso Administrativo.

Además, busca el inciso controlar influencias provenientes de resultados de encuestas que

puedan deteriorar la imparcialidad propia de las elecciones, por cuanto bien es sabido que los medios de comunicación social, no sólo transmiten opinión, sino que, por contera, la crean e incluso, pueden ser la opinión misma. Si bien los intereses que representan tienen perfecta aceptación e incluso, promoción constitucional, no puede interpretarse que los esfuerzos legislativos en garantía de la imparcialidad democrática se conviertan en límites contrarios a la Carta fundamental.

La movilidad de la opinión colectiva, y la fragilidad de sus determinaciones, pueden, mediante un juego de perfeccionismos técnicos en el manejo de los medios de comunicación social, sustituir la participación política del elector, en sus grandes mayorías silenciosas, ausentes de los indicados manejos, en una localizada competencia entre aquellos, en la cual, podrían no estar interpretadas la pluralidad de los intereses sociales. Luego el término de treinta días que señala la norma, pone al votante secreto, al margen de condicionamientos, tanto concientes como inconcientes, para ejercer con suficiente libertad su opinión ciudadana.

Además, nos apartamos de la decisión de la Sala Plena de la H. Corte por cuanto consideramos que no existe precisión, en el uso que del concepto de censura se hace en su texto para fundamentar la inconstitucionalidad de la norma demandada. En efecto, la "censura" en tanto acto administrativo, no puede predicarse de una ley que formula una "limitación a la libertad", cuya inconstitucionalidad podría ser declarada, se repite, no por ser un acto de censura que no cabe en el legislador elegido democráticamente, sino por cuanto éste desborda las fronteras permisibles en las limitaciones a una libertad, en este caso, la de publicar determinadas encuestas de opinión treinta (30) días antes de una elección.

Se ha entendido siempre en los regímenes represivos o de control posterior del uso de la libertad, que son los más liberales, que pueden imponerse limitaciones a la libertad cuando de defender el sistema político se trata. La legislación comparada suministra ejemplos suficientes, la Ley Fundamental de Bonn de 1948, prohibía la existencia de partidos políticos de orientación nazi o comunista; la Constitución Francesa de la V República, prohíbe los movimientos políticos que no reconozcan el principio de la soberanía nacional; disposiciones que no pueden entenderse como limitaciones imposibles a las libertades políticas y de opinión como mecanismos normales orientados a asegurar el sistema marco para la libertad, en naciones que no pueden caracterizarse en su forma política, ni en su sociedad, ni en su historia como antiliberales.

Compete al legislador esta ardua tarea de definir los límites de la libertad y al juez de constitucionalidad revisar, la conformidad de esas limitaciones con el orden superior. El legislador colombiano en la preceptiva acusada, encontró como razonable un término de treinta (30) días para impedir la publicación de las encuestas; la decisión de la Sala Plena encuentra el término excesivo sugiriendo en su fallo uno menor. No se entiende bien, en esta materia, cómo el juez de constitucionalidad califica que hay una pretendida censura o limitación inadmisibles si se trata de treinta días, criterio que en la sabiduría del legislador era admisible, o si se trata de un término de quince, veinte, siete o tres días, caso en el cual la constitucionalidad pudiese subsanarse, porque esa graduación es competencia del legislador.

Plantea igualmente la parte considerativa del fallo que nos apartamos, un concepto deletéreo de la responsabilidad, que supone la libertad, y de cómo los derechos tienen deberes correlativos. Pues bien, la responsabilidad y los deberes de los ciudadanos, son impuestos y definidos por la ley, en el Estado Social de Derecho (art. 6o. C.P.).

Se afirma que resulta inocua la prohibición del artículo 2o. sub-exámine por cuanto los avances en el campo de las telecomunicaciones podrían transmitirse, por ejemplo, desde estaciones emisoras extranjeras la información que se prohíbe y ello se haría por tanto a través de medios no controlados en su emisión por el Estado colombiano. Si es inocua la norma, podría pensarse en la inocuidad de la declaratoria de inconstitucionalidad por parte de la Corte. El argumento sustentatorio resulta insuficiente por dos razones adicionales, la primera en razón de que el disfrute a los medios de comunicación extranjeros no está al acceso de la gran mayoría de la población colombiana y, en segundo lugar, porque para el juez constitucional bastaría con que las hipótesis legales sometidas a su consideración fueran eficaces en la medida de las posibilidades soberanas del Estado Colombiano.

Fecha Ut Supra,

FABIO MORON DIAZ

Magistrado