



Universidad Libre Facultad de Derecho Bogotá.

Honorables

MAGISTRADOS CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA

Magistrado ponente: **JOSÉ ANTONIO CEPEDA AMARIS**

E.S.D.

Referencia: **Expediente número D-12017**. Demanda de inconstitucionalidad contra la Resolución 1733 de 2016 del Consejo Nacional Electoral, artículos 12, 17 literal C, y 21 literales A, C y D.

Actor: **HECTOR RIVEROS SERRATO**

Asunto: **intervención ciudadana** según Decreto 2067 de 1991 artículo 7.

JORGE KENNETH BURBANO VILLAMARIN, actuando como ciudadano y **Director del Observatorio de Intervención Ciudadana Constitucional de la Facultad de Derecho de la Universidad Libre de Bogotá**; **JORGE RICARDO PALOMARES GARCÍA**, profesor del área de Derecho Público de la Universidad Libre **INGRID VANESSA GONZALEZ**, **JAVIER ENRIQUE SANTANDER DIAZ** y **EDGAR VALDELEÓN PABÓN**, actuando como ciudadanos y miembros del Observatorio de Intervención Ciudadana Constitucional, identificados como aparece al pie de nuestras firmas, vecinos de Bogotá, dentro del término legal según auto del 28 de abril de 2017, de conformidad con lo establecido en el artículo 242 numeral 1 de la C.P y el artículo 7 Decreto 2067 de 1991, presentamos la siguiente intervención ciudadana con respecto a la demanda de la referencia y en defensa de la supremacía e integridad de la Constitución de Colombia de 1991.

1. NORMA DEMANDADA

Resolución 1733 de 2016

(31 de Agosto)

por la cual se regulan y se 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

ARTICULO 12. (Modificado por el artículo 1 de la resolución 1999 de 2016) Pluralismo, equilibrio informativo e imparcialidad. Los concesionarios y operadores de radio y televisión durante la campaña del plebiscito, deberán garantizar el pluralismo, el equilibrio informativo y la imparcialidad, así como la veracidad en el manejo de la información en las campañas por la opción del SI y por la opción del NO.

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

El Consejo Nacional Electoral publicara dicha información y verificara 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.

(...)

ARTICULO 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 socializadora de vallas, la suspensión o retiro inmediato de la propaganda de una campaña por la opción del SI 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 lector.

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 invita a votar por alguna de las opciones.

c) Ordenar la rectificación cuando sea procedente

ARTICULO 21. (Modificado por el artículo 1 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 023 de 1996 y 050 de 1997 proferidas por esta corporación.

Adicionalmente se deberán observar las siguientes reglas:

a) La encuesta deberá ser remitida por el medio de comunicación través del cual se divulga, al Consejo Nacional Electoral al 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 algunos de los Comités por la opción del SI 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 de la 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 de plebiscito especial.

d) Las inconsistencias graves de la información contenida en la ficha técnica darán lugar a una multa que oscilara entre 25 y 40 salarios mínimos legales mensuales vigentes, según la gravedad de la falta, o la prohibición o suspensión del ejercicio de estas actividades. El medio de comunicación que publicó la encuesta será corresponsable, y por consiguiente, se le aplicaría 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.

2. CARGOS DE INCONSTITUCIONALIDAD.

El demandante afirma que la Resolución 1733 de 2016 en su artículo 12, 17 literal c y 21 literal a, c y d violan el derecho fundamental a la libertad de información y prensa, derecho a la rectificación de información, debido proceso, generando como consecuencia una eventual censura por parte del Consejo Nacional Electoral y modificación al núcleo esencial de los derechos y además, que este órgano no es el competente para regular materias sobre medios de comunicación, y contenido de las encuestas.

3. CONSIDERACIONES DEL OBSERVATORIO DE INTERVENCIÓN CIUDADANA CONSTITUCIONAL DE LA UNIVERSIDAD LIBRE-BOGOTÁ.

3.1 Sobre la Competencia de la Corte Constitucional

La Corte constitucional (en adelante CortConst) tiene definidas sus funciones en el artículo 241 de la Constitución Política (en adelante ConstPol) pero también se han reconocido jurisprudencialmente unas funciones especiales o atípicas¹. Estas competencias de la CortConst nacen a partir de procedimientos complejos de reforma constitucional donde participan diferentes instituciones Estatales, las cuales expiden actos de carácter general para la debida ejecución de estas reformas constitucionales. Dentro de estas competencias no se evidencian los actos administrativos en ejecución y reglamentación del certamen electoral del Plebiscito, por lo tanto es el Consejo de Estado de acuerdo a su competencia residual².

De lo anterior, se establece que para conocer del control de constitucional de la Resolución 1733 de 2016 (en adelante Resolución) el competente es el Consejo de Estado. De manera que estaría sujeta a un estudio debido pues aún sigue produciendo efectos jurídicos, de acuerdo a la *caducidad de la facultad sancionatoria*³ que tienen las autoridades, la cual se configura tres años después de la ocurrencia del hecho, la conducta u omisión que da lugar a las sanciones materializándose en este caso en las multas que aún puede imponer el Consejo Nacional Electoral (en adelante CNE), establecidas en el art 21 literal d de esta Resolución, sancionando las actuaciones anteriores a la realización del Plebiscito del 2 de octubre de 2016 por las firmas encuestadoras y los medios de comunicación.

Por consiguiente, si la CortConst decidiera no declararse inhibida para conocer sobre esta Resolución, debería someter a examen los siguientes aspectos.

¹ CortConst C 049 de 2012

² CortConst C 1154 de 2008

³ Ley 1437 de 2011 art 52

3.2 Sobre la competencia del Consejo Nacional Electoral

3.2.1 Derecho a la rectificación de información y derecho a libertad de prensa e información

El artículo 265 de ConstPol establece en su numeral 10, que el CNE está facultado para reglamentar la participación de partidos políticos y movimientos políticos en los medios de comunicación social del Estado. De acuerdo a la Ley 134 de 1994 en su artículo 94, se faculta al CNE para imponer multas a personas de derecho privado si llegasen a presentar afirmaciones falsas sobre el contenido de una iniciativa o de un referendo. Sin embargo, el art 12 de la Resolución 1733 de 2016, además de establecer una competencia al CNE presupone la invasión respecto al núcleo esencial del derecho de libertad de información y prensa. En vista de que la verificación de la veracidad de la información implica un ejercicio de estudio y afectación al derecho fundamental de libertad de prensa, lo cual además de ser inconstitucional por incompetente, es inconstitucional por afectar el núcleo irreductible de dicho derecho fundamental.

Podría llevar inmersa una censura por parte del CNE como órgano administrativo al momento de recibir el informe respecto a tiempos o espacios de las emisiones o publicaciones, pues si bien el CNE no está facultado para regular el contenido mismo de las publicaciones o emisiones de los medios de comunicación extralimitando su competencia, tampoco está facultado para delimitar tiempos emisiones y publicaciones en los medios de comunicación; así el control al informe que estos presenten implicaría un ejercicio de censura frente a la información contenida en aquel, limitando el derecho de libertad de prensa, sin que sus facultades se puedan extender a temas diferentes a los electorales⁴.

El artículo 17 en su literal c de la Resolución ordena la rectificación de la información, regulando el ejercicio de este derecho fundamental sin ser competente el CNE para ello, pues si bien, en el Estado colombiano se reconoce el derecho a la rectificación cuando se vea inmerso en ello la violación del derecho a la dignidad humana, al buen nombre o a la honra, debe realizarse un procedimiento previo ante quien vulneró estos derechos para que corrija mediante la materialización del derecho a la defensa y debido proceso, la eventual falla en la información brindada, dejando así el artículo 17 en su literal c incólume el procedimiento previo⁵ y las garantías constitucionales.

⁴ ConstPol art 265 numeral 5

⁵ CortConst T 040 de 2013

3.2.2 Respecto a la regulación de las encuestas y los requisitos de estas

EL Observatorio de Intervención Ciudadana considera que el artículo 21 literal a) es inconstitucional, dado que el CNE está facultado de acuerdo al art 265 numeral 6 de la ConstPol para velar sobre el cumplimiento de las normas sobre encuestas de opinión pública, lo que se aplicaría a las realizadas previamente en lo pertinente al plebiscito del 2 de octubre, siempre y cuando ejerza su función de control y vigilancia sobre los encuestadores, más no como órgano formulador de las preguntas que se realicen en las encuestas⁶, al hacer una interpretación del término *trazabilidad*, se referiría al procedimiento que debió realizar el medio de comunicación, presentándose la misma situación de incompetencia para regular estos temas referentes a la materialización de procedimientos o etapas surtidas a nivel interno para la publicación o divulgación de resultados de las encuestas en los medios de comunicación. Paralelamente a ello, se afirma que el CNE está facultado para la regulación del cumplimiento de la norma que establezca como requisitos la presentación de las fichas técnicas, pero no sobre el estudio en sí mismo del contenido de ellas. Adicional, se establece como regla expresa de reserva de ley estatutaria⁷ el reglamentar las encuestas electorales⁸.

Respecto al literal c) del artículo 21 de la Resolución, el Observatorio de Intervención Ciudadana considera que es constitucional, al establecerse que se podría publicar y difundir encuestas hasta el martes anterior a la fecha de la votación para el plebiscito, de allí se toma que la facultad administrativa del CNE en este caso fue prudencial. Se han establecido distintos términos⁹ en cuanto a este tema, pero la CortConst no ha dejado sentado un precedente de cuál sea específicamente un término prudencial, es decir, de pocos días o se estaría en un escenario de censura¹⁰. Por ello se presume de buena fe por parte de la entidad el término que estime pertinente siempre y cuando sea prudente respecto al escenario electoral. Esto implica que se garantice en ese término prudente, el derecho de informar y de recibir información.

Se debe puntualizar que si bien el CNE no puede regular la realización de encuestas electorales porque implicaría una restricción indebida en las funciones electorales, una restricción a los derechos fundamentales de libertad de opinión y de libertad de información, constituyéndose una reserva de ley¹¹. Siendo garantía de ello el hecho que las firmas encuestadoras son libres en la escogencia de su metodología para realizar las

⁶ CortConst C 1153 de 2005

⁷ ConstPol art 152 literal c

⁸ CortConst C 145 de 1994

⁹ CortConst C 1153 de 2005

¹⁰ CortConst C 1153 de 2005

¹¹ CortConst C 089 de 1994

encuestas, precisamente porque garantiza el derecho a la libertad de prensa e información, en el mismo escenario se vería inmiscuido el derecho de rectificación de información, siendo una limitación al derecho de libertad de información en el caso concreto en que se vulneren otros derechos como el derecho a la honra, al buen nombre u otro derecho fundamental. Además las encuestas son garantías del derecho de libertad de expresión, pues es en ellas en donde se conoce realmente al intención de voto. La competencia del CNE se centra es en la vigilancia sobre las entidades o personas que realicen las encuestas para que no induzcan a una decisión determinada cuando se realizan, teniendo competencia para garantizar la idoneidad técnica de las encuestas el Departamento Nacional de Planeación¹².

El Observatorio de Intervención Ciudadana considera que la corresponsabilidad que se le imputa a los medios de comunicación en el art 21 en su último inciso también es inconstitucional, pues si bien el CNE no tiene la facultad para sancionar a los medios de comunicación, ya que el CNE regula temas estrictamente relacionados a la actividad electoral y el acceso o uso de los medios de comunicación¹³, basándose en su función de control en el cumplimiento de las normas en materia electoral. Por ende, no estarían sujetos a sanción los medios de comunicación al ser simplemente actores respecto a la función y/o ejercicio correspondiente a la emisión o publicación de información. Aunque estos medios de comunicación tienen una responsabilidad social por el manejo de información, cuando atenten contra la ética periodística y contra el derecho a la información imparcial y veraz a que tienen los asociados¹⁴, esto no significa que el CNE este facultado para regular la imposición de sanciones a los medios de comunicación.

4. CONCLUSION.

Que se declare **INHIBIDA** la Corte Constitucional para conocer de la norma demandada puesto que el conocimiento de la inconstitucional le corresponde al Consejo de Estado, al no estar dentro de las competencias establecidas en la Constitución Política ni por vía jurisprudencial. Subsidiariamente si no se declarara impedida, se solicita que se declare la **INCONSTITUCIONALIDAD** del art 12, 17 literal c, 21 literal a y d, y la **CONSTITUCIONALIDAD** del art 21 literal c.

¹² CortConst C 1153 de 2005

¹³ ConstPol art 265 numeral 10

¹⁴ CortConst C 488 de 1993

De los H. Magistrados, Atentamente.



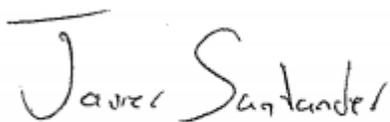
JORGE KENNETH BURBANO VILLAMARIN
Director Observatorio de Intervención Ciudadana Constitucional
Facultad de Derecho Universidad Libre, Bogotá.
Calle 8 5-80, Segundo Piso. Cel. 3153465150.
Correo: jkbv@hotmail.com



JORGE RICARDO PALOMARES G.

Miembro del Observatorio de Intervención Ciudadana Constitucional
Docente del Área de Derecho Público
Facultad de Derecho Universidad Libre, Bogotá.
Cel. 3183386864
Correo: jorge.palomares-garcia@hotmail.com

INGRID VANNESA GONZÁLEZ GUERRA
Miembro del Observatorio de Intervención Ciudadana Constitucional.
Estudiante de la Facultad de Derecho de la Universidad Libre, Bogotá.
C.C 1.010.227.362.
Correo: vanessa-3@hotmail.com



JAVIER ENRIQUE SANTANDER DÍAZ
Miembro del Observatorio de Intervención Ciudadana Constitucional
Egresado de la Facultad de Derecho Universidad Libre, Bogotá.

C.C. 1014255131

Correo: quiquesan@hotmail.com



EDGAR VALDELEON PABON

Miembro del Observatorio de Intervención Ciudadana Constitucional
Abogado de la Facultad de Derecho Universidad Libre, Bogotá.

C.C 1.013.651.817

Correo: stigia94@hotmail.com