

Libertad de información, democracia y control judicial: la jurisprudencia constitucional colombiana en perspectiva comparada*

Catalina Botero Marino
Juan Fernando Jaramillo
Rodrigo Uprimny Yepes

Sumario

Introducción. I. El contenido general del derecho a la información en la jurisprudencia constitucional colombiana. II. Ponderación del derecho a la libertad informativa con otros derechos o bienes constitucionalmente protegidos. III. Una comparación instructiva: la jurisprudencia alemana y estadounidense sobre intimidad, honor y libertad de expresión. IV. Primeras conclusiones: ponderación, libertad de expresión y concepciones de democracia. V. La jurisprudencia constitucional colombiana y la búsqueda de un “mercado equitativo de ideas”. VI. Conclusiones generales: los logros y los desafíos. Bibliografía.

Introducción

La polémica sobre los alcances y los límites de la libertad de expresión e información en las sociedades contemporáneas es quizá una de las más agudas y fecundas de la teoría constitucional actual. Las razones que explican el particular interés de la doctrina y la jurisprudencia sobre esta cuestión son, fundamentalmente, dos. En primer lugar, la idea, cada vez más generalizada, según la cual la libertad de expresión e información es un derecho que, tal vez como ningún otro, constituye condición *sine qua non* para la existencia de un verdadero Estado constitucional. En segundo término, la indiscutible complejidad que, desde el punto de vista de la armonización del conjunto de los derechos, bienes e intereses constitucionales, plantea el ejercicio de las mencionadas libertades.

* Artículo publicado en Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano, Ed. Ciedla, Konrad, Adenauer Stiftung, Buenos Aires, Argentina, 2000.

Ciertamente, la libertad de expresión e información, como factor neurálgico del libre y equitativo flujo de ideas, opiniones e informaciones, sirve de garantía fundamental de todo régimen constitucional, en tanto tiene la doble función de permitir el desarrollo libre de la personalidad de cada uno y, al mismo tiempo, evitar, frenar o remediar las arbitrariedades del poder¹. Sólo mediante una comunicación libre es posible que las personas puedan definir sus propias opciones culturales, sociales, religiosas o políticas²; practicar los derechos de participación en la conformación, gestión y control del poder político³; y contener el ejercicio arbitrario de los poderes no sólo públicos, sino privados o sociales⁴.

Pero, precisamente por su importancia, la libertad de expresión e información plantea problemas jurídicos muy complejos. En efecto, a menudo el ejercicio de estas libertades suele entrar en conflicto con numerosos valores constitucionales. Así por ejemplo, la publicación de determinadas informaciones puede afectar decididamente la intimidad o el honor de una persona, o poner en serio peligro la estabilidad institucional, lo cual plantea el interrogante de si es necesario restringir la circulación de esas informaciones o la manifestación de ciertas ideas para proteger aquellos otros derechos, bienes o intereses constitucionales.

La complejidad e importancia de la libertad de expresión explican que este derecho suscite agudas discusiones y controversias, que han tratado de ser resueltas, no sólo a nivel teórico por los académicos sino, también, en el plano judicial, por numerosos tribunales constitucionales e instancias internacionales de derechos humanos. Existe pues un considerable volumen de literatura y jurisprudencia sobre la materia⁵.

- 1 En este mismo sentido se ha manifestado reiteradamente la Corte Constitucional Colombiana. Al respecto pueden consultarse, entre otras, las sentencias T-609/92, T-080/93, T-332/93, T-488/93, T-602/95, T-472/96, T-706/96, T-066/98 de la Corte. Conviene aclarar que las decisiones de ese tribunal son básicamente de dos tipos: las sentencias de constitucionalidad, o de control abstracto de las leyes, cuya numeración se inicia con una "C", y las decisiones de tutela, el nombre que se ha asignado en Colombia al recurso de amparo o de protección, que son aquéllas que se inician con una "T". Las sentencias de constitucionalidad son pronunciadas por la Sala Plena de la Corporación, integrada por nueve magistrados, mientras que, por lo regular, las sentencias de tutela son expedidas por las distintas Salas de Revisión existentes, integradas cada una de ellas por tres magistrados, salvo cuando se decide unificar la doctrina constitucional en tutela, caso en el cual conoce también la Sala Plena. En esos eventos, las sentencias se denominan "SU". Las sentencias de esta Corte Constitucional se identifican entonces por tres elementos: el encabezado, ("C", "T" o "SU") que indica el tipo de proceso y decisión; un primer número, que corresponde al orden secuencial en un año determinado; y un segundo número, que especifica el año. Así, la sentencia T-002/92 es la segunda sentencia emitida por la Corte en 1992, y corresponde a una tutela, decidida en una Sala de Revisión de tres magistrados.
- 2 Cfr. entre otras, la sentencia T-706/96.
- 3 Cfr. entre otras, la sentencia T-066/98.
- 4 Cfr. entre otras, la sentencia T-697/96.
- 5 Así, para citar sólo algunos ejemplos, los tribunales constitucionales alemán y español, la Corte Suprema de los Estados Unidos y de Argentina, la Corte Europea de Derechos Humanos y la Comisión Interamericana han resuelto numerosos casos ligados con la libertad de expresión. Eso explica también que la literatura jurídica en este campo sea bastante amplia. En español véase, por ejemplo, el trabajo pionero de Novoa Monreal, Eduardo, *Derecho a la vida privada y libertad de información. Un conflicto*

En el contexto descrito, debe reconocerse que la finalidad de este artículo no puede ser sistematizar o analizar la muy vasta literatura constitucional sobre el contenido y los límites de la libertad de expresión. Nuestra finalidad es más modesta. Pretendemos simplemente resumir y estudiar —en perspectiva comparada— la jurisprudencia elaborada en los últimos años por la Corte Constitucional de Colombia, con el fin de evaluar sus potencialidades y limitaciones para el desarrollo de la democracia colombiana.

Para adelantar ese análisis, tomamos dos determinaciones metodológicas. En primer lugar, consideramos que, en lo posible, era interesante comparar la doctrina de la Corte Constitucional colombiana con los desarrollos judiciales de otros tribunales constitucionales, en un ejercicio de lo que podríamos denominar “jurisprudencia constitucional comparada”. Obviamente reconocemos que esa pretensión es muy ambiciosa, pues no es fácil conocer adecuadamente los matices de los desarrollos jurisprudenciales de otros países. A pesar de ello, hemos asumido ese riesgo, por cuanto estamos convencidos de que la perspectiva comparada es fructífera en el campo de los derechos fundamentales, puesto que, a pesar de la diversidad de regímenes constitucionales, los dilemas que plantean estos derechos son muchas veces similares. En consecuencia, la comparación de las decisiones de los distintos tribunales sobre asuntos semejantes permite comprender mejor las tensiones normativas que suscitan estos derechos. A partir de esta perspectiva la reflexión académica no sólo gana en profundidad sino que, además, puede contribuir creativamente al propio desarrollo jurisprudencial, al mostrar las soluciones alternativas que existen a un determinado interrogante constitucional.

En segundo lugar, hemos optado por estudiar exclusivamente una de las varias dimensiones de lo que genéricamente se denomina libertad de expresión e información. En efecto, en general, la mencionada libertad incluye, cuando menos, dos aspectos: (1) la facultad de expresar opiniones e ideas, y (2) la libertad de hacer circular y recibir información. Estas dos dimensiones, pese a estar estrechamente relacionadas, tienen alcance y contenido diversos y, en consecuencia, merecen ser estudiadas de forma independiente⁶. El presente artículo se

de derechos, Siglo XXI, Bogotá, 1981. Véase igualmente Salvador Coderch, Pablo (ed.), *El mercado de las ideas*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1990; García San Miguel, Luis (ed.), *Estudios sobre el derecho a la intimidad*, Tecnos, Madrid, 1992; Martínez de Pisón Cavero, José, *El derecho a la intimidad en la jurisprudencia constitucional*, Civitas, Madrid, 1993; Muñoz Machado, Santiago, *Libertad de Prensa y Procesos por Difamación*, Ariel, Madrid, 1988. Para el caso colombiano, véase Cepeda, Manuel José, *Los derechos fundamentales en la Constitución de 1991*, Temis, Bogotá, 1992, capítulos VI, XI y XII. Para el caso estadounidense, véase Tribe, Laurence, *American Constitutional Law* (2 Ed.), The Foundation Press, New York, 1998, cap. 12, pp. 785 y ss. Para el desarrollo en el derecho anglosajón, véase Marshall, Geoffrey, *Teoría Constitucional*, Espasa-Calpe, Madrid, 1982, capítulo VIII. Para el caso alemán, véase Kommers, Donald P., *The constitutional jurisprudence of the Federal Republic of Germany*, Duke University Press, Durham, 1989.

6 Sobre la diferencia entre la libertad de expresión y la libertad de información, la Corte Constitucional colombiana ha indicado: “El artículo 20 de la Constitución acoge una diferenciación, que es aceptada en la doctrina y la jurisprudencia de otros países, y que es importante de atender cuando se trata sobre la actividad que realizan los medios de comunicación. Así, mientras que, por un lado, el artículo esta-

centra, casi exclusivamente, en los problemas que plantea la libertad de información, sobre todo en relación con los medios masivos de información, aunque no excluye referencias tangenciales a otras dimensiones de la libertad de expresión. Este énfasis se explica no sólo por obvias limitaciones de tiempo y espacio, que obligan a focalizar el análisis, sino además porque creemos que los problemas más urgentes en nuestros países se relacionan con el manejo de la información en los medios de comunicación. Adicionalmente, dado que este artículo busca profundizar el estudio de las decisiones constitucionales, el tema de la libertad informativa resulta mucho más atractivo, puesto que la jurisprudencia colombiana es más compleja y rica en este campo.

El artículo comienza por presentar el contenido general de la libertad de información conforme a la jurisprudencia colombiana (I), para luego analizar la manera como la Corte Constitucional ha resuelto las tensiones de este derecho con otros valores constitucionales, en particular con la intimidad y el buen nombre (II). A partir de lo anterior, se adelanta una primera comparación con otras jurisprudencias constitucionales, en especial la alemana y la estadounidense (III). El análisis comparado permite establecer unas primeras conclusiones sobre la relación que existe entre la manera como los tribunales constitucionales de los distintos Estados resuelven los conflictos que suscita la libertad de información y los conceptos de democracia que subyacen a esas organizaciones políticas (IV). El examen de los vínculos entre los conceptos de democracia y el alcance constitucional de la libertad de información conduce a repensar las bondades y límites de la célebre metáfora del juez estadounidense, Oliver Holmes, sobre el “libre mercado de las ideas” como fundamento de la protección constitucional a la libertad de expresión. A nuestro juicio, esta concepción de Holmes, y que informa la primera parte del artículo, resulta excesivamente individualista y “liberal” y, en consecuencia, es insuficiente para entender la verdadera importancia de la libertad de información en las complejas sociedades contemporáneas. En consecuencia, en la última parte de este documento intentamos avanzar en la búsqueda de lo que podría denominarse un “mercado equitativo —y no sólo libre— de las ideas”, como fundamento de una democracia realmente deliberante. En esta parte del artículo, se examina entonces la jurisprudencia colombiana referida a la regulación pública o privada del manejo de las in-

blece la libertad de expresar y difundir los propios pensamientos y opiniones, por el otro se señala que existe libertad para informar y recibir información veraz e imparcial. La primera libertad se refiere al derecho de todas las personas de comunicar sus concepciones e ideas, mientras que la segunda se aplica al derecho de informar y de ser informado sobre los hechos o sucesos cotidianos. Las dos libertades reciben un trato distinto: así, mientras que la libertad de expresión *prima facie* no conoce límites, la libertad de informar está atada constitucionalmente a dos condiciones, a saber: la veracidad y la imparcialidad. La explicación del desigual tratamiento de estas dos libertades salta a la vista: en una sociedad democrática y liberal no se puede impedir que cada cual tenga y exponga sus propias opiniones, pero algo diferente es que exponga hechos que no corresponden a la realidad o que suministren una versión sesgada de ella, induciendo así a engaño a los receptores de información”. Sentencia T-066/98. En el mismo sentido, pueden consultarse, entre otras, las sentencias T-332/93, T-552/95, T-602/95, y T-472/96.

formaciones en búsqueda de un “mercado más equitativo de las ideas” (V), para extraer, finalmente, las conclusiones de rigor (VI).

Esto significa que el texto tiene dos ejes y avanza, por utilizar una metáfora musical, en dos compases. El primero, constituye una reflexión sobre temas clásicos del derecho y la jurisprudencia constitucional (el libre mercado de las ideas y las tensiones entre la libertad de información y otros valores constitucionales), mientras que el segundo compás, intenta estudiar una cuestión que, hasta donde conocemos, ha sido menos explorada: ¿cuál puede ser el papel de la justicia constitucional en el desarrollo de una deliberación democrática más vigorosa y equitativa?

I. El contenido general del derecho a la información en la jurisprudencia constitucional colombiana

El derecho a la información se encuentra consagrado en el artículo 20 de la Constitución colombiana que establece, en cabeza de toda persona, la libertad de informar y recibir información veraz e imparcial. Adicionalmente, garantiza el derecho a fundar medios masivos de comunicación, los que se consideran, al mismo tiempo, libres pero responsables socialmente. Por último, el artículo 20 prohíbe la censura⁷.

a) El ámbito constitucional protegido

En criterio de la Corte Constitucional, el bien jurídico tutelado por el derecho a la información no es exclusiva ni prioritariamente, el derecho subjetivo del comunicador a transmitir una determinada información. Lo que se protege mediante este derecho, es que el proceso de comunicación de la información sea verdaderamente libre, pluralista e igualitario. En efecto, la Corte Constitucional ha considerado que la existencia de un mercado de ideas, caracterizado por una prensa libre, es condición de posibilidad de los restantes derechos y libertades fundamentales⁸.

7 El artículo 20 de la Constitución Política de Colombia establece: “Se garantiza a toda persona la libertad de expresar y difundir su pensamiento y opiniones, la de informar y recibir información veraz e imparcial, y la de fundar medios masivos de comunicación. Estos son libres y tienen responsabilidad social. Se garantiza el derecho a la rectificación en condiciones de equidad. No habrá censura.”

8 A este respecto, la sentencia T-066/98 de la Corte Constitucional colombiana señala: “una prensa libre contribuye a informar y formar a los ciudadanos; sirve de vehículo para la realización de los debates sobre los temas que inquietan a la sociedad; ayuda de manera decisiva a la formación de la opinión pública; actúa como instancia de control sobre los poderes públicos y privados, etc. Además, la libertad de prensa es fundamental para el ejercicio pleno del derecho al libre desarrollo de la personalidad, pues para que una persona pueda definir y seguir de manera apropiada la orientación que le desea dar a su existencia es necesario que tenga la posibilidad de conocer distintas formas de concebir la vida y de comunicar su propia opción vital”. En el mismo sentido, entre otras, véase la sentencia T-609/92.

Pese a que la libertad de información tiene una eficacia privilegiada en el proceso de comunicación de masas, lo cierto es que la jurisprudencia constitucional ha entendido que este derecho despliega su fuerza vinculante en todos los ámbitos en los cuales es necesario proteger la libre comunicación de la información. En consecuencia, son titulares de esta libertad todas las personas que pretendan transmitir informaciones en foros más o menos públicos y frente a audiencias más o menos limitadas, pese a que no se sirvan de la intermediación de los medios masivos de comunicación, ni actúen en calidad de periodistas⁹.

Ahora bien, para la Corte Constitucional, la libertad de información es un derecho de “doble vía”, que garantiza tanto el derecho a informar como a recibir información adecuada y oportuna¹⁰. A su turno, el derecho a informar parte de la protección de otros derechos, como el derecho de acceso a la información pública —también llamado derecho de petición¹¹—, la libertad de expresión¹², la prohibición de la censura previa¹³, el derecho a fundar medios de comunicación¹⁴, la reserva de la fuente¹⁵ y, en general, la existencia de condiciones estructurales y operativas necesarias para que el mercado de las ideas resulte igualitario, libre y pluralista. Por su parte, el derecho a recibir oportuna y adecuada información, supone la interdicción de la arbitrariedad en el proceso comunicativo¹⁶, la protección del pluralismo

9 La Corte Constitucional ha tenido oportunidad de pronunciarse sobre la eficacia del derecho a la libre información en el ámbito académico (SU-667/98); religioso (T-263/98); informático (SU-082/95); económico (T-368/98); carcelario (T-706/96), entre otros.

10 La jurisprudencia de la Corte ha sostenido reiteradamente esta tesis desde la sentencia T-512/92. Al respecto, en la sentencia T-332/93, la Corte indicó: “Recuérdese, sin embargo, que el derecho a la información es de doble vía, característica trascendental cuando se trata de definir su exacto alcance: no cobija únicamente a quien informa (sujeto activo) sino que cubre también a los receptores del mensaje informativo (sujetos pasivos), quienes pueden y deben reclamar de aquel, con fundamento en la misma garantía constitucional, una cierta calidad de la información. Esta debe ser, siguiendo el mandato de la misma norma que reconoce el derecho, “veraz e imparcial”. Significa ello que no se tiene simplemente un derecho a informar, pues el Constituyente ha calificado ese derecho definiendo cuál es el tipo de información que protege. Vale decir, la que se suministra desbordando los enunciados límites —que son implícitos y esenciales al derecho garantizado— realiza antivalores (falsedad, parcialidad) y, por ende, no goza de protección jurídica; al contrario, tiene que ser sancionada y rechazada porque así lo impone un recto entendimiento de la preceptiva constitucional”.

11 El artículo 23 de la Constitución colombiana señala que: “toda persona tiene derecho a presentar peticiones respetuosas a las autoridades por motivos de interés general o particular y a obtener pronta resolución. El legislador podrá reglamentar su ejercicio ante organizaciones privadas para garantizar los derechos fundamentales”.

12 Cfr. entre otras, la sentencia SU-056/95.

13 *Ibidem*.

14 Cfr. entre otras, la sentencia T-081/93.

15 Cfr. entre otras, la sentencia C-038/96.

16 Cfr. entre otras, la sentencia T-706/96.

17 *Ibidem*.

informativo¹⁷ y la obligación que se impone a la fuente o al locutor, de comunicar información veraz e imparcial¹⁸.

De las anteriores prescripciones, la Corte ha derivado varias consecuencias importantes. En primer lugar, la jurisprudencia¹⁹ ha entendido que toda reglamentación sustantiva de la libertad de información debe originarse en una ley estatutaria, es decir, en una ley sometida a procedimientos y mayorías especiales destinados a garantizar un mayor consenso social²⁰. En segundo término, la Corporación ha señalado que la intervención pública en el proceso de comunicación de masas debe provenir, en principio y salvo circunstancias verdaderamente excepcionales²¹, de autoridades imparciales, autónomas e independientes, como la Comisión Nacional de Televisión²² o los jueces de la república²³.

Sin embargo, la libertad de información no sólo reporta a su titular un conjunto de herramientas de defensa contra injerencias arbitrarias. Adicionalmente, este derecho apareja una serie de obligaciones que se desprenden del propio texto constitucional. En efecto, el ejercicio de la libertad de información debe realizarse conforme a dos principios esenciales, que limitan internamente el alcance de este derecho: el principio de veracidad y el principio de imparcialidad.

b) La “veracidad” como límite interno a la libertad de informar

La Corte Constitucional ha señalado que el derecho a recibir información veraz constituye un límite inquebrantable del derecho a informar. En estas condiciones, resulta fundamental establecer el contenido del principio de veracidad, pues de ello dependerá la responsabilidad social que puede hacerse exigible a quien ha transmitido una información falsa o inexacta. Según esa Corporación, la veracidad de una información hace referencia a hechos o a enun-

18 Sobre los conceptos de veracidad e imparcialidad volverá más adelante el presente documento. Sin embargo, al respecto pueden consultarse las sentencias T-512/92; T-603/92; T-609/92; T-050/93; T080/93; T-066/98.

19 Cfr. entre otras, la sentencia C-425/94.

20 Conforme al artículo 153 de la Constitución, la aprobación, modificación o derogación de las leyes estatutarias no sólo exige la mayoría absoluta de los miembros del Congreso, sino que su constitucionalidad debe ser automáticamente revisada por la Corte Constitucional.

21 Mediante la sentencia C-425/94 la Corte declaró inexecutable —por razones de competencia— una norma legal que prohibía difundir ciertas informaciones relativas al conflicto armado, sin previa autorización del Ministerio de Comunicaciones. Sin embargo, esa corporación ha aceptado restricciones a la libertad de información originadas en decisiones del ejecutivo con ocasión de decretos expedidos en estados de excepción. Al respecto puede consultarse la sentencia C-033/94.

22 La Comisión Nacional de Televisión es un órgano autónomo al que compete el manejo de la televisión. Posteriormente analizaremos más en detalle su impacto sobre la libertad de expresión en Colombia.

23 Esta intervención judicial en los medios de comunicación ha suscitado una fuerte polémica en la comunidad de periodistas y comunicadores. Al respecto pueden consultarse Herrán, María Teresa, *Tutela, Periodismo y Medios de Comunicación*, TM Editores, Fescol, Bogotá, 1993 y Villarraga, María Eugenia et al., *La Tutela en los Medios de Comunicación*, CPB, Bogotá, 1995.

ciados de carácter fáctico, que pueden ser verificados, por lo cual no cubre las opiniones²⁴. No obstante, la jurisprudencia ha comprendido que, en muchos eventos, no resulta fácil definir si una información respeta el principio de veracidad, pues puede referirse a hechos difíciles de comprobar o fundarse en fuentes que merezcan la más alta credibilidad del medio pese a que, finalmente, resulten equivocadas. A este respecto, la Jurisprudencia ha señalado:

Ahora bien, la definición en cada caso concreto de lo que es veraz puede arrojar muchas dificultades. Aún cuando en algunas situaciones se podrá concluir fácilmente que una información no es veraz, en un buen número de casos pueden existir diferentes apreciaciones sobre una noticia. Pero más aún, en muchos eventos puede ser imposible para el informador determinar con precisión si el hecho que llega a su conocimiento es absolutamente cierto o no. Si en este último caso se aplicara una noción absolutamente estricta de veracidad se podría paralizar la actividad investigativa de los medios de comunicación, con lo cual se afectaría en forma fundamental su labor de control de las instancias de poder.

Por ello, lo que cabe concluir es que la aplicación del principio de veracidad difiere según la situación de que se trate. Así, si bien en algunos casos se puede ser muy estricto en la exigencia de la verdad —puesto que se advierte que lo publicado difiere notoriamente de los hechos reales, como ocurre, por ejemplo, cuando un medio manifiesta que sus afirmaciones se fundamentan en documentos emitidos por una entidad determinada, y ésta demuestra que sus escritos expresaban todo lo contrario²⁵—, en otros casos lo que se puede exigir es que el medio precise su información —cuando, por ejemplo, la información suministrada en sí misma es cierta, pero hace caso omiso de algunos elementos, cuya presencia le otorga un cariz completamente distinto a la noticia²⁶—, y en otros, en los que es imposible determinar la total veracidad de un suceso, que el medio demuestre que ha sido suficientemente diligente en la búsqueda de la verdad²⁷.

En suma, vulnera el principio de veracidad el dato fáctico que es contrario a la realidad, siempre que la información se hubiere publicado por negligencia o imprudencia del emisor. Así por ejemplo, no es veraz la información según la cual una persona tiene antecedentes penales o se encuentra vinculada a actividades ilícitas, cuando las autoridades competentes certifican los hechos contrarios. En este sentido, la Corte encontró que existía vulneración del principio de veracidad al referirse a una persona que estaba siendo penalmente juzgada como autora del crimen respectivo (T-512/92); en el mismo sentido, la Corporación señaló que había transgredido el principio de veracidad el periodista que se refirió a una serie de grupos defensores de derechos humanos, como organizaciones simpatizantes de grupos al margen

24 Sentencia T-080/93. En el mismo sentido, véanse sentencias T-603/92; T-609/92; T-074/95.

25 Una situación semejante es tratada en la sentencia T-472/96.

26 Así ocurrió en la situación de hecho que se debate en la sentencia T-080/93.

27 Sentencia T-066/98.

de la ley (T-050/93) o que identificó a una persona como colaboradora de los carteles de la droga, sin que existiera un solo elemento en el cual basar la referida información (T563/93).

Sin embargo, si se trata de hechos que no pueden ser fácilmente comprobados por el emisor, viola el principio de veracidad el locutor que los presenta como hechos ciertos o definitivos. En este mismo sentido, la Corte Constitucional ha afirmado que es inexacta y, en consecuencia, contraria al principio de veracidad, la información que, en realidad, responde simplemente a un juicio de valor u opinión del emisor, cuando es presentada como un hecho cierto e indiscutible. La jurisprudencia colombiana ha indicado que el medio que no diferencia entre los hechos verdaderos y los juicios de valor que tales hechos merecen a los comunicadores, vulnera el principio de veracidad²⁸. Por último, la Corte ha considerado que vulnera el principio de veracidad la “noticia” o el “titular” que, pese a ser literalmente cierto, es presentado de manera tal que induce al lector a conclusiones falsas o erróneas²⁹.

c) La “imparcialidad” como segunda limitación interna

Pero no basta con que la información sea veraz —en los términos antes mencionados— para que pueda afirmarse que queda cobijada por la garantía consagrada en el artículo 20 de la Carta. Adicionalmente, para que una publicación pueda oponerse a las pretensiones de terceros presuntamente afectados, se requiere que satisfaga los imperativos del principio de imparcialidad.

28 Así, en la sentencia T-080/93 dijo la Corte: “Esta exigencia no significa, como podría pensarse en un primer momento, la anulación del derecho del medio de comunicación a expresar su opinión sobre los hechos informados. Su finalidad va encaminada a establecer en los noticieros o programas cuyo objeto principal sea informar al público sobre el acontecer nacional o mundial, una clara distinción entre lo que es un hecho y la opinión que dicho hecho suscita para los propietarios o editores del medio masivo de comunicación. Lo anterior es una garantía del público en general con miras a que la información no se gobierne exclusivamente con patrones puramente comerciales ni se suministre en forma de “mercancía”, lista para consumir, sino mediante la presentación de la mayor cantidad de elementos de juicio que le permita adoptar una posición crítica y enriquecida, y de esta forma pueda contribuir eficazmente a la controversia democrática. Una información parcial, que no diferencia entre hechos y opiniones en la presentación de la noticia, subestima al público receptor, no brinda la posibilidad a los lectores u oyentes para escoger y enjuiciar libremente, y adquiere los visos de una actitud autoritaria, todo lo cual es contrario a la función social que cumplen los medios de comunicación para la libre formación de la opinión pública”. En el mismo sentido, puede consultarse la sentencia T-066/98.

29 Al respecto puede consultarse la sentencia T-259/94, mediante la cual la Corte Constitucional consideró que una publicación había vulnerado el principio de veracidad, por cuanto el titular de la información inducía al lector a una conclusión falsa o, al menos, altamente especulativa. Así, el cadáver de un joven fue encontrado semidesnudo en la parte trasera de un camión, y un periódico tituló la noticia, en la primera página: “Tanga mortal”. La Corte concluyó que si bien los hechos narrados eran ciertos, el titular y la manera como se presentó la información daban a entender que detrás del acontecimiento luctuoso estaba un comportamiento indebido e inmoral de la propia víctima, lo cual era una mera especulación periodística, por lo cual la información no era veraz y afectaba el derecho al buen nombre del occiso.

Según la Corte Constitucional, la imparcialidad, a diferencia del principio de veracidad, “envuelve una dimensión interpretativa de los hechos, la cual incluye elementos valorativos y está a mitad de camino entre el hecho y la opinión”. En consecuencia, la jurisprudencia ha advertido que “una rigurosa teoría general y abstracta sobre la interpretación haría imposible exigir la presentación imparcial de un hecho, ya que toda interpretación tendría algo de subjetiva. El Constituyente no quiso llegar hasta este extremo, y optó por vincular la exigencia de imparcialidad de la información al derecho del público a formarse libremente una opinión, esto es, a no recibir una versión unilateral, acabada y “pre-valorada” de los hechos que le impida deliberar y tomar posiciones a partir de puntos de vista contrarios, expuestos objetivamente”³⁰.

En suma, de acuerdo con el principio de imparcialidad, los periodistas están obligados a establecer cierta distancia crítica respecto de sus fuentes, pues la aceptación irreflexiva de todas sus afirmaciones puede comprometer su responsabilidad. A juicio de la Corte, la información suministrada, cuando ello sea posible, debe ser confirmada o, al menos, contrastada con la información que, sobre los mismos hechos, suministren expertos en la materia, cuando no la parte directamente implicada. Igualmente, la Corte ha considerado que el comunicador debe “cuestionar sus propias impresiones y preconceptos, con miras a evitar que sus preferencias y prejuicios afecten su percepción de los hechos”³¹. Siguiendo la tesis expuesta, la Corte Constitucional encontró que una revista que había publicado información contenida en un documento no oficial del Ejército, en el que se sindicaba —sin ninguna prueba— a ciertos servidores públicos de ser auxiliares de grupos al margen de la ley, sin asumir una posición crítica respecto de la fuente, ni solicitar la opinión de las personas involucradas o de expertos en el tema, vulneró el principio de imparcialidad y lesionó los derechos fundamentales de las personas involucradas. Al respecto dijo la Corte:

Así las cosas, se impone la conclusión de que la revista *Semana* actuó en forma ligera e imprudente al publicar el artículo sobre los alcaldes, en la medida en que no buscó establecer la veracidad de los datos contenidos en el documento de inteligencia, para poder presentar un informe completo e imparcial sobre el tema. En efecto, tal como lo señalan los expertos que conceptuaron dentro del proceso, la revista, al observar que en el documento se hacían graves incriminaciones, sin ningún fundamento probatorio, antes de proceder a la publicación tendría que haber intentado oír la versión, bien de los mismos alcaldes involucrados —o de algunos de ellos, en razón de su gran número—, bien de la Federación Colombiana de Municipios —o de otro organismo que pudiera haber hablado en nombre de los alcaldes—, o bien de personas conocedoras del tema. Repárese que la misma publicación era consciente de que, a pesar de la gravedad de las acusaciones en él contenidas, las mismas eran tratadas con mucha ligereza. En efecto, en el artículo

30 Sentencia T-080/93.

31 Sentencia T-066 de 1998.

se manifiesta que “el que los alcaldes del país tengan estrechos vínculos con los alzados en armas es un tema muy delicado y por ello es indispensable que las autoridades tengan pruebas a la mano, más que indicios, para que la Fiscalía pueda llegar al fondo de las investigaciones”. En presencia de esta afirmación no es comprensible que la revista hubiera pasado a publicar el informe, sin intentar corroborar o contrastar las afirmaciones en él contenidas (Sentencia T-066/98).

d) El derecho fundamental a la rectificación en condiciones de equidad

Una consecuencia natural de los anteriores principios es el derecho de rectificación, pues si el medio de comunicación publica una información falsa, errónea o parcializada, a partir de lo cual lesiona los derechos fundamentales de una tercera persona, esta última tiene derecho fundamental a solicitar la corrección de la información, en condiciones de equidad. Según la Corte Constitucional, la posibilidad de exigir la rectificación es “un derecho de la misma naturaleza fundamental del que tiene el sujeto activo a informar y de los derechos a la honra y al buen nombre que por su conducto se protegen”³². En consecuencia, no puede oponerse a este derecho la especial prevalencia de la libertad de prensa, pues la misma constituye, justamente, un límite a dicha libertad.

La rectificación en condiciones de equidad exige, según la jurisprudencia, que se satisfagan dos condiciones esenciales. En primer lugar, que la rectificación —o aclaración— tenga un “despliegue informativo equivalente”³³ al que tuvo la noticia inicial. Adicionalmente, que el medio de comunicación reconozca, expresamente, que se equivocó. En criterio de la Corte, “para que la rectificación se acomode a los postulados constitucionales, el medio de comunicación debe reconocer plenamente que incurrió en un error o en una falsedad”³⁴.

Ahora bien, en cuanto a la primera cuestión mencionada, es importante advertir que la equivalencia no supone, necesariamente, que tanto la noticia como su posterior corrección deban aparecer, exactamente, en el mismo espacio³⁵. Tampoco es necesario que tengan la misma extensión o duración. Lo que sí resulta fundamental es que la rectificación o aclaración de la información falsa o parcializada constituya un verdadero remedio a la vulneración de los derechos de la persona concernida, y, para ello, será necesario que tengan, al menos, igual despliegue e importancia. En palabras de la Corte, “de lo que se trata es de que el lector pueda identificar con facilidad la relación existente entre la rectificación y el artículo enmendado”³⁶.

32 Sentencia T-074/95. Adicionalmente pueden consultarse las sentencias T-472/96, T-479/93 y T066/98.

33 Sentencia T-066/98.

34 T-472/96. Véase también las providencias T-595/93, T-259/94, T-381/94, T-74/95 y T-066/98.

35 Al respecto puede consultarse la sentencia T-404/96 mediante la cual la Corte Constitucional entendió que satisfacía el derecho fundamental de rectificación en condiciones de equidad sobre la publicación de la rectificación en un espacio distinto al ocupado por la noticia original, bajo el argumento de que se trataba de un lugar de mayor relevancia e impacto que aquel ocupado por la información original.

36 Sentencia T-066/98.

Por último, resulta relevante señalar que, según la Corte, si bien los jueces pueden definir los criterios que han de guiar a una publicación a la hora de efectuar la rectificación o aclaración de una noticia, no están, sin embargo, autorizados para redactar directamente el texto de la mencionada rectificación³⁷.

II. La ponderación del derecho a la libertad informativa con otros derechos o bienes constitucionalmente protegidos

En el derecho constitucional contemporáneo, los derechos fundamentales tienen usualmente estructura de principios —o estándares de actuación— y no de reglas³⁸, por lo cual, la determinación del alcance práctico de una libertad supone no sólo definir el ámbito de conducta protegida, y los límites internos que tiene el derecho, que serían en este caso la veracidad e imparcialidad de la información, sino que incluye, necesariamente, la definición de los criterios de ponderación que deben ser utilizados para resolver los eventuales conflictos con otros valores constitucionales. En efecto, dado que la libertad de información debe armonizarse con los restantes derechos y libertades fundamentales, resulta esencial —a fin de evitar restricciones arbitrarias— que se defina el mapa de limitaciones recíprocas, acorde con criterios objetivos, homogéneos y universales, coherentes con el sistema axiológico establecido en la Constitución³⁹. Esto explica que la Corte Constitucional haya precisado que la libertad de información no encuentra únicamente las limitaciones internas que le impone el respeto por los principios de veracidad e imparcialidad, sino que debe también ponderarse con otros derechos o bienes constitucionales, lo que ha tenido como resultado, la limitación externa de aquella en nombre de estos. Resulta entonces importante hacer un breve recuento sobre algunos aspectos de dicha jurisprudencia. Por razones de espacio, luego de brevemente presentar las principales tensiones analizadas por la Corte, nuestro análisis se limitará a uno de los conflictos clásicos que plantea la libertad de información: sus tensiones con los derechos a la intimidad y al buen nombre.

a) Breve reseña de las tensiones suscitadas por la libertad informativa

La Corte Constitucional ha abordado numerosas cuestiones relacionadas con el ejercicio de la libertad de expresión e información. Así por ejemplo, la Corporación se ha pronunciado,

37 Sentencia T-369/93.

38 Respecto de la terminología utilizada y, en particular, sobre la clasificación de las normas constitucionales según su estructura en reglas o principios, cfr. Alexy, Robert, *Teoría de los Derechos Fundamentales*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1993. Véase igualmente, *infra* punto IV a), en donde analizamos la problemática de la “ponderación”.

39 Sobre la necesidad de elaborar criterios universales y homogéneos de ponderación de los derechos fundamentales, pueden consultarse, entre otras, las sentencias C-578/95 y C-475/97 de la Corte Constitucional colombiana.

entre otros, sobre los alcances de la libertad de información en las relaciones de especial sujeción con el Estado (T-706/96); respecto a la libertad de información frente a la moralidad pública y, en particular, frente a los derechos de los menores (T-321/93 y T-479/93); sobre la libertad de información y el derecho a la propia imagen (T-090/96); en cuanto a la tensión entre libertad de información y debido proceso (T-512/92); sobre la relación entre el ejercicio de la libertad de información y los derechos políticos (C-488 de 1993 y C-089 de 1994)⁴⁰. Finalmente, es importante señalar que la Corte ha establecido criterios para resolver los eventuales conflictos entre el orden público y la libertad de información (C-033/93 y C586/95).

Sobre esta última cuestión resulta relevante señalar que la Corte Constitucional ha aceptado algunas restricciones a la libertad de prensa o de información, en aras de la defensa del orden público cuando quiera que se verifique una amenaza grave e inminente o para evitar la comisión de ilícitos. Sin embargo, la Corporación ha considerado que toda restricción debe respetar el núcleo esencial de derecho a la libertad informativa⁴¹ y, en consecuencia, no puede estar enderezada a evitar que se conozca una determinada información sino a regular las circunstancias de la publicación. Así por ejemplo, al evaluar la constitucionalidad o exequibilidad de una disposición expedida en uso de las facultades excepcionales durante el Estado de Comoción Interior, y según la cual, no era posible divulgar, por la radio o la televisión, entrevistas de miembros activos de organizaciones guerrilleras, terroristas o vinculadas al narcotráfico (art. 3 del Decreto 1812 de 1992), la Corte consideró que la norma debía ser entendida en el sentido de que “no se permite divulgar entrevistas de miembros activos de organizaciones guerrilleras, terroristas o vinculadas al Narcotráfico”, pero sí se permite informar acerca del hecho noticioso como tal, despojado de toda apología del delito (C-033/93).

En el mismo sentido la Corte declaró exequible una disposición legal que prohibía la utilización de lenguaje “cifrado o ininteligible” en la comunicación por intermedio de teléfonos celulares o radioteléfonos. Para la Corte esta regulación resultaba adecuada en la medida en que no restringía el contenido de la información, sino la manera como ésta debía ser transmitida (C-586/95).

No obstante lo anterior, la Corte ha defendido el derecho a la información frente a los bienes eventualmente tutelados por la reserva de ciertas informaciones públicas. En efecto, la Corporación ha aceptado que la reserva de ciertos documentos públicos no es aplicable a los medios de comunicación, sino a los servidores oficiales encargados de mantener el sigilo. A juicio de la Corte, en principio, una vez el medio de comunicación ha conocido cierta

40 Sobre este tema, véase *infra* punto V de este artículo.

41 En general, la Corte Constitucional ha tendido a adoptar una teoría absoluta del núcleo esencial, al cual ha caracterizado como “el ámbito necesario e irreducible de conducta que el derecho protege, con independencia de las modalidades que asuma el derecho o de las formas en que se manifieste. Es el núcleo básico del derecho fundamental, no susceptible de interpretación o de opinión sometida a la dinámica de coyunturas o ideas políticas”. Véase, entre otras, la sentencia C-033/93 y T-425/93.

información que, en virtud de la ley, tiene carácter de reservada y pese a que su publicación pueda afectar el orden público, el medio tiene derecho a publicarla siempre que respete los postulados de veracidad e imparcialidad (T-066/98).

Ahora bien, como se anunció desde el inicio de este documento, parece claro que uno de los problemas jurídicos más recurrentes y difíciles que plantea la libertad de información es su tensión con derechos personalísimos, como la intimidad o el buen nombre. La evolución de la jurisprudencia constitucional colombiana en la materia es significativa, tanto por sus aciertos como por sus hesitaciones, por lo cual conviene resumirla brevemente.

b) De la prevalencia absoluta de los derechos personalísimos a la especial prelación del derecho a la información

El primer caso relevante que resolvió la Corte sobre las tensiones entre intimidad y derecho a la información se relacionó con el hábeas data, pues se originó en una tutela interpuesta por una persona que había incumplido una obligación financiera, que había sido declarada prescrita. Sin embargo, figuraba en los bancos de datos de la Asociación Bancaria, como deudor moroso, y sus solicitudes para ser retirado de esas listas fueron desatendidas. En la correspondiente decisión, la Corte tuteló el derecho del actor a la intimidad, y ordenó que su nombre fuera eliminado de esas bases de datos (T-414/92). El tribunal, luego de señalar que la dignidad humana es el principio supremo de la Constitución colombiana, estableció una suerte de superioridad jerárquica de la intimidad sobre el derecho a la información, pues afirmó que “en casos de conflicto insoluble entre ambos, esta Sala no vacila en reconocer la prevalencia del derecho a la intimidad sobre el derecho a la información”, preeminencia que, según la sentencia, “es consecuencia necesaria de la consagración de la dignidad humana como principio fundamental y valor esencial”, por cuanto la intimidad es un “elemento esencial de la personalidad y como tal tiene una conexión inescindible con la dignidad humana”⁴².

Posteriormente, la Corte modificó la anterior tesis sobre la circulación del dato financiero en bases de datos pues consideró que ésta no viola la intimidad ya que no se trata de una información que interese exclusivamente al deudor⁴³, pero lo cierto es que la sentencia

42 Sentencia T-414/92.

43 Este giro de la jurisprudencia se originó en la sentencia SU-089/95. El cambio de doctrina sobre hábeas data en materia financiera no significó empero una desprotección constitucional del individuo frente a las bases de datos bancarias, pues la Corte mantuvo, invocando el derecho al buen nombre, la posibilidad de que las personas corrigieran los datos incompletos o inexactos. Además, según la sentencia, el cliente debe expresamente autorizar la circulación de la información financiera y, después de un tiempo, los datos de incumplimientos antiguos caducan y deben ser retirados de la base de datos. Aunque la jurisprudencia mantiene entonces muchos mecanismos de defensa del individuo frente a ese terrible poder privado, que son las bases de datos financieras, este cambio jurisprudencial es conceptualmente bastante discutible, pues no es claro que el amparo al buen nombre implique un derecho al olvido, ni se entiende por qué deben las personas autorizar la circulación de un dato que no

T-414/92 tendió a crear una línea jurisprudencial, según la cual, si se llegaba a afectar la intimidad, este derecho tendría prelación respecto del derecho a la información. Esa concepción, desarrollada inicialmente en el marco del hábeas data, y en relación con el dato financiero, fue rápidamente proyectada al manejo de la información por los medios de comunicación.

Así, pocas semanas después, la Corte conoció de una tutela interpuesta por el apoderado de un presunto narcotraficante, contra una serie de medios de comunicación que le adjudicaban a su cliente conductas criminales respecto de las cuales no había sido condenado (T-512/92). A parte de la reivindicación de los derechos al debido proceso y al buen nombre de las personas sindicadas o no condenadas, la sentencia referida tendió a reiterar la prevalencia de la intimidad frente al derecho a la información. A este respecto, indicó que “los medios de comunicación no pueden invocar el derecho a la información para invadir la esfera inalienable de las situaciones y circunstancias que son del exclusivo interés de la persona y de sus allegados, pues ese reducto íntimo hace parte de la necesaria privacidad a la que todo individuo y toda unidad familiar tienen derecho”⁴⁴. Según la sentencia, este derecho es “oponible a terceros considerados de manera individual y con mucha mayor razón a los medios masivos, ya que éstos, por la misma función que cumplen, están en capacidad de hacer público lo que de suyo tiene el carácter de reservado por no ser de interés colectivo”⁴⁵.

Poco después, la Corte nuevamente reafirmó la prevalencia de la intimidad, en un caso relacionado con el seguimiento que hicieron los medios de comunicación del asesinato de un muy conocido cantante (T-611/92). La viuda, en su nombre y en el de sus hijas, interpuso tutela contra varios periódicos, pues consideró que habían violado su intimidad, al revelar ciertos datos de la vida sentimental del artista. En esa decisión, y después de una vigorosa defensa del derecho a la intimidad, entendido como la garantía de que los eventos acaecidos en el ámbito privado de la actora y de su familia no pueden ser objeto de dominio público, la Corte confirió en el caso prelación a la protección a la intimidad sobre la libertad de información, fundándose nuevamente en la doctrina desarrollada en la citada sentencia T-411/92. Según la Corte, si bien la noticia interesaba a la comunidad, no podía la prensa invadir la órbita privada de las personas, ni ingresar al ámbito hogareño, salvo consentimiento expreso de los protagonistas, por lo cual, había existido una violación al derecho “que tiene la familia a tramitar los asuntos que sólo a ella incumben, libre del asedio periodístico y del comentario público”. Y esta prevalencia de la intimidad se mantenía, a pesar de que se trataba de un conocido cantante, pues la restricción de la vida privada de las personas “con notoriedad pública, no puede ser absoluta, ya que ni ellas ni sus familias pueden

es íntimo. Según nuestro parecer, la Corte debió mantener el análisis como un conflicto entre intimidad y derecho a la información; sin embargo, por limitaciones de espacio no podemos analizar en detalle esta problemática.

44 Sentencia T-512/92.

45 *Ibidem*.

renunciar ni los medios de comunicación están legitimados para exigirles que renuncien *in abstracto* a la garantía que les ofrece, en consideración a su dignidad, la Carta Política⁴⁶.

Con criterios similares, la Corte Constitucional prohibió la circulación de un libro que divulgaba informaciones sobre un divorcio, en el cual se habían presentado graves desavenencias entre los cónyuges, por cuanto consideró que la publicación era una intromisión en la vida privada familiar que, además, podía fuertemente afectar el libre desarrollo de los niños (T-293/94). Según la sentencia: “quien informa o se expresa tiene unos límites”, y por ende, “cuando esos límites son traspasados, deja de estar en el ejercicio de un derecho para ubicarse en el terreno inconstitucional de la transgresión de otros derechos que está obligado a respetar”, por lo cual es válido prohibir “la circulación del escrito o impreso que probadamente atenta contra derechos fundamentales de personas en concreto, sin que ello pueda considerarse censura sino apenas el natural cumplimiento de los mandatos constitucionales en lo que atañe al adecuado equilibrio entre deberes y derechos”⁴⁷.

La prevalencia de ciertos derechos personalísimos, frente a la libertad de información, encuentra, a nuestro parecer, una expresión extrema en la sentencia T-696 de 1996. En esa ocasión, y durante el juicio al presidente de la República, Ernesto Samper Pizano, por presunta infiltración de dineros del narcotráfico en la campaña electoral, la Corte consideró que la televisión había violado la intimidad y la inviolabilidad de la correspondencia del abogado del Presidente. A juicio de la Sala de Tutela encargada de decidir el caso, la violación tenía como causa la divulgación del texto de una nota manuscrita, casualmente captada por una cámara de televisión, que, en pleno debate en el recinto del Congreso, el abogado había escrito en dirección al parlamentario que estaba encargado de adelantar la investigación contra el primer mandatario. La Sala de Tutela respectiva, invocando nuevamente la tantas veces mencionada regla de ponderación establecida en la citada sentencia T-414/92, según la cual, dado un conflicto irresoluble entre la intimidad y la libertad informativa, prevalece la primera, asimiló el escrito del abogado a una correspondencia personal, y concluyó que el derecho a la información no legitimaba esa injerencia en la privacidad del abogado.

Esa decisión es particularmente discutible, pues los medios estaban transmitiendo información sobre un personaje público; adquirida casualmente y sin ningún artificio; en relación con un asunto público; de un hecho que había ocurrido en el Congreso, que es el recinto público por excelencia de la democracia. Además, el interés de los medios era legítimo, pues simplemente trataban de determinar si existían o no arreglos y componendas entre el Presidente y sus jueces, en un asunto de particular trascendencia para el país. Finalmente, no se trataba de una nota entre el abogado y su cliente sino entre el abogado y el investigador judicial, comunicación que no tiene ningún privilegio constitucional. Por ende, un escrito que una persona circula en esas condiciones, difícilmente puede ser asimilado a una forma privada de comunicación. La Corte tiene razón en que una comunicación íntima

46 Sentencia T-611/92.

47 Sentencia 293/94.

no deja de ser una “correspondencia” por el solo hecho de que se refiera a temas públicos, los cuales pueden tratarse, como dice la sentencia, “en la más confidencial de las formas”, por lo cual, en estos casos, es esencial tomar en cuenta si el remitente deseaba o no dar a la publicidad la información. Y es indudable que el abogado del Presidente no quería, en ese caso, que el escrito se conociera. Pero la sentencia minimiza el hecho de que el contenido del mensaje se refería directamente al juicio, y que el abogado escribió el escrito durante un debate en el Congreso, esto es, en un foro público por excelencia, con el pleno conocimiento de que existían cámaras que estaban filmando los hechos.

Las anteriores sentencias podrían llevar a concluir que la jurisprudencia colombiana ha tendido a conferir una prevalencia al derecho a la intimidad cuando entra en colisión con el derecho a la información, por lo cual ha admitido importantes restricciones a este último, con el fin de proteger la intimidad de las personas. Sin embargo, el asunto no es totalmente claro, por cuanto en otras ocasiones, la Corte ha desarrollado criterios un poco diversos, que conviene reseñar.

En efecto, en múltiples decisiones⁴⁸ la jurisprudencia constitucional ha sostenido que la libertad de expresión goza de una especial prevalencia constitucional, en la medida en que es condición esencial para el disfrute de los restantes derechos fundamentales y presupuesto del proceso democrático. El aserto anterior, implica que, en caso de conflicto, el derecho a la libertad de información deba tener una primacía frente a otros valores constitucionales. En este sentido, en la sentencia T-609/92, dijo la Corte:

La libertad de prensa como es conocida de modo especial, consiste en el derecho fundamental para publicar y difundir las ideas por cualquier medio gráfico y es una de las características de todo régimen democrático puesto que propicia el pluralismo político e ideológico; su finalidad más trascendental es la de permitir que exista un espacio propicio para controlar los actos de los gobernantes y para indicar derroteros a los asociados, todo lo cual en principio le da a ella en el cuadro de regulaciones constitucionales una posición preferente ante los poderes públicos y ante otros derechos fundamentales autodisponibles. (El subrayado es nuestro.)

En resumen, desde una perspectiva formal —atendiendo a las manifestaciones de principio que se efectúan en las sentencias—, para la Corte Constitucional la procura de la dignidad, por medio de garantizar un ámbito de intimidad, y la defensa del sistema de gobierno democrático, mediante la protección de la libertad de información, constituyen conjuntamente propósitos constitucionales prioritarios. Sin embargo, en la práctica, al decidir casos concretos, la Corte tendió, al menos en sus primeros tres años de actividades, a dar preferencia al derecho a la intimidad. Por sólo citar un ejemplo, en la sentencia T-

48 Véase, entre otras, las sentencias T-609/92, T-048/93, T-080/93, T-609/93, T-602/95, T-472/96 o T706/96.

609/92 antes mencionada, a pesar de que la Corte señala la posición preferente de la libertad de expresión, concluye que unas caricaturas y fotomontajes realizados para criticar a una funcionaria pública, por presuntas irregularidades en su gestión, eran lesivas de su dignidad, y “no se compadecen con el ejercicio de la libertad de prensa, ni con la libertad de expresión en medios masivos de comunicación, los que por mandato constitucional tienen responsabilidad social”⁴⁹.

Pese a lo anterior, en la jurisprudencia constitucional proferida en los últimos años, la Corte ha pasado de proclamar formalmente la especial preferencia de la libertad de información a aplicar este criterio para la resolución de casos concretos. En efecto, a partir de mediados de la década del noventa, la Corporación fue inaugurando nuevos criterios en virtud de los cuales se reconoce, primero tímidamente y luego de manera vigorosa, la verdadera prelación de la libertad de información.

Una sentencia muy significativa, por el cambio que implica, es la SU-056/95. En la mencionada decisión, la Corte tuvo que estudiar el conflicto suscitado por la publicación de un libro denominado “La Bruja, coca, política y demonio”, que narraba acontecimientos sucedidos en un municipio colombiano y relacionados con posibles vínculos ente el narcotráfico y la brujería. Algunos habitantes del lugar en el que ocurrieron los hechos narrados en el libro, consideraron que se había violado su derecho a la intimidad y al buen nombre, por cuanto se divulgaban, sin su consentimiento, hechos que, en algunos casos eran falsos, y que en otros eran privados, dado que no revestían interés general alguno. Los jueces de instancia ampararon los derechos de los peticionarios y prohibieron la publicación del libro, hasta tanto el autor corrigiera los hechos falsos y suprimiera las referencias íntimas. Sin embargo, la Corte revocó las sentencias de instancia, y autorizó el libro, básicamente con dos argumentos.

De un lado, el tribunal insistió en que se trataba de una obra, que si bien se basaba en hechos reales, tenía una vocación literaria, por lo cual gozaba de una cierta “intangibilidad”. A juicio de la Corporación, los jueces no pueden ordenar a un autor que altere, modifique o suprima pasajes de una obra literaria, pues de otra manera se produciría una “afrenta a los derechos y a la creación intelectual del autor” y convertiría a los jueces en críticos de la creación intelectual y artística, función que desde ningún punto de vista les corresponde.

De otro lado, a pesar de que el libro hacía afirmaciones presuntamente injuriosas, las mismas no lesionaban el derecho a la intimidad de las personas concernidas, ya que el periodista se había limitado a reproducir lo que era de “conocimiento popular” en la zona. El autor no había entonces invadido la privacidad de esas personas, para obtener información reservada, ya que se trataba de “personas cuyas actuaciones son del dominio público del

49 Sentencia T-609/92. Conviene comparar esta decisión, con los criterios desarrollados por la jurisprudencia estadounidense sobre la legitimidad de la sátira, como forma de crítica política. Véase *infra* III, y en especial el caso *Hustler Magazine Inc. v. Falwell* de 1988.

medio en donde ocurrieron los hechos”, por lo cual, “el concepto de vida privada con respecto a ellas se relativiza y se integra al de la vida pública”.

A pesar de que la Corte sostuvo que esa decisión no implicaba una modificación de los criterios jurisprudenciales previos sobre la prevalencia del derecho a la intimidad, es obvio que existen variaciones significativas, y que esta sentencia tiende a ampliar la libertad informativa, en detrimento del ámbito protegido de la privacidad. En efecto, según esta decisión, si una persona ha permitido que una actividad suya sea conocida en una determinada esfera —como, por ejemplo, una localidad—, un periodista puede divulgarla, sin su autorización, en un ámbito mucho mayor —como un país—, por cuanto la información ya ha dejado de ser totalmente reservada. En esta ocasión, la Corte no entró a estudiar si el individuo sólo quería que su comportamiento se conociera estrictamente en el ámbito local, o en ciertas esferas sociales determinadas, por cuanto asumió que lo que es conocido por algunos puede ser conocido por todos. Esta tesis, junto con la idea de la “intangibilidad” de la obra artística, permite concluir que en esta oportunidad, la Corte no confirió prevalencia al derecho a la intimidad sino a la libertad de expresión.

En otra ocasión, la Corte estableció que la exigencia de la tarjeta de periodista para poder ejercer esa profesión violaba la libertad de expresión (C-087/98). En esta oportunidad, la Corporación reconoció abiertamente el carácter prevalente de la libertad de informar, incluso minimizando los riesgos que la divulgación de informaciones puede implicar para otros bienes, derechos o intereses constitucionales, como los derechos a la intimidad o al honor.

En nuestro criterio, la decisión adoptada en la sentencia anterior es correcta, pues como también lo mostró la Corte Interamericana en la opinión consultiva OC-05, la exigencia de colegiatura obligatoria o de tarjeta profesional para ser periodista limita desproporcionadamente la libertad de expresión y de información, por lo cual es inconstitucional y contraria a la Convención Interamericana. Sin embargo, algunos apartes de la argumentación de la Corte en la sentencia C-087/98 tienden a basarse en una defensa absolutista de la libertad de expresión e información. Según esta argumentación, todos los riesgos que puede aparejar el ejercicio de las mencionadas libertades son ajenos al funcionamiento de la democracia, por lo cual no parece posible, desde la democracia, establecer límites a dicho ejercicio. En este sentido, la sentencia afirma que, en una democracia, las libertades de expresión e información —que la sentencia trata de manera idéntica— no pueden ser restringidas por sus eventuales riesgos pues “no tiene sentido, desde un punto de vista intrasistemático, preguntar si un régimen democrático puede mantenerse como tal, renunciando a postulados que le son inherentes” ya que eso sería “algo así como proponer que la trigonometría (por definición la ciencia del triángulo), cambiara de objeto, manteniéndose como tal, en vista de las dificultades que el triángulo plantea”. Concluye entonces la sentencia afirmando que “entre el eventual daño social que pudiera seguirse de una información inadecuada, consecuencia de la libertad de informar, y la restricción general de ésta para precaverlo, la sociedad democrática prefiere afrontar el riesgo del primero”.

La anterior argumentación puede ser admisible en relación con la expresión de opiniones, que en principio no debe tener restricciones⁵⁰, pero sin lugar a dudas es contraria a la doctrina desarrollada en las otras sentencias de la Corte Constitucional que hemos presentado, en donde precisamente ese tribunal ha admitido restricciones a la libertad informativa, a fin de asegurar no sólo la “imparcialidad” y “veracidad” de la información, sino también para proteger otros valores constitucionales, como el derecho a la intimidad.

Pero quizá la decisión más importante sobre la tensión entre derechos personalísimos —como la intimidad, la honra y el buen nombre—, y el derecho fundamental a la libertad de información es la contenida en la sentencia T-066 de 1998⁵¹. Por intermedio de la mencionada decisión, la Corte reconoció, expresamente, que ante un conflicto entre el derecho a la información y los derechos a la honra, el buen nombre y la intimidad, en el caso de las personas y los hechos de importancia públicos, predomina *prima facie* el primero. Al respecto, dijo la Corte:

En estos eventos, el derecho de información debe ser preferido, en principio, en razón del papel de control del poder que se asigna socialmente a los medios de comunicación. Del reconocimiento de que los medios cumplen en este campo una función importantísima para la vigencia del sistema democrático se deriva que ellos deben gozar de amplia libertad en la tarea de supervisión de las entidades estatales y de los poderes privados. Si se impusieran fuertes restricciones sobre la prensa en estas áreas se perjudicaría en medida notable su capacidad de vigilancia sobre el correcto desempeño de estos poderes. No desconoce la Corte que la referida amplitud de la libertad de prensa en estos campos puede llegar a afectar los derechos de las personas que se desempeñan en posiciones de notoriedad e interés público. No obstante, en principio habrá de responderse que estas per-

50 Incluso este tema no es tan pacífico, como lo muestran los “discursos de odio”, en donde una persona, por ejemplo, presenta opiniones abiertamente racistas, los cuales plantean complejos problemas en las democracias ya que implican una difícil tensión entre igualdad y libertad de expresión. En efecto, si todas las personas tienen derecho a no ser discriminados por razón de raza, ¿debe constitucionalmente protegerse un discurso racista? ¿O esas expresiones no ameritan protección constitucional y pueden, e incluso deben ser sancionadas? Esta tensión aparece clara incluso en los pactos de derechos humanos. Así, la Convención Interamericana consagra en el artículo 13 la libertad de expresión e información, y prohíbe toda censura, pero ese mismo artículo parece legitimar la sanción e interdicción del “discurso de odio”, pues el literal 5º establece que “estará prohibida por la ley toda propaganda en favor de la guerra y toda apología del odio nacional, racial o religioso que constituyan incitaciones a la violencia o cualquier otra acción ilegal similar contra cualquier persona o grupo de personas, por ningún motivo, inclusive los de raza, color, religión, idioma u origen nacional”. Para el desarrollo de ese complejo debate en los Estados Unidos, véase Savage, David, “Hate Speech, Hate Crimes and the First Amendment”, en Smolla, Rodney A. (ed.), *A year in the life of the Supreme Court*, Duke University Press, Durham, 1995, pp. 181 y ss.

51 Por su importancia, la precitada decisión será objeto de un análisis más detallado en una parte posterior de este documento.

sonas, al aceptar su situación social, han consentido tácitamente en una cierta restricción de esos derechos. En efecto, su papel de figuras públicas los convierte en objeto del interés general, por lo cual es de esperar que tanto sus actividades públicas como su vida privada sean observadas de manera minuciosa por parte de la sociedad⁵².

La evolución de la jurisprudencia constitucional colombiana muestra que, a pesar de sus logros, la Corte Constitucional ha tenido titubeos en la elaboración de una doctrina consistente en la resolución de las tensiones entre libertad de información, intimidad y buen nombre. Estas dudas son naturales, no sólo por la complejidad del tema sino, además, porque, a nivel comparado, las soluciones constitucionales no son unívocas. Y, efectivamente consideramos que en este punto, un ejercicio de “jurisprudencia comparada” resulta particularmente instructivo para ilustrar las tensiones y dificultades que plantea la libertad de información en una democracia.

III. Una comparación instructiva: la jurisprudencia alemana y estadounidense sobre intimidad, honor y libertad de expresión

Sintetizada la jurisprudencia constitucional colombiana en materia de libertad informativa y sus tensiones con otros derechos fundamentales, consideramos importante presentar una reseña de los criterios elaborados en otras latitudes sobre la misma cuestión. A nuestro juicio, en el campo de los derechos fundamentales, la perspectiva comparada es particularmente importante. En efecto, dada la similitud de los dilemas que surgen a raíz del ejercicio de estos derechos, la comparación de las decisiones de los distintos tribunales no sólo sirve para ilustrar las diversas tensiones normativas, sino para mostrar las soluciones alternativas que se han procurado y para abrir espacios de reflexión que contribuyan al desarrollo jurisprudencial y doctrinal en nuestros países.

Para elaborar este estudio, hemos seleccionado la jurisprudencia del Tribunal Constitucional alemán y de la Corte Suprema de los Estados Unidos de América. Esta opción se debe, no sólo a la amplia tradición de los mencionados tribunales sino y, particularmente, a que cada uno de ellos representa un paradigma democrático relativamente diverso, lo que se traduce en la elaboración de criterios distintos para la solución de casos similares. En la parte que sigue de este documento se sintetizan algunos de los criterios elaborados por la jurisprudencia alemana y estadounidense, haciendo particular énfasis en sus diferencias y similitudes, para concluir con un breve estudio de la jurisprudencia colombiana en perspectiva comparada.

52 Sentencia T-066/98.

Una de las decisiones más importantes de la jurisprudencia alemana es el caso Lebach de 1973⁵³. En el mencionado fallo, el tribunal constitucional alemán enfrentó el siguiente problema: una cadena televisiva pensaba efectuar la emisión de una película en la cual se informaba sobre el crimen de cuatro soldados ocurrido unos cuantos años antes. Una persona que había sido condenada como cómplice en ese crimen, y que iba a salir libre algunos meses después, consideró que esa película, en la cual se mencionaba su nombre y aparecía su fotografía, desconocía su intimidad y afectaba su proceso de resocialización, por lo cual interpuso el correspondiente recurso judicial. El tribunal prohibió entonces el programa de televisión, pues consideró que en este caso primaban los derechos de la persona ya que se trataba de la repetición de una información de un delito grave, sobre el cual ya no existía un interés actual de información, y que la emisión efectivamente podría afectar la resocialización del condenado.

Igualmente, en el caso Mephisto de 1971, el tribunal alemán tuvo que analizar si violaba o no la intimidad que una casa editorial reeditara el libro de Klaus Mann, *Mephisto*, que se refiere a la carrera del entonces ya fallecido director teatral Gustav Grudgens, a quien el escritor consideraba el prototipo del traidor, por cuanto había abandonado todas sus convicciones liberales a fin de congraciarse con los jefes nazis⁵⁴. El fallo del Tribunal Constitucional protegió la dignidad y el buen nombre de los herederos de Grudgens, por lo cual admitió que la prohibición del libro era legítima, y ello a pesar de que Grudgens había sido un personaje público, ya que llegó a ser un actor supremamente conocido durante el Tercer Reich. Según ese tribunal, no es posible que la Ley Fundamental, que hace de la dignidad su valor supremo, permita que una persona sea degradada o menospreciada, incluso después de fallecida, pues la dignidad no cesa con la muerte, por lo cual no era admisible que bajo el pretexto de una obra de arte, la memoria de una persona pudiera ser afectada⁵⁵.

En cambio, en Estados Unidos, los jueces, en casos similares, han llegado a conclusiones opuestas⁵⁶. Para empezar, en general en ese país se presume que es inconstitucional toda intervención estatal, ya sea administrativa o judicial, que impida la publicación de cualquier información u opinión, por lo cual estas restricciones previas a la libertad de expresión están excluidas, salvo casos excepcionales relacionados con la seguridad nacional⁵⁷. Es entonces

53 Para un interesante análisis del fundamento argumentativo de este fallo, véase Alexy, Robert, *op. cit.*, pp. 95 y ss, y pp. 164 y ss. Véase igualmente Kommers, Donald P., *op. cit.*, pp. 414 y ss.

54 Véase Kommers, Donald P., *op. cit.*, pp. 309 y ss.

55 *Ibidem*, p. 428.

56 Para una presentación de algunos de los casos más relevantes de la jurisprudencia estadounidense en relación con la libertad de expresión, véase Salvador Coderch, Pablo (ed.), *El mercado de las ideas*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1990, pp. 253 y ss, y pp. 309 y ss. Igualmente véase Wolfe, Christopher, *La transformación de la interpretación constitucional*, Civitas, Madrid, 1991, pp. 249 y ss, y 339 y ss. También Stone, Geoffrey et al., *Constitutional Law* (3 Ed), Little, Brown and Company, Boston, 1996, pp. 1073 y ss. Y Tribe, Lawrence, *American Constitutional Law*, (2 Ed), 1988.

57 Véase el caso Near v. Minnesota de 1931, en donde la Corte señaló que sólo un riesgo inminente de grandes proporciones podría justificar una censura de esa naturaleza. Con un criterio similar, en el lla-

casi imposible que en Estados Unidos un tribunal prohíba en forma previa una publicación para proteger el derecho a la intimidad o al honor de una persona. Estos conflictos se han resuelto entonces cuando la justicia civil o penal ha tenido que determinar, con posterioridad a la publicación, si hubo o no calumnias y difamaciones, a fin de establecer las correspondientes penas e indemnizaciones. E incluso en relación con las eventuales sanciones posteriores, la jurisprudencia ha tendido a proteger al máximo la libertad de expresión, como lo veremos a continuación.

Por ejemplo, en el fallo *Sidis* de 1940, la Corte Suprema de Nueva York estudió el caso de una persona, Sidis, que había sido un niño prodigio en 1910, y había entonces adquirido notoriedad pública, pero quiso abandonar esa fama, por lo cual se retiró a un empleo poco conocido. En 1937, un periódico lo volvió a la mirada pública pues, sin su consentimiento, narró su historia y los detalles de su vida actual, un poco tortuosa, con lo cual Sidis perdió todos sus esfuerzos por volver al anonimato. El afectado demandó entonces al periódico por difamación, pero perdió el caso, porque la Corte Suprema de Nueva York consideró que el interés del público en los problemas de los personajes notorios era legítimo, por lo cual no se podía prohibir la publicación de esa información. El supuesto de la argumentación de ese tribunal era entonces que quien había sido un personaje público, quedaba entonces sujeto a que mucho tiempo después se revelaran detalles, incluso deshonrosos, de su vida privada, con lo cual no sólo se establecía la imposibilidad de dejar de ser objeto de las miradas ajenas, sino que prácticamente se daba razón al exagerado aforismo según el cual, las personas públicas no tienen vida privada, como contrapartida a que las personas privadas no tienen vida pública.

Igualmente, en el caso *New York Times v. Sullivan* de 1964, la Corte Suprema Federal negó que un servidor público pudiera obtener una indemnización por afirmaciones que un medio de información hubiera hecho sobre su conducta oficial, incluso si éstas eran inexac-

mado caso sobre los papeles del Pentágono de 1971, la Corte negó una petición del gobierno de que se prohibiera la publicación por unos diarios de documentos sobre la guerra del Vietnam, que podrían comprometer los esfuerzos bélicos y diplomáticos de los Estados Unidos pues, según la opinión mayoritaria, el daño producido, si bien era probable, no era inminente. Esto no quiere decir, obviamente, que la Corte Suprema haya sido siempre una gloriosa defensora de la libertad de expresión, pues en muchas ocasiones admitió que amenazas muy hipotéticas justificaran graves restricciones a esta libertad. Así, en *Abrams v. United States* de 1919, con el voto disidente de Holmes y Brandeis, ese tribunal admitió que se condenara a varios años de prisión por conspiración a unos inmigrantes rusos, cuyo único delito fue distribuir unos panfletos en donde llamaban a una huelga general contra la participación de Estados Unidos en la Primera Guerra Mundial, pues consideraban que era un intento por acabar la Revolución Rusa. Igualmente, durante la época del macartismo, la Corte admitió, en *Dennis v. United States* de 1951, con el valeroso voto disidente de Black y Douglas, que se condenara a varios años de prisión a los líderes del partido comunista, por cuanto éstos defendían el derrocamiento del gobierno de los Estados Unidos. Lo más grave fue que el tribunal admitió la condena, a pesar de que no existía ninguna prueba de que los acusados hubieran realizado alguna actividad práctica encaminada a lograr sus objetivos.

tas, salvo si probaba, con claridad convincente (“convincing clarity”⁵⁸), que la publicación se efectuó con dolo o real mala intención (“actual malice”), esto es, agrega la sentencia, “con pleno conocimiento de que la información era falsa o con imprudente negligencia (“reckless disregard”) sobre su veracidad”. Es pues supremamente difícil para un funcionario público en Estados Unidos obtener una indemnización por una publicación relativa a sus funciones, pues la exigencia probatoria establecida por la Corte Suprema equivale, según muchos comentaristas, a una cuasi inmunidad de los medios en estos casos. Luego ese tribunal extendió esa protección de la libertad de expresión en relación con todas las figuras públicas⁵⁹, y estableció explícitamente que estas personas no podían tampoco obtener ninguna indemnización por burlas o sátiras que se hicieran en contra de ellas, incluso habiendo habido mala intención de parte de los caricaturistas. Así, Larry Flint, editor de la revista pornográfica *Hustler*, publicó una sátira contra Jerry Falwell, un reverendo nacionalmente conocido en los Estados Unidos⁶⁰. La revista retrató al reverendo como un hipócrita alcohólico que había tenido relaciones sexuales con su madre, pero aclaraba que se trataba de una parodia. Falwell obtuvo en una corte estatal una indemnización por los daños emocionales que le causó la publicación, pero la Corte Suprema revocó la decisión y absolvió a Flint, pues consideró que la sátira, que por esencia es burlona y unilateral, es un elemento esencial del lenguaje político. Según la sentencia, si bien algunos podrían considerar malintencionada esa sátira, no por ello dejaba de estar garantizada constitucionalmente pues, como lo había señalado esa Corte en el fallo *Garrison* de 1964: “la protección de la primera enmienda recae incluso sobre quienes hablan o escriben motivados por odio o por mala intención”.

La Corte Suprema incluso extendió las exigencias probatorias de “*New York Times v. Sullivan*” de real mala intención (*actual malice*) a las publicaciones sobre personas privadas, si se trataba de un asunto de “interés público o general”. Por ejemplo, en *Rosembloom v. Metro-media* de 1971, la Corte aplicó ese estándar a un caso en el que la persona no era un personaje conocido, ni un funcionario público, pues consideró que existía un interés de la prensa justificado en la información, el cual prevalecía sobre la intimidad o el honor del afectado.

Como vemos, si bien los casos alemanes y estadounidenses no son idénticos, son semejantes en aspectos centrales y, a pesar de ello, las soluciones son diferentes. Así el tribunal alemán prohíbe, en forma previa, un libro sobre un personaje voluntariamente público (como el actor Grudgens) o una emisión en televisión sobre alguien que se vio involucrado en asuntos delictivos sobre los cuales en general se admite que la sociedad tiene derecho a estar informada (en el caso *Lebach*), por cuanto concluye que ya no hay un interés real que justifique una divulgación informativa que lesiona a los afectados. En cambio en Estados

58 Esto significa una carga probatoria grande para el servidor público, pues si bien la Corte no impone el criterio extremo de los casos criminales (evidencia más allá de toda duda razonable), sí establece una exigencia más importante que en los casos civiles ordinarios, en donde basta la evidencia preponderante, esto es, que haya más elementos probatorios en favor de las tesis del actor que en contra de ellas.

59 Véase los casos de 1967: *Curtis Publishing Co v. Butts* y *Associated Press v. Walker*.

60 Véase el caso *Hustler Magazine Inc. v. Falwell* de 1988, relatado en la película de Larry Flint.

Unidos no sólo se admiten publicaciones y emisiones similares, pues toda acción gubernamental destinada a evitar, en forma previa, la emisión de una información o una opinión se presume inconstitucional, sino que, para una figura pública resulta incluso muy difícil obtener indemnizaciones por difamación con posterioridad a las publicaciones, ya que las exigencias probatorias sobre mala intención son muy difíciles de cumplir.

La diferencia de criterios entre el Tribunal Constitucional alemán y la Corte Suprema de los Estados Unidos no es excepcional sino que parece expresar una diversa valoración de los elementos en conflicto por parte de estos tribunales. En Estados Unidos los jueces tienden a conferir una mayor importancia a la libertad de expresión, incluso a riesgo de afectar la intimidad y el honor de las personas. En cambio en Alemania, la práctica del tribunal constitucional parece responder a una tendencia contraria, esto es, a una maximización de la protección de la intimidad y la dignidad de las personas, incluso a riesgo de restringir la libertad de expresión y limitar el derecho a la información más allá de lo que un juez estadounidense consideraría admisible.

Estas diferencias son indudables pero no deben ser absolutizadas pues existen convergencias importantes en la doctrina constitucional de estos países. Así, es cierto que en Alemania la jurisprudencia confiere *prima facie* una protección preferente a la intimidad frente a la libertad de expresión. Sin embargo, esa prevalencia no es absoluta. En efecto, a pesar de que aparentemente establece que la dignidad —y la intimidad que le está asociada— siempre predominan cuando entran en conflicto con otros derechos o intereses constitucionales, lo cierto es que el tribunal constitucional alemán ha admitido que estos valores pueden ceder en determinados casos, que no son excepcionales. Para ello el tribunal ha distinguido entre aquellas situaciones en las que se afecta a la intimidad de una persona por desprecio hacia ella, de aquellas otras en las que esta injerencia no es motivada “por una desconsideración o subestimación de la persona humana”⁶¹, sino por razones esenciales para la protección de otros derechos y del propio orden constitucional. Así, la sentencia Lebach aclara que frente a un crimen actual, existe un legítimo derecho de la opinión a conocer los hechos, por lo cual, en general, no puede el delincuente invocar su intimidad para impedir una publicación sobre los acontecimientos, ya que en una democracia debe haber una amplia libertad de prensa para que exista una opinión pública informada. Lo que en ese caso específico justificaba la prohibición de la emisión era no sólo la ausencia de un verdadero interés general en la información, pues el delito había ocurrido varios años antes, sino, además, que la divulgación del programa podría tener efectos desproporcionados sobre la resocialización del condenado.

La jurisprudencia alemana ha distinguido además entre diversas esferas de la intimidad y la autonomía personales, de suerte que en ellas el grado de protección constitucional es diverso⁶². La esfera más íntima corresponde en general a los pensamientos o sentimientos

61 Véase al respecto Alexy, Robert, *op. cit.*, pp. 106 y ss.

62 Véase Salvador Cordech, Pablo, *op. cit.*, pp. 344 y ss. También Alexy, Robert, *op. cit.*, pp. 349 y ss, y Novoa Monreal, Eduardo, *op. cit.*, p. 47.

más personales que un individuo sólo ha expresado a través de medios muy confidenciales, como cartas o diarios estrictamente privados, y es según el tribunal constitucional un ámbito intangible de la dignidad humana. La garantía en este campo es casi absoluta, de suerte que sólo situaciones o intereses excepcionalmente importantes justifican una intromisión. Luego encontramos la esfera privada en sentido amplio, que corresponde a la vida en ámbitos usualmente considerados reservados, como la casa o el ambiente familiar de las personas, en donde también hay una intensa protección constitucional, pero hay mayores posibilidades de injerencia ajena legítima. Y, finalmente, el tribunal habla de la esfera social o individual de las personas, que corresponde a las características propias de una persona en sus relaciones de trabajo o públicas, en donde la protección constitucional a la intimidad y a la autonomía es mucho menor, aun cuando no desaparece, pues no se puede decir que se puede informar sobre todo lo que una persona hace por fuera de su casa, sin violar su intimidad.

La existencia de diversas esferas de intimidad explica entonces que en los ámbitos más públicos y políticos, en donde se debaten asuntos que interesan al conjunto de la ciudadanía, la protección a la libertad de expresión y de información es mucho mayor y tiende a predominar sobre los intereses privados, como lo muestra la sentencia Luth⁶³. Así, el señor Luth había pedido a los distribuidores y productores filmicos alemanes que boicotearan una película de un director llamado Harlan, que había realizado obras antisemitas durante el régimen nazi. La justicia civil ordenó a Luth que se abstuviera de continuar con esos llamados, o debería indemnizar los daños que pudiera ocasionar a los productores de la película, por lo cual Luth acudió al Tribunal Constitucional, el cual concluyó que la orden judicial había desconocido la libertad de expresión. Para el tribunal, la decisión de los jueces civiles era equivocada pues habían analizado el asunto como un conflicto puramente privado entre Luth y Harlan, con lo cual desconocieron que Luth no estaba defendiendo un interés particular sino que, con su petición de boicot, estaba tratando de influir en la opinión pública en un asunto de interés general, como es la relación de Alemania con su pasado nazi. Por ello, concluye la sentencia, cuando está en juego la formación de la opinión pública en un asunto que interesa a la comunidad, los intereses económicos individuales deben ceder a fin de permitir una amplia discusión pública en la materia. Y en tal debate, señala explícitamente el tribunal, “quien se sienta herido por la declaración de otra persona, puede replicar públicamente. La opinión pública, al igual que la opinión personal, se forma únicamente a través del conflicto de opiniones libremente expresadas”⁶⁴.

En otras decisiones, el Tribunal Constitucional alemán ha ido aún más lejos en la protección del libre debate político, pues ha admitido que expresiones en apariencia injuriosas que un representante de un partido efectúa contra otro partido en muchos casos son per-

63 Por ello este caso es considerado como uno de los antecedentes más importantes sobre el llamado efecto horizontal o frente a terceros de los derechos fundamentales, esto es, que tales derechos no sólo regulan la relación entre las autoridades y los ciudadanos, sino que también se proyectan a las relaciones entre los propios particulares.

64 Citado por Kommers, Donald P., *op. cit.*, p. 375.

fectamente admisibles, pues constituyen en realidad opiniones y no afirmaciones fácticas. Así, en una campaña política para el parlamento europeo, un candidato socialista calificó a la Unión Social Cristiana (USC) de Baviera como el “NPD de Europa”. Ahora bien, el NPD es un partido alemán de extrema derecha, considerado como “neonazi”. La USC acudió entonces a la justicia civil, que prohibió al candidato socialista volver a utilizar esa expresión contra la USC, pero el Tribunal Constitucional, en la decisión *Slur* de 1982⁶⁵, anuló el orden judicial por considerarla violatoria de la libertad de expresión. Según el tribunal, era claro que el candidato socialista estaba expresando en forma metafórica su punto de vista sobre la USC, por lo cual se trataba de una opinión que gozaba de protección constitucional. Además, agregó la sentencia, los jueces civiles no tuvieron en cuenta que las personas involucradas tenían carácter político, y “una persona que voluntariamente se expone a la crítica pública abandona parte de su esfera íntima protegida”, lo cual es aún más claro con los partidos políticos que están sujetos a “soportar incluso observaciones cáusticas consideradas con razón como injuriosas por cualquier partido democrático”.

Como vemos, la jurisprudencia alemana no anula la libertad informativa en función de la defensa de la dignidad, la intimidad y el honor de las personas, a pesar de que en principio confiere un mayor peso a estos últimos valores, prevalencia que sin embargo disminuye notablemente en el debate político. En ese mismo orden de ideas, en Estados Unidos, la protección preferente de la libertad de expresión no ha implicado tampoco la destrucción de la intimidad y del honor de las personas. Así, la Corte Suprema ha señalado que no todas las expresiones gozan de la misma protección constitucional⁶⁶ ya que, por ejemplo, ésta es máxima en relación con el debate político, menor en el caso del lenguaje comercial, en donde se admiten mayores restricciones, y no opera para determinados tipos de expresiones, como el lenguaje obsceno⁶⁷. Ahora bien, en relación con los problemas privados de personas privadas, la jurisprudencia estadounidense ha sido clara en señalar que no goza de protección constitucional una expresión difamatoria, esto es, la publicación de hechos relativos a una persona o grupo de personas, y que lesione su reputación y dignidad, ya sea porque se trate de hechos falsos —con lo cual se viola el derecho al honor—, o ya sea porque siendo verdaderos puedan constituir una intromisión a su intimidad⁶⁸. En estos casos, los tribunales han aceptado en muchos Estados —sin que la Corte Suprema se oponga por razones de constitucionalidad— las reglas sobre indemnización del *Common Law* que consagran prácticamente una responsabilidad objetiva, puesto que si el afectado muestra la naturaleza

65 *Ibidem*, pp. 389 y ss.

66 Ver del caso *Dun & Bradstreet, Inc. v. Greenmoss Builders* de 1985.

67 Sobre las mayores posibilidades de regulación de las expresiones comerciales, véase por ejemplo *Board of Trustees of State University of New York v. Fox* de 1989. Sobre la polémica ausencia de protección constitucional al lenguaje obsceno, véase *Roth v. United States* de 1957 y *Miller v. California* de 1973.

68 Una buena presentación de esta problemática en el derecho español y en Estados Unidos en Salvador Corderch, Pablo, *op. cit.*, pp. 19 y ss.

difamatoria de la publicación, corresponde a quien la publicó, si quiere escapar a la sanción, probar la veracidad de la información, o que no había habido invasión de la intimidad⁶⁹.

Igualmente, en el caso Gertz de 1974, la Corte modificó parcialmente su posición en relación con las personas privadas, y señaló que frente a ellas, incluso si el asunto es de interés público, la protección al honor y a la intimidad de la persona es mayor, por lo cual para obtener una indemnización el afectado no tiene que demostrar la clara mala intención (*actual malice*) de quien lo difamó, sino que le basta probar simple negligencia. Según la Corte, si bien el interés público puede justificar las informaciones sobre estos asuntos, las personas privadas son más vulnerables y tienen menor acceso a los medios para controvertir las declaraciones en su contra, todo lo cual justifica una mayor protección. Además, en relación con los personajes públicos, la jurisprudencia ha señalado que éstos conservan, aun cuando limitados, sus derechos a la intimidad y al honor, que gozan de una cierta protección judicial. Así, la tesis del caso Sidis de la Corte Suprema de Nueva York, según la cual un personaje que había adquirido notoriedad pública quedaba condenado a estar bajo las miradas ajenas, incluso muchos años después, no es aceptada por otros tribunales de ese país. Por ejemplo, la Corte Suprema de Mississippi, en forma que parece más razonable, estableció, en el caso Newson v. Henry de 1983, que una persona que ha sido figura pública puede, con el paso del tiempo, volver a ser un particular, al menos en relación con los hechos ocurridos una vez que ha abandonado el escenario público⁷⁰.

Finalmente, en varios casos, la Corte Suprema ha aceptado que se puede regular, en forma relativamente amplia, el contexto de tiempo, modo y lugar en el cual se puede ejercitar la libertad de expresión, siempre y cuando tales regulaciones de contexto o modales sean neutras frente al contenido de los discursos, ya que todos ellos son iguales ante la Constitución⁷¹. La Corte Suprema ha distinguido entonces entre distintos “foros” o espacios en donde las personas expresan sus ideas y hacen circular informaciones, ya que las posibilidades de reglamentación modal a la libertad de expresión son diversas según los ámbitos. Así, en los foros públicos, como las calles o los parques, el examen constitucional es más estricto, pues sólo es admisible aquella intervención que no sólo sea necesaria para la satisfacción de un interés estatal significativo, sino que además deje abiertos otros canales para la expresión

69 Véase, por ejemplo, el caso Dun & Bradstreet, Inc. v. Greenmoss Builders, Inc. de 1985, en el que la Corte Suprema consideró que un reporte erróneo sobre la quiebra de una persona efectuado por una agencia de crédito a cinco de sus suscriptores no era un asunto de interés público, por lo cual podía ser considerado como una difamación.

70 Véase Salvador Cordech, Pablo, *op. cit.*, p. 311.

71 Ver el caso Cohen v. California de 1971, en donde la Corte plantea la igualdad entre todos los discursos. El caso Police Department of Chicago v. Mosley de 1972 es un buen ejemplo de una regulación de contexto que no es neutral frente al contenido, y que por ende es inconstitucional. La Corte anuló una norma municipal que prohibía, durante las horas de clase, toda manifestación cerca de las instalaciones escolares, salvo aquellas relacionadas con disputas laborales en los colegios. Según la Corte, esta reglamentación no era neutral pues establecía cuáles asuntos podían ser discutidos en las instalaciones oficiales.

del discurso. En los foros semipúblicos, como las escuelas o las bibliotecas, las regulaciones pueden ser mayores, por lo cual el examen constitucional es menos intenso, y la Corte admite la constitucionalidad de restricciones que se encuentren razonablemente ligadas a la obtención de un interés estatal legítimo. Finalmente, en los foros privados, las regulaciones pueden ser muy amplias. Como vemos, esta distinción pretende, entre otras cosas, proteger la intimidad de las personas y de los hogares frente a las posibles injerencias de los discursos ajenos⁷².

Como vemos, el honor y la intimidad de las personas no están entonces siempre subordinados a las exigencias de la libertad informativa y de expresión, pues si bien es muy difícil en Estados Unidos obtener una orden judicial para impedir una publicación difamatoria —como sí ha sucedido en Alemania—, lo cierto es que la amenaza de cuantiosas indemnizaciones juega en ese país un efecto disuasivo considerable. Además, las regulaciones del contexto en que se emite un discurso también tienen como finalidad esencial la protección de la intimidad. Por ejemplo, en el caso *Frisby v. Schultz* de 1988, la Corte admitió que era constitucional que se prohibiera una manifestación de grupos antiabortistas en frente de la residencia de un médico que practicaba interrupciones de embarazo. Según la sentencia, si bien los andenes y las calles son “foros” públicos, la regulación era legítima para proteger la intimidad hogareña ya que los manifestantes mantenían a su disposición otros medios de protesta. Esto significa que en el derecho estadounidense, de todos modos la privacidad, la intimidad y el honor gozan de protección constitucional, por lo cual la libertad de expresión o el propio proceso político no pueden llegar a anularlos. Es más, en los años setenta, durante el inicio de la Corte Burger, el derecho a la privacidad, de creación jurisprudencial en el caso *Griswold* de 1964, adquiere una gran relevancia, pues es concebido no sólo como la protección de la intimidad en estricto sentido, esto es el derecho de una persona a estar sola y libre de miradas ajenas, sino incluso de la autonomía, esto es de la capacidad del individuo a tomar las decisiones esenciales sobre su propia vida. Así, en nombre de la privacidad, la Corte protegió, en el caso *Eisenstadt v. Baird* de 1972, el derecho a la autonomía reproductiva y, específicamente en el caso de la mujer, este criterio sirvió de sustento a la polémica decisión de *Roe v. Wade* de 1973, en donde se consagró el derecho de la mujer a abortar en el primer trimestre de embarazo. Esta importancia creciente de la privacidad explica entonces que, según algunos analistas, a partir de esa década, y en especial en los años ochenta, los jueces hayan admitido mayores limitaciones a la libertad de información⁷³.

A pesar de sus diferencias, las jurisprudencias de Estados Unidos y Alemania se asemejan en que, en vez de mecánicamente hacer triunfar en todos los casos uno de los derechos

72 La jurisprudencia sobre la regulación modal en los distintos foros es muy amplia. Véase, entre otras, las sentencias *Schneider v. State of New Jersey* de 1939, *Beard v. City of Alexandria* de 1951, *Flower v. United States* de 1972.

73 Véase Russ Mohl, Stephan, “Entrega de información medial a control remoto”, en Thesing, Josef y Wilhem Hofmeister (eds.), *Medios de comunicación, democracia y poder*, CIEDLA, Konrad Adenauer, Buenos Aires, 1995, pp. 116 y ss.

en conflicto, los dos sistemas judiciales han buscado la mayor coexistencia entre la libertad informativa, el honor y la intimidad, para lo cual han establecido una serie de distinciones jurisprudenciales —como la estadounidense entre personas públicas y privadas, o entre los diversos “foros”, y la alemana entre las distintas esferas de protección a la intimidad— que permiten armonizar esos valores, o en caso de conflictos irresolubles, evitan que se sacrifique en forma desproporcionada alguno de ellos en función de la preservación del otro. Para tal efecto, ambos tribunales han recurrido, en general, a una metodología común, a saber, la ponderación, el sopesamiento o el balanceo entre estos valores en conflicto, la cual ha sido objeto de intensas reflexiones y debates a nivel de la teoría de la interpretación constitucional⁷⁴. La idea central de esta forma de argumentación es que es necesario admitir la existencia de conflictos entre distintos derechos y principios constitucionales, pero que esas oposiciones no deben llevar a anular, a nivel abstracto, algunos de los derechos o de los principios, puesto que todos siguen siendo válidos e importantes para la preservación de la democracia, del pluralismo y la protección de la dignidad humana, por lo cual el llamado “contenido esencial” de los derechos concurrentes debe ser protegido⁷⁵. El juez debe entonces intentar resolver el caso, en lo posible, satisfaciendo las exigencias normativas derivadas de los derechos en conflicto, en virtud del llamado principio de armonización concreta o concordancia práctica⁷⁶, pero si ello no es posible, debe establecer, teniendo en cuenta las características del caso concreto, cuál derecho tiene precedencia sobre los otros. Por ejemplo, el tribunal puede concluir que en el caso específico confiere mayor peso a la intimidad que ha entrado en conflicto con la libertad informativa, y por ende prohíbe una determinada emisión televisiva o la publicación de un libro. Sin embargo, y eso es esencial, esa decisión no implica que siempre habrá prioridad de la intimidad sobre la información, pues en otro caso, el tribunal puede llegar a la solución contraria si concluye que las circunstancias específicas confieren mayor peso al derecho a la información. Se trata entonces, según la terminología de ciertos autores y de los

74 La bibliografía es muy extensa. Véase, entre otros, Alexy, Robert, op. cit., y Dworkin, Ronald, *Los derechos en serio*, Ariel, Barcelona, 1984.

75 La idea de “contenido esencial” de los derechos fundamentales fue desarrollada inicialmente por el Tribunal Constitucional alemán, lo cual es explicable, no sólo por la importancia de la dignidad humana en ese ordenamiento constitucional, sino además porque la Ley Fundamental de Bonn señala expresamente en su artículo 19 que en ningún caso se puede desconocer la esencia de ningún derecho fundamental. A pesar de que es una noción que suscita polémicas, pues existen diversas concepciones sobre su sentido y alcance (véase por ejemplo Pérez Luño, Antonio, *Derechos humanos, estado de derecho y constitución*, Tecnos, Madrid, 1995, pp. 312 y ss), lo cierto es que es una categoría de enorme éxito internacional, pues ha sido retomada por otras constituciones, como la española, y por otros tribunales, como la Corte Europea de Derechos Humanos o la Corte Constitucional colombiana. Ese prestigio tiene una explicación por la función que cumple esta noción, ya que en lo fundamental la protección del contenido esencial de los derechos permite la coexistencia de valores y principios potencialmente conflictivos.

76 Véase Hesse, Konrad, *Escritos de derecho constitucional*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1992, p. 45.

propios órganos judiciales, de una relación de preferencia condicionada, y no abstracta o absoluta⁷⁷, pues la decisión con base en uno de los principios no depende de su primacía en todos los eventos de conflicto, sino de su mayor peso relativo en el caso concreto.

Conforme a lo anterior, las diferencias entre la jurisprudencia alemana y estadounidense podrían ser sintetizadas así: estos tribunales no han establecido una jerarquía absoluta para los casos donde las libertades entran en conflicto, sino que han desarrollado lo que la doctrina denomina una prevalencia *prima facie*, pero no una superioridad definitiva de un derecho sobre otros. Así, una preferencia *prima facie* del derecho A sobre el derecho B simplemente indica que en caso de que estos valores entren en colisión, el juez debe decidir con base en el derecho A, salvo si las particularidades del caso confieren un mayor peso relativo a B. Las prevalencias *prima facie* juegan entonces, a nivel de la argumentación en torno a derechos y valores, el mismo papel que juegan las presunciones en el plano probatorio, puesto que indican al juez que debe decidir el asunto de determinada manera, salvo si aparece demostrado lo contrario. Estas supremacías iniciales establecen entonces cargas de argumentación y de esa manera esbozan un orden en las soluciones, pero no contienen determinaciones definitivas⁷⁸. Así, la preferencia que el tribunal constitucional alemán reconoce a la intimidad —como expresión de la dignidad humana— no implica que ésta siempre prevalezca sobre la libertad informativa. Y por su parte, el lugar dominante que ocupa la libertad de expresión en el constitucionalismo estadounidense no anula la protección a la privacidad de las personas.

A partir de lo anterior, podríamos concluir que a nivel constitucional no es posible establecer una jerarquía absoluta entre la libertad informativa, la intimidad y el buen nombre, cuando estos derechos entran en tensión sino que es necesario resolver en concreto el conflicto. A lo sumo pueden establecerse prevalencias *prima facie*, con lo cual han tendido a desarrollarse tres alternativas diversas: (i) el modelo estadounidense que confiere una prelación *prima facie* a la libertad de expresión; (ii) la solución alemana que otorga, en principio, primacía a la dignidad y a la intimidad; (iii) y una opción intermedia, basada en un equilibrio, sin preferencias previas, entre la libertad de expresión, el derecho a la información y la intimidad, por lo cual se desarrollan criterios de solución para cada caso, sin otorgar prelación a uno de los dos derechos en tensión.

Esta tipología permite reexaminar el caso colombiano, y concluir que en sus primeros años, la Corte Constitucional tendió a asumir una prevalencia *prima facie* de la intimidad, pero que en decisiones posteriores ha oscilado entre los tres modelos, y ha tenido dificultades para definir una dogmática verdaderamente adecuada, pues en determinados casos ha tendido a ignorar que la divulgación de informaciones tiene riesgos para la intimidad y el honor de las personas, como en la decisión C-087/98 sobre tarjeta profesional de los periodistas,

77 Alexy, Robert, *op. cit.*, p. 92.

78 Sobre la distinción entre prevalencia *prima facie* y prevalencia absoluta o definitiva, véase Alexy, Robert, “Sistema jurídico, principios jurídicos y razón práctica”, en *Derecho y razón práctica*, Fontamara, México, 1993, p. 19. Del mismo autor, véase *Teoría de los Derechos Fundamentales*, 1993, pp. 152 y ss.

mientras que en otras ocasiones ha restringido de manera inaceptable el derecho a la información de la sociedad sobre asuntos públicos de personajes públicos, como parece haber sucedido en la sentencia T-696/96, durante el juicio al presidente Samper.

Un interrogante natural surge: esas dubitaciones de la Corte Constitucional colombiana ¿son simplemente un problema de aprendizaje de una nueva corporación judicial, esto es, se explican únicamente por la dificultad de armonizar esos derechos en conflicto, en un período de compleja transición normativa, debido a que la Constitución colombiana vigente es relativamente reciente, ya que data de 1991? ¿O existen otros elementos que inciden en esa evolución?

IV. Primeras conclusiones: ponderación, libertad de expresión y concepciones de democracia

Dos factores parecen centrales para explicar la evolución de la jurisprudencia constitucional colombiana: uno metodológico, a saber, las dificultades que presenta la interpretación constitucional, y en especial, la ponderación, para elaborar una dogmática consistente sobre el alcance y los límites de los derechos fundamentales; y otro de filosofía política, ligado a las concepciones de democracia que subyacen a las construcciones dogmáticas sobre las relaciones entre libertad de información, intimidad y buen nombre. Procedemos pues a analizar ambos aspectos.

a) El problema metodológico: ponderación, consistencia argumentativa y dogmática sobre libertad de información

Gran parte de las modernas teorías de la interpretación constitucional se plantean como una tentativa por lograr la coexistencia plural de principios, potencialmente conflictivos, por lo cual buscan evitar que exista una supremacía absoluta de un valor, que llegue a anular la fuerza normativa de otros valores concurrentes esto es, pretenden evitar la tiranía de un valor determinado⁷⁹. En tal contexto, la ponderación aparece como una técnica inevitable para la resolución de conflictos entre derechos constitucionales, pues precisamente elude el absolutismo axiológico y protege el pluralismo, ya que no consagra jerarquías rígidas entre los derechos concurrentes sino prevalencias condicionadas, que dependen de las particularidades del caso concreto. La Corte Constitucional ha reconocido expresamente esa particular estructura normativa de los derechos fundamentales en numerosas sentencias. Ha dicho ese tribunal:

⁷⁹ Véase, por ejemplo, Alexy, Robert, *Teoría de los Derechos Fundamentales*, op. cit., pp. 152 y ss. Igualmente Zagrebelsky, Gustavo, *El derecho dúctil*, Editorial Trotta, Madrid, 1995, pp. 122 y ss.

A fin de promover la aplicación armónica e integral de los valores constitucionales, la mayoría de los derechos fundamentales se consagraron en disposiciones normativas que tienen una estructura lógica que admite ponderaciones. En efecto, más que normas que adopten expresamente las condiciones de hecho en las cuales es obligatoria su aplicación, la Carta consagra estándares de actuación que deben ser aplicados atendiendo a las condiciones que, circunstancialmente, pueden dar un mayor peso relativo a un derecho sobre otro. Ciertamente, al optar por un sistema de “pluralismo valorativo”, la Carta adoptó un modelo en el cual las normas iusfundamentales tienen una estructura lógica que exige acudir a la metodología de la ponderación para resolver los eventuales conflictos. En suma, la Constitución no consagró un sistema jerárquico entre sus normas, sino un modelo de preferencia relativa, condicionada a las circunstancias específicas de cada caso (Sentencia C475/97).

Ahora bien, el problema que surge con la ponderación, como lo han señalado algunos críticos, es que esta forma de razonamiento judicial puede conducir a una absoluta indeterminación en la decisión de los casos, que dependería entonces de la pura voluntad del juez, que optaría discrecionalmente por preferir uno de los derechos en tensión, lo cual es cuestionable en una democracia. Sin embargo, no sólo no parece existir otra metodología mejor para solucionar los conflictos prácticos en donde se enfrentan derechos sino que, además, la ponderación no implica que la decisión judicial quede sometida al capricho y al arbitrio del funcionario de turno, por cuanto los tribunales constitucionales, en virtud del respeto al precedente, que no es más que una aplicación a la práctica judicial del principio de igualdad y del criterio kantiano de la universalidad, deberían decidir todos los casos semejantes de la misma forma. En efecto, “dicho en términos kantianos, el buen juez sería aquel que dicta una decisión que estaría dispuesto a suscribir en otro supuesto diferente que presente caracteres análogos, y que efectivamente lo hace”⁸⁰. Por consiguiente, para lograr esa coherencia, los jueces tienen que precisar las razones por las cuales confieren precedencia en un determinado caso a un derecho, con lo cual construyen, poco a poco, criterios prácticos para resolver las tensiones y los conflictos entre los distintos derechos y los diversos principios. Así, esos criterios de precedencia en un caso concreto pueden ser vistos como el supuesto de hecho de una regla general que regula las relaciones entre los principios en tensión y que, una vez tomada la primera decisión difícil, entra a hacer parte del sistema jurídico y debe ser respetada en el futuro, con lo cual los demás casos se vuelven más previsibles.

Por ello, como dice Alexy, “la ponderación en el caso particular y la universalidad no son inconciliables”⁸¹, pues los jueces construyen un entramado de reglas de prevalencia, en caso de conflictos entre derechos. Es más, el ejercicio de jurisprudencia comparada parece

80 Prieto Sanchís, Luis, “Notas sobre la interpretación constitucional”, en *Revista del Centro de Estudios Constitucionales* núm. 9, Madrid, mayo-agosto de 1991.

81 Véase Alexy, Robert, *op. cit.*, p. 167.

mostrar que, a pesar de las divergencias naturales que subsisten entre los distintos sistemas nacionales, el señalamiento de las condiciones concretas de prevalencia ha ido consolidando una suerte de doctrina internacional para resolver los conflictos entre libertad informativa, intimidad y buen nombre. Esto no significa que no existan diferencias, sino que éstas no constituyen oposiciones absolutas sino diversidades de matiz, en la búsqueda de la mejor coexistencia posible entre estos derechos, como lo muestra la comparación de la jurisprudencia de los sistemas europeo e interamericano de Derechos Humanos.

Así, en forma esquemática, podría decirse que la Convención Europea de Derechos Humanos tiende a asumir el modelo alemán, mientras que la Convención Interamericana adopta el modelo estadounidense. Esto se manifiesta en el hecho de que el artículo 13-2 del Pacto de San José, con excepción de la posibilidad de censurar los espectáculos públicos para salvaguardar la moral de los menores, excluye toda otra forma de restricción previa, pues señala que el ejercicio de la libertad de expresión y de información “no puede estar sujeto a previa censura sino a responsabilidades ulteriores”. En cambio, el artículo 10 de la Convención de Roma no sólo no prohíbe expresamente la censura sino que tácitamente la admite, pues establece que la libertad de expresión podrá ser sometida “a ciertas formalidades, condiciones, restricciones o sanciones, previstas por la ley, que constituyan medidas necesarias, en una sociedad democrática, para la seguridad nacional, la integridad territorial o la seguridad pública, la defensa del orden y la prevención del delito, la protección de la salud o de la moral, la protección de la reputación o de los derechos ajenos, para impedir la divulgación de informaciones confidenciales o para garantizar la autoridad y la imparcialidad del poder judicial”. Esta diferencia ha sido expresamente destacada por la Corte Interamericana⁸² y por la Comisión Interamericana⁸³ como un elemento hermenéutico muy significativo, pues pone en evidencia el lugar preferente de la libertad de expresión en el sistema interamericano, en el cual parece inadmisibles que un juez prohíba la publicación de un libro o un artículo para proteger el honor o la intimidad de otra persona. Así, en el caso “Martorell”, la Comisión Interamericana analizó la siguiente situación: el señor Martorell publicó un libro en la Argentina titulado “Impunidad diplomática”, sobre las circunstancias que condujeron a la partida del ex Embajador argentino en Chile. El libro debía ser comercia-

82 Véase Corte Interamericana. Opinión Consultiva OC-5/85 sobre la Colegiación Obligatoria de Periodistas, especialmente el párrafo 50, en donde ese tribunal señala que “la comparación hecha entre el artículo 13 y las disposiciones relevantes de la Convención Europea (artículo 10) y del Pacto (artículo 19) demuestra claramente que las garantías de la libertad de expresión contenidas en la Convención Americana fueron diseñadas para ser las más generosas y para reducir al mínimo las restricciones a la libre circulación de las ideas”.

83 Véase Comisión Interamericana. Caso Martorell v. Chile, Caso 11.230 de 1997, en especial el párrafo 56, en donde la Comisión precisa que la prohibición de la censura “existe únicamente en la Convención Americana. La Convención Europea y el Pacto sobre Derechos Civiles y Políticos no contienen disposiciones similares. Constituye una indicación de la importancia asignada por quienes redactaron la Convención a la necesidad de expresar y recibir cualquier tipo de información, pensamientos, opiniones e ideas, el hecho de que no se prevea ninguna otra excepción a esta norma”.

lizado también en Chile pero, a partir de una solicitud de unas personas que se sentían injuriadas con el texto, los jueces chilenos prohibieron su divulgación, en decisión que fue confirmada por la Corte Suprema de ese país. El señor Martorell acudió entonces ante la Comisión Interamericana, que concluyó que Chile había violado la libertad de expresión al establecer una censura previa. En cambio, en el ámbito europeo, en principio pueden ser admisibles ciertas restricciones previas, por lo cual la Corte Europea no considera que la censura sea en sí misma una violación de la Convención de Roma.

Sin embargo, a pesar de esas diferencias, existen notables convergencias en las doctrinas elaboradas por estos dos tribunales de derechos humanos. Así, la Corte Europea de Derechos Humanos, si bien no excluye *per se* la censura previa, ha tendido a aceptar la pertinencia de las soluciones y de los criterios adelantados por la jurisprudencia estadounidense, por lo cual ha protegido vigorosamente la libertad de expresión, sobre todo en el campo político. La decisión más significativa es la sentencia de 1986 sobre el asunto Lingens⁸⁴, un periodista que había sido condenado en Austria por haber difamado al canciller Kreisky, a quien había criticado en forma muy fuerte por su comportamiento favorable a dirigentes políticos que tenían un pasado muy ligado al nazismo. La Corte de Estrasburgo favoreció a Lingens y estableció que Austria debía indemnizarlo. El fallo comenzó por precisar que los hombres políticos —como un canciller— si bien no están desprovistos del derecho a la honra, están sujetos a una posibilidad mayor de crítica que los particulares, debido a la importancia que tiene la libertad de prensa en una democracia, a fin de que la opinión pública pueda “conocer y juzgar las ideas y actitudes de sus dirigentes”. Por ello, señaló la Corte, la necesidad de proteger el honor de los políticos debe ser “ponderada con los intereses que derivan de la libre discusión de las cuestiones políticas”. El contenido de la información y el contexto en el cual ésta se expone adquieren entonces particular trascendencia dentro de esta ponderación, ya que permiten determinar los pesos relativos de los derechos en conflicto. En este caso, la balanza se inclina en favor de la libertad informativa, pues se trata de una crítica a un canciller, por asuntos propios de su cargo, y en un ambiente electoral. El tribunal señaló además que era necesario distinguir entre la formulación de opiniones y la afirmación de hechos relativos a una persona, ya que las primeras no pueden ser demostradas. La prueba de la verdad es entonces irrazonable en el caso de opiniones. Por consiguiente, la exigencia de la ley austríaca de que el periodista debe probar la verdad como causal de justificación de una expresión en apariencia injuriosa puede ser válida en relación con la afirmación de hechos, pero es irrealizable cuando se trata de opiniones. Por ende, concluye el tribunal, como nadie cuestionó la veracidad de los hechos en los cuales Lingens basaba sus críticas, ni su buena fe, en el fondo se lo sancionó por emitir una opinión sobre la conducta del canciller, con lo cual se violó la libertad de opinión garantizada por el Convenio de Roma.

84 Véase Fallo Lingens del 8 de julio de 1986, núm. 103. Para una presentación general y sugestiva de estos casos y de la metodología interpretativa de la Corte Europea, véase François Ost, “Originalité des méthodes d’interprétation de la Cour européenne des droits de l’homme”, en Mireille Delmas-Marty, *Raisonner la raison d’Etat*. Paris: PUF.

Como vemos, los criterios centrales de la jurisprudencia comparada para resolver las tensiones entre la libertad informativa, la intimidad y el buen nombre son la diferencia que existe entre emitir opiniones y afirmar hechos, la distinción entre distintas esferas de intimidad de las personas, el carácter público o no de la persona afectada, la existencia o no de un interés general en la divulgación de la información, el grado de afectación de la intimidad en relación con la importancia que puede tener la información para un libre debate democrático sobre asuntos colectivos, el carácter injurioso o no de la información revelada, el contexto o “foro” en el cual es manifestada la opinión o es revelado un hecho, y, finalmente, los tipos de discursos, pues merecen mayor protección aquellos que se refieren a los debates esenciales de la vida colectiva. Ahora bien, poco a poco, la Corte Constitucional ha ido incorporando a su jurisprudencia gran parte de esas fecundas distinciones.

La anterior precisión metodológica muestra que la ponderación parece necesaria para permitir la coexistencia de los derechos fundamentales y no es incompatible con la seguridad jurídica. Pero requiere la progresiva elaboración, por los jueces constitucionales, de una red de precedentes que vaya solucionando las tensiones normativas entre los derechos, pues no es posible determinar en abstracto, y para todos los casos, cuál de esos valores triunfa cuando existe un conflicto, ya que es necesario tomar en cuenta distintos aspectos para llegar a una decisión correcta. La elaboración de una doctrina constitucional sobre el alcance de derechos tan complejos, como la libertad informativa, requiere entonces de ajustes progresivos, que toman un cierto tiempo, y pueden implicar dubitaciones. Y lo menos que se pueda decir es que la Corte Constitucional de Colombia ha avanzado notablemente pues, en estos pocos años, ha incorporado creativamente a su jurisprudencia, y ha adaptado a la realidad colombiana, las mejores construcciones conceptuales del derecho comparado.

Con todo, un interrogante subsiste: si poco a poco ha tendido a consolidarse esa suerte de doctrina internacional sobre el alcance de la libertad de expresión, con los matices señalados entre los tres modelos de prevalencia *prima facie*, ¿por qué pareciera que la Corte Constitucional de Colombia mantiene dudas en la elaboración doctrinaria sobre la materia, en vez de comprometerse con alguna de esas construcciones conceptuales? Según nuestro criterio, un factor muy importante es que la opción por estos modelos de decisión supone, como lo veremos a continuación, una cierta noción de democracia. Y todo indica que ninguno de los conceptos implícitos en las construcciones alemana y estadounidense parece totalmente adecuado a las realidades contemporáneas, y en especial a la situación colombiana.

b) Las concepciones subyacentes: alcance de la libertad de información y conceptos de democracia

Las diferencias entre el Tribunal Constitucional alemán y la Corte Suprema de Estados Unidos en la resolución de los conflictos entre libertad de información e intimidad no deben ser atribuidas al capricho hermenéutico de los dos tribunales, sino a la existencia de distintas concepciones sobre la democracia y el sentido del constitucionalismo en los dos países. Así, en

Estados Unidos la democracia es más una forma de gobierno íntimamente ligada a la libertad de expresión, a tal punto que en ese país la democracia ha sido muchas veces concebida como un gobierno del pueblo, por el pueblo y para el pueblo, según la conocida definición de Lincoln en su discurso de Gettysburg en 1863⁸⁵, en donde los asuntos colectivos deben entonces ser debatidos por la opinión pública y ante la opinión pública. Es pues en gran medida un gobierno de la opinión pública, por lo cual el constitucionalismo es ante todo una garantía del proceso democrático. De allí la importancia que los estadounidenses asocian al debate público, al libre mercado o intercambio de las ideas, como lo expresara el juez Oliver Holmes, ya que, según sus célebres palabras, “el mejor criterio de verdad es el poder que el pensamiento puede tener de ser aceptado en la libre competencia del mercado”⁸⁶, por lo cual toda restricción a la libertad de expresión tiene que ser absolutamente excepcional, esto es, únicamente en los casos en que exista un riesgo inminente de un peligro mayor⁸⁷. Esto es claro en el propio texto de la Constitución de Filadelfia, que establece en la primera enmienda una protección muy fuerte a la libertad de expresión, que ha sido por ello considerada por la Corte Suprema como una de las libertades fundamentales y preferentes del orden constitucional⁸⁸. La Corte Suprema incluso ha señalado que, como cierto grado de abuso es inseparable del uso de cualquier cosa, la democracia debe admitir la existencia de un cierto exceso en la libertad de expresión y de prensa, pues cualquier intento por evitar las extralimitaciones se tra-

85 Véase Elliot Morrison, Samuel, *The Oxford History of the American People*, Mentor Book, Tomo 2, New York, p. 469.

86 Se trata de su voto disidente en el caso *Abrams v. United States* de 1919. Este criterio sobre la importancia del libre flujo de las ideas en la democracia y en la búsqueda de la verdad, minoritario en ese fallo, se convirtió en doctrina esencial de la jurisprudencia del tribunal supremo en décadas posteriores, en especial durante la Corte Warren. Por eso ese pasaje es frecuentemente citado, incluso en las decisiones más recientes. Véase, por ejemplo, la amplia referencia que se hace en el caso *Hustler Magazine Inc. v. Falwell* de 1988.

87 Véase el caso *Schenck v. United States* de 1919, en donde Holmes formula la doctrina del “clear and present danger”, según la cual una restricción a la libertad de expresión sólo es constitucionalmente admisible si “las palabras son de tal naturaleza y usadas en tales circunstancias que ellas sean capaces de crear un peligro claro e inminente de aquellos males sustantivos que el Congreso tiene el derecho de prevenir”.

88 Esta noción de “libertades preferentes” se desarrolla a partir del fallo *Carolene* de 1938, en donde la Corte desarrolla un doble estándar para el estudio de la constitucionalidad de las leyes, con el fin de permitir la intervención social del Estado en materia económica pero sin que ello implique el abandono de la protección de las libertades personales no patrimoniales. Esta tendencia se consolida en el caso *Jones v. City of Opelika* de 1942, en el que la Corte señala expresamente que las libertades de cultos y de expresión ocupan un lugar “preferente” en relación con los derechos patrimoniales y las libertades económicas. Por ello la jurisprudencia de ese país establece un test “débil” para el análisis de las medidas económicas, pues señala que en estos casos sólo se puede declarar inconstitucional una ley que persiga un fin prohibido o constituya un medio manifiestamente irrazonable para alcanzar un objetivo en sí mismo legítimo. En cambio, en el caso de las libertades preferentes, el control constitucional debe ser estricto, por lo cual, en general sólo se puede limitar la libertad de expresión si la restricción es necesaria para alcanzar un fin estatal que debe ser imperioso.

duciría en una grave restricción al libre flujo de ideas, opiniones y afirmaciones, que es esencial al proceso democrático y a la búsqueda de la verdad⁸⁹. En cambio, las nociones de intimidad, privacidad y dignidad humana no han ocupado históricamente un lugar tan importante en el derecho público estadounidense, a tal punto que la constitución ni siquiera las menciona de manera explícita sino que simplemente garantiza que no se podrá privar a una persona de su libertad sin el debido proceso legal (Enmiendas IV y XIV) y protege a los ciudadanos contra registros arbitrarios (Enmienda V). Por ello la Corte Suprema se ha visto obligada a crear jurisprudencialmente los derechos a la intimidad y a la privacidad, como derechos no enumerados pero que se desprenderían tácitamente de la zona de penumbra de la protección de las personas contra registros arbitrarios⁹⁰.

En Alemania la situación es diversa. La Constitución de Bonn es producto de la reacción contra el nazismo, el cual no sólo había cometido atrocidades extremas contra la dignidad humana sino que, además, había llegado al poder aparentemente por medios democráticos, pues Hitler había ganado las elecciones de 1933, y luego había utilizado el artículo 48 de la Constitución de Weimar sobre estados de excepción para transformar un régimen democrático en un Estado totalitario. Por ello, la actual constitución alemana tiene frente al texto de Filadelfia dos características distintivas que conviene destacar. De un lado, confiere un papel central a la dignidad humana y a los derechos fundamentales de las personas, que son entonces la base del ordenamiento jurídico alemán. Así, no por casualidad la Constitución de Bonn establece en su primera frase que: “la dignidad de la persona humana es inviolable”, cláusula que, según el Tribunal Constitucional alemán “expresa el más alto valor de la Ley Fundamental, que confiere la substancia y el espíritu a todo el documento”⁹¹. De otro lado, e íntimamente ligado a lo anterior, la Constitución establece lo que la doctrina ha denominado una “democracia militante”, esto es, un régimen en donde se prohíbe la utilización de los procedimientos constitucionales para destruir los valores fundacionales del propio orden constitucional, a saber la dignidad humana y los derechos de la persona. Por ello no sólo la Carta de Bonn señala que la cláusula de la dignidad humana y los derechos fundamentales son normas pétreas, esto es, que no pueden ser reformadas ni siquiera por el propio procedimiento de reforma constitucional⁹², sino que además ordena,

89 Véase en especial los casos citados “New York Times v. Sullivan” y “Hustler Magazine Inc. v. Falwell”.

90 Véase el caso *Griswold v. Connecticut* de 1964, en donde la Corte Suprema anula una ley de ese Estado que prohibía el uso de anticonceptivos incluso por parte de personas casadas. Según esa sentencia, si bien la constitución no consagra en forma expresa un derecho a la privacidad o a la intimidad, este derecho se encuentra implícito en la zona de penumbra de otros derechos expresamente señalados, en especial la protección de la cuarta enmienda contra registros irrazonables. Según el tribunal, la única forma de aplicar la ley de Connecticut era permitiendo registros incluso en la alcoba marital, lo cual era totalmente irrazonable.

91 Citado por Kommers, Donald P., *op. cit.*, p. 305.

92 En efecto, el artículo 79, que consagra el procedimiento de reforma constitucional, excluye cualquier modificación al artículo 1º que consagra la inviolabilidad de la dignidad humana y la fuerza vinculante de los derechos fundamentales.

en su artículo 21, la prohibición de los partidos y movimientos políticos contrarios al “orden democrático libre”, lo cual llevó a que en los años cincuenta el tribunal constitucional hubiera decretado la disolución de los partidos comunista y neonazi, así como la confiscación de sus propiedades⁹³.

En síntesis, en Estados Unidos la democracia es, desde el punto de vista constitucional, primariamente un proceso de gobierno por los ciudadanos y por el pueblo, por lo cual el control constitucional pretende ante todo asegurar la continuidad misma del proceso democrático. Así, según Ely, uno de los autores que más ha defendido esa visión procedimental del texto de Filadelfia, “la Constitución originariamente estaba dedicada principalmente — es más, debería decir en forma abrumadora— a preocupaciones de procedimientos y estructuras, y no a la identificación y preservación de valores sustantivos específicos”⁹⁴. No es pues extraño que en 1787 primero se hubiera adoptado el texto orgánico de la Constitución, en donde se definía la forma de gobierno y los mecanismos de participación política, y sólo posteriormente, y por presión de los opositores al texto, se hubieran incorporado las primeras diez enmiendas, en las que se establecen los derechos de la persona, en los cuales la libertad de expresión ocupa un lugar preponderante, pues es la que mejor se articula con la visión de la democracia como un gobierno del pueblo por medio de la opinión pública⁹⁵. En cambio, en Alemania, la democracia es a nivel constitucional un orden político fundado en la dignidad de la persona, a tal punto que el propio tribunal constitucional ha defendido una visión axiológica de la Constitución. En efecto, desde el fallo Luth de 1958, ese tribunal ha señalado, de manera reiterada, que el capítulo sobre derechos fundamentales contiene un “orden objetivo de valores” que se realiza en la vida política, ya que los derechos fundamentales no son únicamente derechos subjetivos sino principios objetivos del ordenamiento jurídico que se aplican en todos los ámbitos del derecho y por ende irradian las relaciones privadas. Es más, el tribunal incluso ha establecido jerarquías entre esos valores, dando el lugar dominante, como principio último, a la dignidad humana. Por ello, como dicen Ackerman y Rosencranz, podríamos calificar ese régimen como una especie de “fundamentalismo constitucionalista”, pues el pueblo está subordinado a los valores constitucionales, y en especial a los derechos fundamentales, que no puede modificar⁹⁶.

93 *Ibidem*, pp. 223 y ss.

94 Hart Ely, John, *Democracy and distrust. A theory of judicial review*, Harvard University Press, Cambridge, 1982, p. 92.

95 Es más, casi que se puede decir que la libertad de expresión era uno de los pocos derechos que prácticamente se encontraba reconocido en la parte orgánica del texto originario de Filadelfia, cuando el artículo III, sección tercera establece que la traición “consistirá únicamente en tomar armas contra los Estados Unidos o en unirse a sus enemigos prestándoles ayuda o socorro”. En efecto, esta norma implica que la crítica al gobierno no puede nunca ser considerada traición. Véase Hart Ely, John, *op. cit.*, pp. 92 y ss.

96 Véase Ackerman, Bruce y Carlos Rosencranz, “Tres concepciones de la democracia constitucional”, en VV.AA., *Fundamentos y alcances del control judicial de constitucionalidad*, Centro de Estudios Constitucionales, Cuadernos y Debates núm. 29, Madrid, 1991, pp. 15 y ss.

Esta centralidad de la dignidad humana y de los derechos fundamentales, que prevalecen incluso sobre el propio proceso político democrático, explica entonces que el tribunal constitucional alemán tienda a proteger el honor y la intimidad cuando entran en conflicto con la libertad de expresión, ya que, según ese tribunal, para que exista realmente la dignidad de la persona debe haber un “ámbito esencial absolutamente protegido de la vida privada”, el cual no puede ceder ante ningún otro derecho o interés colectivo⁹⁷. En cambio, la importancia de la opinión y del flujo de ideas, como requisitos de una democracia abierta y efectiva, explican que la opción hermenéutica en Estados Unidos haya tendido a ser la opuesta, esto es, la protección de la mayor libertad de expresión, incluso a riesgo de legitimar algunos abusos contra la intimidad y el honor de las personas.

c) Los límites del “libre mercado de ideas”: la equidad en el flujo informativo

La anterior presentación de los conceptos de democracia subyacentes a la jurisprudencia alemana y estadounidense permite reinterpretar la evolución de la doctrina desarrollada por la Corte Constitucional colombiana.

En un inicio, la jurisprudencia colombiana tiende a asumir la prevalencia *prima facie* del derecho a la intimidad, pues constata la desprotección de las personas ante los medios de información, que son hoy un verdadero poder privado. En efecto, desde sus primeras decisiones, la Corte insistió en la preponderancia social que tienen los medios de comunicación, debido a su “inmensa capacidad de penetración en las distintas capas de la sociedad, al excepcional dominio que ejercen sobre el conglomerado por la posesión y el manejo de las informaciones y a su influjo en la configuración de opiniones y creencias” (Sentencia T-611/92). Empero, en ciertos casos, la Corte ha encontrado problemático el principio de la prevalencia de la intimidad, en vista de la necesidad de asegurar una vigorosa deliberación democrática. Esta situación hizo que la Corte confiriera una gran trascendencia a la libertad de información, en especial en asuntos en los que se ven involucrados intereses generales. Sin embargo, incluso en este tipo de casos, la jurisprudencia colombiana parece reacia a asumir plenamente el modelo estadounidense del “libre mercado de las ideas”.

En nuestro criterio, la resistencia de la jurisprudencia a aceptar como único y más valioso derrotero de la libertad de prensa, la defensa de un libre mercado de ideas, parte de una crítica a las insuficiencias de esta metáfora. En efecto, si bien es cierto que la defensa plena de la libertad en el flujo informativo es extremadamente útil para mostrar la primera tarea que compete a la justicia constitucional en este campo, —que consiste en reducir al mínimo las restricciones a la circulación de las informaciones, a pesar de las evidentes tensiones de la libertad de expresión con otros derechos y valores constitucionales—, lo cierto es que es insuficiente para garantizar, en su verdadera extensión, el ejercicio de este derecho.

97 Citado por Alexy, Robert, *Teoría de los derechos fundamentales*, 1993, p. 107.

En efecto, en el mundo contemporáneo, la imagen tantas veces citada del juez Oliver Holmes reduce de manera extrema la problemática que gira en torno a la defensa de la libertad de información, pues no toma en consideración las asimetrías de poder que existen en el mercado de la información. Ciertamente, en la actualidad, el flujo informativo se caracteriza por la presencia de grandes medios de comunicación, muchas veces gerenciados por intereses económicos o políticos, que monopolizan el mercado e impiden que todas las ideas e informaciones tengan la misma posibilidad de circular libremente⁹⁸. Adicionalmente, la existencia de monopolios u oligopolios en el mercado de la información y la capacidad técnica de transmitir eficazmente un mensaje a audiencias casi ilimitadas, se impone como una realidad que impide ignorar el enorme poder que los medios ejercen sobre los individuos.

En consecuencia, en una sociedad democrática, el derecho constitucional no sólo tiene como tarea minimizar las restricciones estatales a la circulación de las informaciones (modelo de libre mercado de ideas), sino que también debe intentar corregir las asimetrías de poder y buscar una mayor equidad en la participación de las distintas informaciones en el debate público. Es lo que podríamos llamar la búsqueda de un “mercado equitativo de las ideas”.

Ahora bien, algunas de las decisiones de la Corte Constitucional sobre el tema parecen tomar en consideración esas críticas al “libre mercado de las ideas” y, en consecuencia, pretenden abrir una vía propia, bastante interesante, según la cual el flujo informativo debe estar permeado —e incluso algunas “regulado”— en virtud del valor de la equidad. En estos términos puede explicarse la defensa de algunos derechos personalísimos del sujeto indefenso sometido al poder de los medios o el intento por asegurar condiciones estructurales que permitan la construcción de un mercado equitativo de las ideas.

El ejemplo más ilustrativo de esta nueva tendencia, es la citada sentencia T-066 de 1998, que trata de la divulgación por la Revista Semana de un informe de inteligencia militar que sindicaba a varios alcaldes de ser auxiliares de la guerrilla. En esta providencia, la Corte logra una interesante combinación de los criterios del caso Sullivan de Estados Unidos, con la protección del buen nombre frente a al excesivo poder que tienen los medios de comunicación en las sociedades contemporáneas. De la jurisprudencia estadounidense, la Corte toma la idea de que libertad de prensa es un elemento fundamental para la existencia de la democracia, por lo cual concluye que “en los conflictos entre el derecho a la información y los derechos a la intimidad, la honra y el buen nombre, en casos relacionados con personas y hechos de importancia pública, prevalece *prima facie* el derecho a la información”.

Sin embargo, la sentencia se distancia frente al modelo estadounidense del “libre mercado de las ideas”, por cuanto considera que en la actualidad existe una enorme concentra-

98 Para críticas a este modelo, véase Marcuse, Herbert, “Repressive Tolerance”, en R. Wolff, B. Moore y H. Marcuse, *A critique of pure tolerance*, 1965, p. 110. Véase igualmente Barron, Jerome, “Access to the press. A new First Amendment Right”, en *Harvard Law Review* (1967), 1641, quien califica de romántica la metáfora de Holmes, por cuanto, así como hay desigualdad económica, existe también desigualdad en el poder de comunicar ideas, por lo cual es quijotesco reconocer esta primera, mientras se niega la segunda.

ción de la propiedad en los medios de comunicación, por lo cual “muchas opiniones no puedan ser expresadas, en desmedro del pluralismo, un requisito básico de la democracia”. Esto implica además un riesgo para las personas del común, que se encuentran inermes frente a ese desmedido poder de los medios, por lo cual la Corte admite una mayor intervención judicial que en el modelo estadounidense, sobre todo en relación a la protección de la imparcialidad de los medios. La Corte reformula entonces los criterios del caso Sullivan, y concluye que si bien no se puede exigir a un medio probar la verdad de las afirmaciones en asuntos de interés general, que involucren personajes públicos, sin embargo es válido reclamarle equidad y diligencia en la confrontación de las fuentes, de tal manera que “la condición de veracidad se cumple si el medio demuestra que obró diligentemente en la búsqueda de la verdad y que fue imparcial en el momento de producir la noticia”. Con tal criterio, la Corte concluyó que la Revista Semana había vulnerado el derecho al buen nombre de los alcaldes, pues no había confrontado, de manera equitativa, la información proveniente de los servicios de inteligencia militar. En consecuencia, la sentencia ordenó al medio efectuar la correspondiente rectificación. Esto muestra que, según la Corte, es deber del derecho constitucional contribuir a una mayor igualdad en el tratamiento de las informaciones.

d) La jurisprudencia de la Corte Suprema de los Estados Unidos y la equidad informativa

Esta jurisprudencia colombiana, que defiende explícitamente la importancia que constitucionalmente tiene la búsqueda de una mayor equidad en el flujo informativo, puede ser comparada con algunas decisiones de la Corte Suprema de los Estados Unidos, que precisamente llegan a resultados contrarios. La tendencia de la Corte Suprema de ese país es que no pueden la ley ni los jueces buscar una mayor equidad en el mercado de las ideas, por cuanto esa intervención implica una inaceptable restricción a la libertad de expresión.

En efecto, en Estados Unidos, después del escándalo Watergate, el Congreso de Estados Unidos expidió, en 1974, una ley para controlar la influencia indebida del dinero en los procesos electorales. La ley establecía unos límites a las contribuciones a las campañas, consagraba unos topes a los gastos electorales de los candidatos y de las campañas, preveía algunos subsidios estatales para las elecciones presidenciales, y obligaba a que los partidos revelaran y reportaran el origen de sus fondos. Esa ley fue atacada por numerosos ciudadanos que consideraron que violaba las libertades de expresión y asociación. En la sentencia *Buckley v. Valeo* de 1976, la Corte Suprema⁹⁹ consideró que la mayor parte de la ley se ajustaba a la Constitución pero, con criterios muy controvertidos por la doctrina, anuló los límites que se habían consagrado a los gastos electorales. A pesar de que esa regulación era neutral, desde el punto de vista del contenido del discurso, pues se aplicaba a todas las campañas, la sentencia consideró que los topes en las expensas electorales implicaban una restricción a la

99 Para una presentación y crítica de esa decisión, véase Tribe, Laurence, *op. cit.*, pp. 1132 y ss.

cantidad y calidad del discurso político, ya que reducían considerablemente las posibilidades de difundir el mensaje, tratar diversos temas y alcanzar distintas audiencias, puesto que, en las actuales sociedades de masas, la divulgación de un discurso implica siempre costos en dinero. Los topes a los gastos electorales restringían entonces, según la sentencia, la discusión política, que constituye el núcleo de la libertad de expresión, sin que existieran razones imperiosas que justificaran esa limitación, por lo cual era inconstitucional. La Corte Suprema consideró que no era claro que esa medida sirviera para combatir la corrupción; y de otro lado, según la sentencia, no es un objetivo constitucional válido que la ley pretenda igualar la influencia relativa en el proceso electoral de individuos y grupos con distinto poder económico, pues la libertad de expresión no permite que el Estado debilite la capacidad de discurso de algunos, impidiéndoles utilizar sus recursos económicos para diseminar sus mensajes. Según la Corte Suprema, el principio según el cual el “gobierno puede restringir el discurso de algunos miembros de la sociedad para favorecer la voz relativa de otros es totalmente extraño a la primera enmienda”, que garantiza la libertad de expresión, y pretende asegurar “la más amplia difusión de información de parte de diferentes y opuestas fuentes”. En consecuencia, la capacidad de participar en la discusión pública no puede ser limitada legalmente según la situación financiera de las personas.

Igualmente, en la sentencia Tornillo de 1974, la Corte Suprema de Estados Unidos declaró la inconstitucionalidad de una ley de la Florida que establecía un “derecho de réplica”, en virtud del cual, los diarios debían conceder a los candidatos un espacio igual para responder a las críticas que le fueran formuladas. La Corte consideró que esa medida violaba la libertad de prensa, pues obligaba a un diario a publicar un material que el editor del medio no consideraba pertinente incluir. La Corte no consideró entonces válida la finalidad de la ley, según la cual, ésta pretendía defender a las personas frente al poder oligopólico de los medios, por lo cual el Estado debía favorecer el acceso de las minorías a los medios de comunicación, por cuanto es irreal pensar que un candidato criticado por un diario tenga, en la sociedad contemporánea, la capacidad de crear un nuevo periódico para defenderse de las acusaciones que le son formuladas. La ley de Florida, según sus defensores, pretendía entonces asegurar unas elecciones más justas y equilibradas, con una ciudadanía mejor informada. Según la Corte, esa finalidad no es válida ya que, de todos modos la ley limita la libertad de expresión, pues ordena al diario realizar algo que no desea, y si bien es deseable tener una prensa que, además de ser libre, sea responsable y pluralista, sin embargo esa responsabilidad “no es ordenada por la Constitución y como tantas otras virtudes, no puede ser regulada legislativamente”.

Las decisiones precitadas son muy discutibles, pues la argumentación se basa en una visión puramente liberal frente al mercado de las ideas políticas, muy semejante a la sostenida por esa corporación en las primeras décadas de este siglo frente al mercado económico, en el caso *Lochner*¹⁰⁰ y su progenie. El Estado debería únicamente abstenerse de interferir en

100 Como se recordará, en la sentencia *Lochner v. New York* de 1905, la Corte Suprema de Estados Unidos

la circulación de los mensajes, sin intentar corregir desigualdades en el poder de las personas. Pero esa concepción no parece aceptable, pues desconoce que la posibilidad de influir en esos debates es muy distinta, entre quienes tienen un gran poder económico y quienes carecen de él. ¿O podría razonablemente pensarse que un grupo de latinos o de negros pobres, que viven en un suburbio de una ciudad estadounidense, tienen la posibilidad de organizar una campaña electoral y difundir un mensaje electoral de la misma manera como lo hizo el multimillonario Ross Perot? Y que no se diga que este mercado es abierto y que todos pueden participar en él pues, como bien lo destaca Tribe, al criticar esa perspectiva de la jurisprudencia estadounidense, el debate político y los procesos electorales tienen mucho de “juego suma cero”, ya que la amplificación y fuerza de ciertos discursos implica obligatoriamente un silenciamiento de las voces de sus rivales¹⁰¹. En esas condiciones, la prohibición de que la ley limite los gastos electorales o que consagre un derecho de réplica para ciertos candidatos implica que inevitablemente la Corte Suprema de Estados Unidos, con el argumento del respeto al libre mercado de las ideas, termina fortaleciendo el dominio político e ideológico de quienes tienen poder económico y pueden influir directamente en los medios. Esas decisiones silencian entonces las voces de los sectores pobres y de las minorías políticas. Lejos de fomentar la diversidad de discursos, esa jurisprudencia restringe el espectro real de discursos políticos posibles, pues el poder del dinero termina por monopolizar el escenario político, que es entonces copado por ciertos mensajes únicamente.

Es cierto que en otras decisiones, la Corte Suprema ha admitido una mayor injerencia del legislador, en la búsqueda de una mayor equidad informativa, al menos en los casos de radio y televisión, debido a que el espectro electromagnético es un recurso limitado, y por ende la ley puede evitar que éste sea copado por determinados actores. En particular, en la sentencia *CBS v. FCC* de 1981, que es considerada una continuación de la sentencia *Red Lion Broadcasting Co. v. FCC* de 1969, la Corte Suprema declaró la constitucionalidad de una ley, que establecía para los candidatos a cargos federales, un derecho a un “acceso equitativo” a estaciones de radio y televisión. La Corte consideró que esa regulación era válida, pues el derecho de acceso que preveía era limitado, por lo cual no afectaba intensamente la libertad editorial de los medios, y en cambio perseguía propósitos importantes: que los candidatos presenten sus puntos de vista y la ciudadanía reciba la información necesaria para que se adelante el proceso democrático. Esta sentencia muestra entonces una Corte Suprema más sensible a los problemas de equidad informativa, en cuanto admite una mayor intervención de la ley, al menos al campo electromagnético; sin embargo, el alcance de esa decisión no debe ser exagerado, pues no sólo este derecho al “acceso equitativo” de los candidatos es poco igualitario,

anuló una ley del Estado de New York que limitaba la jornada de trabajo a diez horas diarias, por cuanto consideró que esa norma desconocía la libertad contractual. Con este tipo de decisiones, ese tribunal obstaculizó la adopción de medidas legislativas tendientes a equilibrar el mercado laboral, así como la sentencia *Buckley* limitó enormemente las posibilidades de equilibrar el peso de los distintos mensajes en el debate político.

101 Tribe, Laurence, *op. cit.*, pp. 1141 y ss.

ya que los candidatos debían pagar por las emisiones, con lo cual siguen discriminadas las voces de los sectores políticos más pobres, sino que, además, según los analistas, este reconocimiento es marginal¹⁰², de suerte que en la jurisprudencia de Estados Unidos sigue predominando una visión puramente liberal de la protección a la libertad de expresión, esto es, que lo esencial es mantener el “libre mercado de las ideas”.

Como vemos, en una democracia constitucional, no sólo se presentan conflictos entre la libertad de información y otros valores constitucionales sino que existen tensiones entre un entendimiento puramente liberal de ese derecho —como el prohiado por la jurisprudencia estadounidense— y una perspectiva más igualitaria del mismo, que, algunas veces, ha intentado desarrollar la jurisprudencia colombiana.

En efecto, una revisión de las sentencias de la Corte Constitucional colombiana muestra que su trabajo se ha manifestado en dos campos distintos: en el primero, ese tribunal se ha ocupado de solucionar los frecuentes conflictos que se presentan entre la libertad de expresión y otros derechos fundamentales o fines del Estado. La segunda área de reflexión sobre la libertad de expresión ha girado, en cambio, respecto de la necesidad de garantizar que los medios de comunicación operen en condiciones de libertad e igualdad, relativamente resistentes a las presiones que pueden ejercer sobre ellos las mayorías políticas o los conglomerados económicos.

Lo anterior parece significar que, para la Corte Constitucional colombiana, la garantía de la libertad de información tiene una dimensión orgánica o estructural distinta de la dimensión puramente individual o subjetiva. Esta segunda faceta, implica la definición de los factores estructurales, operativos y funcionales, destinados a garantizar la igualdad de oportunidades, el pluralismo y la verdadera libertad en el mercado público de las ideas. En efecto, la consagración normativa de los derechos subjetivos a la libertad de expresión e información tendrá sólo un valor limitado si, simultáneamente, existe una regulación estructural que permite la operación de un mercado monopólico que, en la práctica, dificulta el acceso igualitario al proceso comunicativo o impide que las visiones plurales del mundo puedan expresarse pública y libremente, en condiciones de igualdad. Conviene pues que examinemos, un poco más en detalle, la labor del tribunal constitucional colombiano en este campo.

V. La jurisprudencia constitucional colombiana y la búsqueda de un “mercado equitativo de ideas”

El presente apartado se ocupa de los pronunciamientos de la Corte Constitucional colombiana acerca de las condiciones que debe cumplir el entorno en el que se desenvuelven los

¹⁰² Las propias sentencias precisan que no existe ningún derecho general de acceso a los medios y, según algunos comentaristas, si bien estas sentencias implican un cambio doctrinal importante, en la práctica han tenido efectos muy limitados. Véase Tribe, Laurence, *op. cit.*, pp. 1003 y ss.

medios de comunicación, para garantizar que éstos puedan realizar sus actividades libremente. Al respecto es importante anotar que si bien en sus sentencias la Corte ha reiterado la importancia de la libertad de prensa para la existencia del régimen democrático y para el desarrollo libre de las personas —razón por la cual es importante protegerla, tanto de las interferencias de las mayorías políticas como de los grupos económicos— en realidad, sus pronunciamientos se han centrado fundamentalmente en la televisión. Dos razones explican este hecho: la primera es que en la última década se han dictado tres leyes sobre televisión —la ley 14 de 1991, la ley 182 de 1995 y la ley 335 de 1996¹⁰³—, situación que ha propiciado la presentación de demandas de inconstitucionalidad contra ellas. La segunda explicación es que la misma Constitución hace un énfasis especial en la regulación del uso del espectro electromagnético para los servicios de televisión. Tres artículos de ella se ocupan directamente con el tema, por lo cual conviene transcribirlos:

ARTÍCULO 75. El espectro electromagnético es un bien público inalienable e imprescriptible sujeto a la gestión y control del Estado. Se garantiza la igualdad de oportunidades en el acceso a su uso en los términos que fije la ley.

Para garantizar el pluralismo informativo y la competencia, el Estado intervendrá por mandato de la ley para evitar las prácticas monopolísticas en el uso del espectro electromagnético.

ARTÍCULO 76. La intervención estatal en el espectro electromagnético utilizado para los servicios de televisión, estará a cargo de un organismo de derecho público con personería jurídica, autonomía administrativa, patrimonial y técnica, sujeto a un régimen legal propio.

Dicho organismo desarrollará y ejecutará los planes y programas del Estado en el servicio a que hace referencia el inciso anterior.

ARTÍCULO 77. La dirección de la política que en materia de televisión determine la Ley sin menoscabo de las libertades consagradas en esta Constitución, estará a cargo del organismo mencionado.

La televisión será regulada por una entidad autónoma del orden nacional, sujeta a un régimen propio. La dirección y ejecución de las funciones de la entidad estarán a cargo de una Junta Directiva integrada por cinco (5) miembros, la cual nombrará al Director. Los miembros de la Junta tendrán período fijo. El Gobierno Nacional designará dos de ellos. Otro será escogido entre los representantes legales de los canales regionales

103 La ley 14 de 1991 fue expedida con anterioridad a la Constitución de 1991, y reglamentó el servicio de televisión y radiodifusión oficial. Esta ley fue modificada por la ley 182 de 1995, “por la cual se reglamenta el servicio de televisión y se formulan políticas para su desarrollo, su democratización, el acceso a éste, se conforma la Comisión Nacional de Televisión, se promueven la industria y actividades de televisión, se establecen normas para contratación de los servicios, se reestructuran entidades del sector y se dictan otras disposiciones en materia de telecomunicaciones”. Posteriormente, la ley 335 de 1996 modificó parcialmente las dos leyes anteriores y creó la televisión privada en el país.

de televisión. La Ley dispondrá lo relativo al nombramiento de los demás miembros y regulará la organización y funcionamiento de la Entidad...

Dado que la jurisprudencia de la Corte Constitucional sobre la materia analizada se concentra en el área de la televisión, este apartado habrá de centrarse también en ésta. Además, en atención a los temas que ha abordado el Tribunal, la exposición se enfocará en cuatro puntos. El primero hace relación con la Comisión Nacional de Televisión. Como se observa, la misma Constitución estableció que se debía crear un organismo autónomo encargado de conducir la política de televisión en el país. Este mandato fue cumplido mediante la ley 182 de 1995, que creó la mencionada Comisión Nacional de Televisión. Precisamente, en la primera parte se analizará la definición de la autonomía de este ente, a través de la jurisprudencia acerca de la composición de la Comisión y de sus relaciones con las ramas ejecutiva y legislativa. A continuación, se tratará sobre la posición de la Corte acerca de la posibilidad del Legislador de introducir modificaciones a los contratos de concesión sobre espacios televisivos. Luego, el tercer punto se ocupará de la definición de la Corte de la libertad de fundar medios de comunicación, establecida por el artículo 20 de la Constitución, y de sus consideraciones acerca de cómo evitar “las prácticas monopolísticas” en el uso de la televisión, y, finalmente, el cuarto segmento tratará sobre la televisión y los procesos electorales. Cabe aclarar que en relación con los cuatro puntos se señalarán algunos problemas que han surgido de la práctica y han generado amplios debates.

a) **La autonomía de la Comisión Nacional de Televisión**

1. *La composición de la Comisión Nacional de Televisión*

Hasta la Constitución de 1991, la dirección y el control de la televisión reposaban en organismos dependientes del Gobierno Nacional¹⁰⁴. Como se ha advertido, en la nueva Constitución se le asignó una gran importancia a asegurar que la dirección de la política sobre televisión estuviera en manos de un organismo autónomo. Por eso, como se observa, el inciso 2 del artículo 77 se destinó a determinar la forma en que la Junta Directiva de este organismo debía integrarse, para lo cual se manifestó que ella se compondría de cinco miembros, dos de los cuales serían nombrados por el Gobierno, mientras que uno más sería escogido entre los representantes legales de los canales regionales de y los dos restantes serían nombrados de acuerdo con lo que se estableciera por la ley.

En acatamiento a lo dispuesto por la Constitución, la ley 182 de 1995 creó la Comisión Nacional de Televisión y dispuso cuál sería el procedimiento para el nombramiento de los dos miembros de su Junta Directiva cuya forma de designación no se había establecido en la

104 Se trataba del Consejo Nacional de Televisión y del Instituto Nacional de Radio y Televisión, Inravisión. Véase al respecto la ley 14 de 1991.

Constitución. Así, el artículo 6 estableció que uno de esos miembros sería designado por la Cámara de Representantes con base en ternas que le fueran remitidas por las asociaciones profesionales y sindicales —legalmente constituidas y reconocidas— de los directores y libretistas, los productores, los técnicos, y los periodistas y críticos de televisión, mientras que el miembro restante sería designado por el Senado de la República de sendas ternas que debían ser enviadas por las ligas y asociaciones de televidentes con personería jurídica, las asociaciones de padres de familia que tuvieran personería, los investigadores vinculados a universidades y las academias colombianas reconocidas como tales por la ley. En el artículo se agregó que la elección que debían practicar el Senado y la Cámara de representantes requeriría el voto favorable de las dos terceras partes de los miembros asistentes de cada Cámara Legislativa.

La norma fue demandada ante la Corte Constitucional, la cual decidió, en su sentencia C497 de 1995, la inconstitucionalidad del procedimiento establecido para la designación de los aludidos miembros de la Comisión Nacional de Televisión. La Corte destacó que el Constituyente había manifestado claramente su voluntad de que la televisión fuera manejada por una entidad independiente de las cambiantes mayorías políticas, en vista de la importancia que tiene este medio en la sociedad moderna en lo relacionado con la profundización de la democracia, la formación de una opinión pública libre y la garantía de una serie de derechos y libertades ciudadanas. La Corporación señaló, igualmente, que si bien la Constitución determinaba que el Congreso dispondría lo relativo al nombramiento de los dos miembros restantes de la Junta Directiva de la Comisión, ello no le autorizaba a disponer que la designación fuera realizada por el Congreso. Las facultades de designación de funcionarios por el Congreso se restringen a las previstas taxativamente en la Constitución. La aceptación de que el Congreso dispone de una facultad de nombramiento general equivaldría a permitir que la rama legislativa interviniera de manera indebida en las otras ramas del poder y en los organismos autónomos consagrados en la Constitución. Por tanto, la Corte concluyó que la asignación al Congreso de la facultad de designar los dos miembros de la Comisión cuya forma de nombramiento no estaba prevista en la Constitución vulneraba la autonomía del organismo rector de la televisión.

En concordancia con la decisión de la Corte, la ley 335 de 1996 dispuso que el miembro de la Junta Directiva de la Comisión Nacional de Televisión que debe representar a las asociaciones profesionales y sindicales —legalmente constituidas y con personería jurídica vigente— de los actores, los directores y libretistas, los productores, los técnicos, y los periodistas y críticos de televisión sería elegido democráticamente por esas organizaciones, de acuerdo con el reglamento que expediera para el efecto la Registraduría Nacional del Estado Civil¹⁰⁵. Lo mismo se dispuso para el miembro de la Junta que representa a las ligas y asociaciones de padres de familia, las ligas de asociaciones de televidentes, y las facultades de

105 Cabe agregar que, en su sentencia C-350 de 1997, la Corte declaró que era inconstitucional la atribución que la ley 335 de 1996 le concedía a la Registraduría Nacional del Estado Civil —entidad que forma parte de la organización electoral colombiana y que tiene a su cargo la realización material de

educación y comunicación social de las universidades legalmente constituidas y reconocidas con personería jurídica vigente.

Importa señalar que la autonomía de la Comisión Nacional de Televisión continúa generando fuertes polémicas. Una de las primeras acciones tomadas por el presidente Pastrana —quien se posesionó en agosto de 1998— fue la de remover a los dos miembros de la Junta Directiva designados por el presidente Samper, para nombrar sus propios delegados. El Presidente afirmó que si esos dos delegados representaban al Gobierno, lo lógico era concluir que cada Presidente podía hacer los nombramientos respectivos cuando iniciaba su mandato. Las dos personas que fueron destituidas demandaron la decisión del Presidente ante la jurisdicción contencioso administrativa, con el argumento de que su período aún no se había cumplido. Los procesos están todavía en curso¹⁰⁶.

De otra parte, tanto la elección del representante de los gremios de los actores, los directores y libretistas, los productores, los técnicos, y los periodistas y críticos de televisión, como la del delegado de las ligas y asociaciones de padres de familia, las ligas de asociaciones de televidentes, y las facultades de educación y comunicación social, realizadas en el año de 1999, estuvieron acompañadas de fuertes críticas acerca de la influencia ejercida por el Gobierno en los procesos y de la intervención de organizaciones gremiales desconocidas hasta el momento.

La situación producida ha impulsado una fuerte discusión acerca de la conveniencia de mantener la Comisión Nacional de Televisión. El mismo Gobierno propuso eliminarla, y que sus funciones pasaran al Ministerio de Comunicaciones. Sin embargo, la posición del Gobierno no parece tener gran acogida en el momento. Si la crítica que se formula contra la Comisión es que en sus cortos años de existencia ha sido dominada por los gobiernos de turno, lo propio sería buscar fórmulas de integración de la Junta Directiva de la misma que permitieran asegurar que ella funcionara de una manera realmente autónoma¹⁰⁷.

las elecciones y de todo lo relacionado con la identidad de las personas— para reglamentar el proceso de selección de los representantes de los gremios citados en la Junta Directiva de la Comisión Nacional de Televisión. La Corte señaló que la potestad reglamentaria general reposa en el Presidente de la República y que ello implicaba que no era ajustado a la Constitución conferir el poder de reglamentar el proceso de elección de esos miembros a la Registraduría Nacional del Estado Civil.

106 La decisión del presidente Pastrana se fundamentó en que el mismo artículo 6 de la ley 182 de 1995 consagraba que los miembros de la Junta Directiva de la Comisión Nacional de Televisión ejercerían su cargo por un período que coincidiera con el del Presidente de la República y el Congreso. Sin embargo, al mismo tiempo, el artículo señalaba que el período sería de 4 años y, puesto que los miembros de la Junta Directiva habían sido nombrados en 1995, es evidente que el término no se había cumplido. Como se ve, la norma legal contenía en sí misma una contradicción, derivada de su aplicación en medio de un período presidencial. Véanse al respecto las revistas *Semana* del 31 de agosto de 1998 (pp. 36-37) y 8 de marzo de 1999 (pp. 74-75). Sin embargo, según nuestro parecer, resulta más conforme con la autonomía de la Comisión de Televisión, la interpretación según la cual el presidente Pastrana no podía removerlos, puesto que los miembros de esa entidad son nombrados por el Gobierno, pero no constituyen agentes del Presidente.

107 Sobre este punto véase, por ejemplo, la revista *Semana* del 21 de diciembre de 1998, p. 50.

2. *La relación de la Comisión Nacional de Televisión con los Poderes Ejecutivo y Legislativo*

Distintas sentencias de la Corte se han ocupado de la relación de la Comisión Nacional de Televisión con el Poder Ejecutivo y el poder Legislativo, con el ánimo de determinar el ámbito de autonomía de la Comisión Nacional de Televisión. En sus pronunciamientos, la Corte ha establecido que si bien la Comisión goza de autonomía, ello no significa que no deba trabajar en coordinación con las ramas del Poder Público y con los demás órganos autónomos reconocidos en la Constitución.

Así, la sentencia C-310 de 1996 declaró la constitucionalidad de distintos apartes de los artículos 5 y 12 de la ley 182 de 1995 en los que se señala que la Comisión Nacional de Televisión y su Junta Directiva deben actuar de manera coordinada con el Ministerio de Comunicaciones en el manejo de las frecuencias de televisión, en lo relacionado con los aspectos técnicos de esta actividad. De la misma manera, la sentencia C-350 de 1997 declaró la constitucionalidad de una norma contenida en la ley 335 de 1996, que prescribía que el Ministro de Comunicaciones podía asistir a las reuniones de la Junta Directiva de la Comisión Nacional de Televisión, en las cuales contaría con derecho a voz, pero no a voto. El fallo hizo remisión a lo afirmado en la sentencia C-310 de 1996, acerca de la necesaria colaboración entre los órganos del Estado, y resaltó que otra sería la decisión si al Ministro se le hubiera concedido el derecho a voto.

Asimismo, la sentencia C-350 de 1997 declaró la constitucionalidad de una norma que establecía que la determinación de la programación de la televisión cultural y educativa —y, específicamente, del canal cultural de interés público, denominado Señal Colombia— estaría bajo la responsabilidad de Inravisión, el Instituto Nacional de Radio y Televisión, adscrito al Ministerio de Comunicaciones. En este caso, la Corporación definió que si bien la programación del canal educativo y cultural —el único existente en el país— no podía quedar a merced del Gobierno, no existía reparo constitucional alguno para la norma si ese organismo técnico fijaba la programación del canal de acuerdo con las directrices, políticas y orientaciones que le impusiera la Comisión Nacional de Televisión, a fin de “garantizar la objetividad en la información y el interés general”. Igualmente, en la sentencia C-226 de 1996 la Corte decidió que la Comisión Nacional de Televisión tenía que actuar de manera coordinada con el Consejo Nacional Electoral —el organismo supremo de la organización electoral— en lo relacionado con la regulación del acceso de los partidos y movimientos políticos a los servicios de televisión operados por el Estado.

El artículo 77 de la Constitución establece que el Congreso determinará la política en materia de televisión y que la Comisión Nacional de Televisión dirigirá el desarrollo de esa política. Ello ha exigido a la Corte también señalar algunos de los linderos entre las áreas de acción de la Comisión Nacional de Televisión y el Congreso. Sin embargo, en este campo se están dando apenas los primeros pasos en lo que debe ser la delimitación de competencias entre los dos entes estatales.

Así, la sentencia C-564 de 1995 determinó la inconstitucionalidad del parágrafo del artículo 33 de la ley 182 de 1995, que autorizaba a la Junta Directiva de la Comisión Nacional de Televisión para modificar los porcentajes mínimos de programación de producción nacional, por cuanto estos porcentajes constituían parte integrante de la política de televisión y, por tanto, no era ajustado a la Constitución que se delegara en la Junta Directiva de la Comisión la facultad de modificarlos.

De la misma manera, la sentencia C-310 de 1996 afirmó que el Congreso podía fijar algunos criterios que debían ser tenidos en cuenta por la Comisión en los procesos de licitación para la adjudicación de concesiones de televisión. Sin embargo, más tarde, la sentencia C-350 de 1997 declaró la inconstitucionalidad de distintos apartados de los artículos 25 y 26 de la ley 335 de 1996, en los cuales se determinaba cuáles eran los criterios mínimos que debían observarse para la evaluación y declaración de caducidad de los contratos de concesión de televisión, qué puntuación se asignaba a cada criterio, cuál era la puntuación mínima que debía obtener el concesionario evaluado para que no se declarara la caducidad de su contrato de concesión y con qué periodicidad debían realizarse las evaluaciones. En esa ocasión, la Corte consideró que con estas normas el legislador se había introducido en materias que le correspondía regular a la Comisión Nacional de Televisión, con lo cual había vulnerado la autonomía de este ente¹⁰⁸.

b) Las facultades del Congreso para modificar los contratos de concesión de televisión vigentes

El artículo 39 de la ley 14 de 1991 prescribía que los contratos de concesión de espacios de televisión tendrían una duración de 6 años. A continuación, el artículo 40 establecía que los contratos serían prorrogados a aquellos concesionarios que “al vencimiento de su período de ejecución obtuvieran el ochenta por ciento (80%) o más del total de puntos previstos en las condiciones generales de prórroga establecidas por el Consejo Nacional de televisión...” Posteriormente, el artículo 49 de la ley 182 de 1995 confirmó la vigencia de las normas sobre los contratos de concesión, entre las cuales se incluían las referidas a la prórroga.

¹⁰⁸ Importa destacar que la misma sentencia declaró la inconstitucionalidad del parágrafo del artículo 25, el cual señalaba que en la evaluación de los noticieros y de los programas de opinión debía tenerse en cuenta y calificarse “el renglón de contenido en función de los criterios de equilibrio informativo, información veraz, imparcial y objetiva, responsabilidad social de los medios de comunicación y preeminencia del interés público sobre el privado”. En este último caso se afirmó que los criterios establecidos por el legislador eran de carácter subjetivo y que, por tanto, por medio de ellos se introducía una modalidad de censura posterior de la información suministrada por los medios, a través de la cual, en la práctica, se juzgaría si la información difundida se ajustaba a las concepciones de los evaluadores de turno. Así, la Corte concluyó que, si bien el legislador tiene la facultad de determinar que los contratos de concesión deben ser evaluados periódicamente, esa evaluación no puede recaer sobre la información que los concesionarios suministran, pues ello constituye una forma de censura.

Estas normas fueron modificadas por el artículo 10 de la ley 335 de 1996. Este prescribió que “en todo caso los contratos de concesión de espacios de televisión pública son improrrogables” y, si bien determinó que se respetarían los contratos de concesión vigentes, estableció que para ellos no habría “opción de prórroga alguna”. Lo anterior significaba que todos los espacios de televisión tendrían que entrar nuevamente en licitación en 1997.

La ley 335 de 1996 fue dictada en medio de la conmoción general que se presentó en el país a raíz tanto del proceso iniciado contra el presidente Samper por la injerencia de dineros del narcotráfico en su campaña política, como de las diligencias penales adelantadas contra distintos dirigentes políticos en razón de su vinculación con organizaciones del narcotráfico (el llamado proceso 8.000). Algunos noticieros de televisión le concedieron una amplia difusión a estos procesos y realizaron actividades investigativas en relación con ellos. Este hecho fue resaltado por algunos promotores del proyecto que se convertiría en la ley 335 de 1996, los cuales señalaron que el proyecto constituía una respuesta de la clase política al manejo que le habían dado algunos noticieros de televisión al proceso 8.000.

El mencionado artículo 10 fue entonces objeto de distintas demandas ante la Corte Constitucional. El cargo más debatido fue el de sí, en razón de las discusiones sostenidas en el Congreso y del ánimo retaliatorio expresado por algunos miembros del mismo, la norma constituía una forma velada de censura y de restricción a libertad de prensa. Algunos congresistas que intervinieron dentro del proceso de constitucionalidad defendieron el precepto con la afirmación de que mediante él se permitía que más colombianos tuvieran la oportunidad de prestar el servicio de televisión, con lo cual se cumplía el mandato de la Constitución de que esta actividad no fuera objeto de monopolio.

En su sentencia C-350 de 1997, la Corte consideró que la inconstitucionalidad solicitada se debía predicar más bien en relación con las normas mencionadas de las leyes 14 de 1991 y 182, de 1995, puesto que, en la práctica, permitían una prolongación indefinida de las concesiones¹⁰⁹, con lo cual se vulneraba tanto el derecho de igualdad de los colombianos para acceder al espectro electromagnético como el derecho de fundar medios masivos de comunicación. Esto último, por cuanto no tenía sentido crearlos “si los espacios de televisión en los cuales podría difundirse, estaban concedidos a perpetuidad...”

En consecuencia, el Tribunal concluyó que la derogación de la prórroga tendía a democratizar el acceso a la televisión, y que no era válida la acusación de que esa medida estuviera restringiendo la libertad de prensa. La Corte expresó:

Si la prórroga de los contratos de concesión de espacios públicos de televisión, tal como estaba concebida en el artículo 40 de la ley 14 de 1991, restringía el acceso democrático

109 En palabras de la Corte: “[l]as normas mencionadas, sin lugar a dudas, establecían las prórrogas sucesivas y sin límite (en cuanto al número de las mismas), de los contratos de concesión de espacios de televisión. Bastaba que el concesionario cumpliera obligaciones contractuales, obligación elemental que tiene todo contratista. En últimas lo que establecían era la concesión perpetua de los espacios de televisión.”

e impedía la realización del principio de igualdad de oportunidades para aspirar al uso del espectro electromagnético, es claro entonces, que la prohibición de la misma, respecto de los contratos vigentes y los que se celebren en el futuro, sí contribuye a la democratización en el uso de ese bien público, y que ese propósito se impone como un motivo de interés general y utilidad común, que de una parte, dota de legitimidad la medida impugnada, y de otra, justifica que la situación jurídica de los particulares, concesionarios de espacios públicos de televisión que tenían la expectativa de que se prorrogaran sus contratos, ceda al interés público, sin que se evidencie en la medida ningún elemento que pueda respaldar la acusación de que ella constituye una ‘forma de censura’.

Tampoco encuentra la Corte, que la prohibición de prórroga, que como se ha visto, en el caso sub-examine, contribuye a garantizar una mayor democratización en el uso de un bien público restringido como lo es el espectro electromagnético, vulnere o impida el ejercicio del derecho a la información, al contrario, con ella se amplía el espectro de posibilidades de que un mayor número de personas, incluidas las que actualmente son beneficiarias de concesiones, participen en los procesos de selección para otorgar nuevos contratos y ejerzan su derecho a fundar medios masivos de comunicación, propiciándose la realización de principios superiores como el de pluralismo y libre competencia, con lo que se desvirtúan las acusaciones que corresponden al segundo cargo de inconstitucionalidad.

Con todo, la Corte introdujo una aclaración que atenuó el efecto temido de la norma, cual fue la de que ésta no impedía que los concesionarios de ese entonces participaran en los nuevos procesos de adjudicación de los espacios. De esta manera, señaló el Tribunal, tanto los concesionarios como los que aspiraban a serlo podrían competir en igualdad de condiciones por los espacios, aun cuando, obviamente, los primeros contarían con la ventaja de que podrían acreditar experiencia en la actividad televisiva.

Meses después, el contenido integral de la ley 335 de 1996 y el artículo 10 de la misma fueron demandados nuevamente, con el argumento de que en la expedición de la ley el Congreso habría incurrido en una desviación de poder, dado que el proyecto que se convirtió en la ley 335 había tenido propósitos persecutorios —“generar consecuencias y cargas negativas para las programadoras que habían informado ampliamente y desplegado actividades de periodismo investigativo sobre el proceso 8.000”— e intimidatorios —“mandar un mensaje político claro e inequívoco a todas las programadoras que tienen espacios de información u opinión, en el sentido de que determinadas informaciones y la formulación de ciertas críticas a la clase política tradicional acarrearían como consecuencia la pérdida del derecho a informar y opinar en el medio más efectivo que es la televisión”.

La demanda agregaba que el fin de la ley era “impedir que los noticieros de televisión más críticos de algunos miembros poderosos del Congreso continuaran ejerciendo sus actividades periódicas”. Por eso, concluía que aunque la ley no constituía un acto de censura, sí contenía un objetivo intimidatorio, fin que también vulneraba las normas constitucionales sobre la libertad de prensa. Ello, por cuanto la Constitución garantiza “un espacio amplio y

desinhibido para la libre circulación de informaciones y opiniones”, y este espacio se restringe “cuando el Congreso puede responder a sus críticos mediante una ley que los obliga a aconductarse o a correr el riesgo inminente de salir del aire en un pocos meses cuando se realice la nueva adjudicación ordenada por la misma ley...”

La demanda lanzaba un importante interrogante acerca de los límites que puede establecer la libertad de prensa de frente a la libertad de configuración política de que goza el legislador. Sin embargo, en la sentencia C-456 de 1998, la Corte se declaró inhibida para conocer sobre los cargos formulados, con el argumento de que existía cosa juzgada sobre ellos, por cuanto ya habrían sido tratados en la sentencia C-350 de 1997.

Las dos sentencias comentadas contaron con cuatro salvamentos de voto, situación que da constancia de las fuertes diferencias que surgieron alrededor del tema, tanto en el Tribunal como en la misma sociedad. Según los magistrados disidentes, las decisiones son equivocadas pues permitieron que el Congreso modificara las reglas de juego de asignación de espacios televisivos, pues las programadoras habían obtenido los espacios, con la posibilidad de que se los prorrogaran si cumplían con determinadas condiciones. Según estos votos disidentes, la supresión de la prórroga no sólo violaba la buena fe y desconocía derechos adquiridos, pues los programadores confiaban en el mantenimiento de la regulación sino que, además, lejos de ser una medida general para regular la televisión constituía en realidad una represalia política específica de la llamada clase política contra aquellos noticieros que los habían criticado durante el desarrollo del llamado proceso ocho mil, como lo mostraban claramente los debates en el Congreso durante la aprobación de esa normatividad. Pero, añadía uno de los magistrados, incluso si la ley no tenía ese propósito perverso de retaliación sino la finalidad legítima de democratizar la televisión, de todos modos era inconstitucional por cuanto afectaba desproporcionadamente las condiciones de los contratos de concesión vigentes, puesto que existían medidas alternativas menos lesivas; así, bien hubiera podido la ley modificar hacia el futuro las concesiones de televisión, sin afectar los contratos vigentes.

Lo anterior indica que seguirá siendo objeto de controversia la definición acerca de cuáles son los límites del Congreso en la legislación sobre los medios, en aras de garantizar la libertad de prensa.

Resta por mencionar que la aplicación del artículo 10 de la ley 335 de 1996 condujo a la realización de una nueva licitación para los noticieros de televisión, a raíz de la cual perdieron sus espacios dos noticieros que se habían distinguido por su independencia y sus críticas al gobierno y a la clase política: los informativos AM.PM y QAP. Al mismo tiempo, por causa de la licitación entraron al aire cuatro nuevos noticieros, tres de los cuales —Hora Cero, En Vivo 9:30 y Uninoticias— se distinguirían en la campaña para las elecciones presidenciales de 1998 por su marcada parcialidad en favor del candidato cercano al presidente Samper y a las mayorías parlamentarias¹¹⁰.

110 Así lo demostraron las mediciones que hicieron tanto la Comisión Nacional de Televisión como la Veeduría ciudadana a la elección presidencial sobre el tiempo de información que brindó cada noticiero

c) **La jurisprudencia de la Corte sobre la libertad para fundar medios de comunicación y sobre las características accionarias de las empresas operadoras de televisión**

El artículo 20 de la Carta Política consagra la libertad “de fundar medios masivos de comunicación”. Esta disposición ha generado distintos debates acerca del alcance de ese derecho y de las características que deben reunir las operadoras de televisión, como se verá a continuación.

Una de las primeras controversias en este campo giró alrededor de si el Estado podía exigir permisos para iniciar la transmisión de programas televisivos. La primera sentencia dictada sobre este tema fue la T-081 de 1993. El proceso se inició cuando un grupo de personas constituyó una sociedad comercial, cuyo objeto social era el de prestar el servicio de televisión en los distintos niveles territoriales, para “expresar y difundir pensamientos y opiniones, y recibir y transmitir información veraz e imparcial, de acuerdo con el artículo 20 de la Constitución”. La sociedad le informó al Ministerio de Comunicaciones que iniciaría la transmisión de su programación de prueba a partir de un día determinado, utilizando una frecuencia específica. El Ministro respondió con la orden de abstenerse de comenzar las emisiones y con el inicio de una actuación administrativa para establecer si la sociedad había violado la ley y la Constitución. El representante legal de la sociedad instauró una tutela contra el Ministerio, la cual fue sustentada con la afirmación de que la actuación del Ministro vulneraba el derecho fundamental de crear medios masivos de comunicación, derecho que era de aplicación inmediata.

En su sentencia, la Corte precisó que si bien la libertad de fundar medios masivos de comunicación era, en principio, un derecho fundamental de aplicación inmediata, era necesario establecer diferenciaciones entre los distintos medios, con el objeto de armonizar el artículo 20 de la Constitución con otros artículos de la misma. Así, señaló que mientras en algunos casos —como en la prensa escrita— era suficiente contar con los recursos económicos necesarios para poder difundir las opiniones propias, en otros casos —como en la televisión y la radio— era necesario, además, utilizar un bien de uso público —el espectro electromagnético— para poder difundir las opiniones. Precisamente el hecho de que las transmisiones de televisión se realizaran a través del espectro autorizaba al Estado para regular y vigilar ese servicio, con el ánimo de garantizar tanto las condiciones óptimas de utilización del espectro, como la libre competencia y el pluralismo informativo. Por lo tanto, la Corte concluyó que el Estado sí estaba autorizado para determinar que el uso de las frecuencias de transmisión dependiera de la obtención de una concesión estatal, todo lo cual permitiría “garantizar el cumplimiento de los fines sociales del Estado, el uso técnicamente adecuado del espectro y la igualdad de oportunidades en su acceso”.

a los distintos candidatos presidenciales. Véase sobre el tema el artículo de Juan Fernando Jaramillo sobre las elecciones presidenciales en Colombia, en 1998, que forma parte de un libro que será publicado próximamente por CIEDLA, sobre la campaña electoral en distintos países de América Latina.

La decisión tomada en la sentencia T-081 de 1993 fue ratificada posteriormente con el fallo C-189 de 1994, que versó sobre una demanda dirigida contra distintos artículos del decreto 1900 de 1990 que prescribían que el uso de las frecuencias radioelectrónicas para la prestación de servicios de telecomunicaciones —tales como la radio, la televisión, la telefonía, la difusión por cable, el telégrafo, el télex, etc.— debía ser autorizado. La demanda señalaba que esa disposición violaba el derecho a fundar medios masivos de comunicación. La Corte respondió que desde hacía muchas décadas las telecomunicaciones habían sido catalogadas por el legislador como un servicio público y que ello significaba que el legislador estaba autorizado para restringir la libertad de fundar medios. Además, insistió en que el derecho de crear medios de comunicación debía ser interpretado en armonía con otras disposiciones de la Constitución referidas a la autorización que se brinda al Estado para regular el uso del espectro electromagnético, la prestación de los servicios públicos y, en general, el campo de las comunicaciones.

Uno de los puntos que más debate ha generado en la legislación sobre medios tiene que ver con las características que deben reunir las sociedades privadas que operen el servicio de televisión, de manera que se impidan la prácticas monopolísticas en el mismo, tal como lo ordena la Constitución. Las normas legales sobre esta materia han variado y ello ha traído consigo cambios en la jurisprudencia de la Corte.

El artículo 35 de la ley 182 de 1995 determinó que sólo las personas jurídicas, públicas o privadas podían prestar el servicio público de televisión. Esta disposición era complementada por el artículo 56, el cual dispuso, en relación con el carácter de las personas jurídicas privadas, que los operadores de los canales zonales debían ser sociedades anónimas abiertas y que sus acciones debían estar inscritas en una bolsa de valores. La exigencia de asumir el carácter de sociedades anónimas abiertas implicaba —de acuerdo con el artículo 5 del decreto 679 de 1994— que las mencionadas empresas tenían que contar con más de 300 accionistas y que ninguna persona podía ser titular de más del 30% de las acciones en circulación. Esta característica era resaltada por el mismo artículo 56, que ordenaba que ninguna persona o grupo de personas que conformaran un mismo beneficiario real podía ser titular de más del 30% de las acciones de un operario.

Las dos normas fueron demandadas, con el argumento de que vulneraban el derecho de las personas naturales a fundar medios de comunicación. La sentencia C-093 de 1996 determinó la constitucionalidad de las dos disposiciones. En su exposición, la Corte precisó que los operadores utilizan el espectro electromagnético, el cual, de acuerdo con el artículo 75 de la Constitución, es un bien público sujeto a la gestión y control del Estado. Luego, recaló que este mismo artículo constitucional determina que el Estado debe intervenir por mandato de la ley en el uso del espectro para evitar las prácticas monopolísticas y garantizar el pluralismo informativo y la competencia. De allí concluyó, entonces, que la ley sí podía establecer las restricciones demandadas, con el objeto de facilitar el control de los operadores de televisión, de garantizar su profesionalismo, de democratizar su propiedad y de evitar la constitución de monopolios.

La Corte aclaró, además, que la declaración de constitucionalidad de los dos artículos se pronunciaba bajo el entendido de que el Estado debía velar para que las sociedades anónimas abiertas que prestaran el servicio de televisión funcionaran realmente como tales e integraran su capital mediante ofertas abiertas al público, de manera que respondieran al principio de democratización de la propiedad. Igualmente, señaló que también en el caso de los canales locales las personas jurídicas tenían que conformarse como sociedades anónimas abiertas. Esta decisión significaba que todos los operadores privados de televisión tendrían que constituirse como sociedades anónimas abiertas. El artículo 37 de la ley 182 de 1995 preveía cuatro niveles territoriales para la prestación del servicio de televisión: el nacional, el zonal, el regional y el local. Sin embargo, solamente los canales zonales y los locales podían ser operados por personas jurídicas privadas, puesto que los canales nacionales habían sido reservados al Estado hasta el año de 1998 y los regionales solamente podían ser operados por entidades públicas organizadas como empresas industriales y comerciales del Estado.

Las normas sobre la regulación de la propiedad de las operadoras privadas de televisión fueron modificadas por la ley 335 de 1996, que autorizó la creación de canales de televisión nacionales de operación privada a partir del 1° de enero de 1998, y dispuso que todas las referencias hechas en la ley 182 de 1995 a los canales zonales de televisión habrían de entenderse en adelante como referidas a los canales nacionales de operación privada. En su artículo 13, la ley modificó la regulación existente acerca de la composición accionaria de las operadoras privadas de televisión. Para el efecto dispuso que los concesionarios de los canales nacionales de operación privada debían ser simplemente sociedades anónimas con un mínimo de 300 accionistas, y que dichas sociedades debían inscribir sus acciones en las bolsas de valores. La norma fue demandada, por cuanto se consideró que permitía en la práctica la concentración de la propiedad sobre los canales nacionales de operación privada, pues permitía que un grupo económico asumiera el control de uno de esos canales, dado que no establecía —como en el pasado— un límite porcentual de propiedad accionaria para estos operadores privados de televisión.

En su análisis, la Corte observó, inicialmente, que la norma demandada había conservado la exigencia de que los operarios privados fueran sociedades anónimas, con más de 300 accionistas y con sus acciones inscritas en una bolsa de valores, para luego corroborar que había sido eliminada la exigencia que señalaba que ningún accionista podía ser propietario de más del 30% de las acciones. Con todo, recaló que esta modificación no significaba que la norma fuera inconstitucional. Por lo tanto, declaró su constitucionalidad, siempre y cuando “la conformación accionaria [...] en términos de sus beneficiarios reales, no dé lugar a una práctica monopolística en el uso del espectro electromagnético”. De acuerdo con lo expresado en la parte motiva de la sentencia, esta condición se predicaría no solamente del conjunto de las sociedades anónimas que sean concesionarias de los canales nacionales de operación privada, sino también de cada una de ellas individualmente consideradas.

Evidentemente, con la expedición de la ley 335 de 1996 el Congreso tuvo el firme propósito de modificar la regla que señalaba que ningún accionista de las empresas de televisión

privada en el país podía ser propietario real de más del 30% de las acciones de esas sociedades de televisión. Esa voluntad del legislador dificultaba —aunque no impedía— mantener la posición expuesta por la Corte en su sentencia C-093 de 1996. La decisión de la Corte en este punto no fue clara. Si bien en la parte resolutive señaló que la norma demandada era constitucional bajo el entendido de que la conformación accionaria de las sociedades concesionarias, en términos de sus beneficiarios reales, no podía dar lugar a una práctica monopolística en el uso del espectro electromagnético —lo que parecería indicar que preservaba su posición anterior—; esta afirmación podía ser objeto de distintas interpretaciones y, en el marco de los intereses existentes en ese momento, fue interpretada como la aceptación de que los canales privados fueran dados en concesión a empresas controladas por un accionista.

De hecho, con base en la nueva regulación, los canales nacionales de televisión de operación privada fueron adjudicados a empresas pertenecientes a dos grandes conglomerados económicos, a saber: a Caracol Televisión, de propiedad del Grupo Empresarial Bavaria (antes conocido como Grupo Santodomingo) y a RCN Televisión, perteneciente a la Organización Ardila Lülle. De esta manera, estos grupos económicos extendieron aún más su presencia en el sistema de medios en Colombia, lo cual genera serios interrogantes acerca de la vigencia del derecho de los colombianos a recibir una información veraz e imparcial. En efecto, de acuerdo con un estudio adelantado en 1995, de las 670 emisoras existentes en el país, la cadena RCN poseía el 19,8%, mientras que la cadena CARACOL era propietaria del 18,3%, cifras sobre las que habría que agregar que las emisoras de estas cadenas funcionan en las zonas más densamente pobladas del país, lo cual les otorga una mayor capacidad de influencia¹¹¹. Asimismo, cabe destacar que el grupo empresarial Bavaria es propietario del diario *El Espectador* de Bogotá, que hasta hace pocos años le disputaba al periódico *El Tiempo* la supremacía en circulación e influencia en el país, y ahora se encuentra en el tercer lugar de tiraje.

Además, la adjudicación de los canales nacionales privados a estos dos conglomerados económicos ha generado discusiones acerca de la amenaza que ello representa para la libre competencia en el medio televisivo, por cuanto los mencionados grupos económicos han dirigido buena parte de la pauta publicitaria de sus empresas a los canales de su propiedad, con lo cual han afectado a los distintos concesionarios de los canales públicos y locales. Los peligros de esta situación se han evidenciado en la actual época de crisis económica que afronta el país. La recesión ha producido una disminución considerable de la pauta publicitaria en general y, puesto que ahora hay más canales entre los que se distribuye la propaganda y que las empresas de los mencionados grupos prefieren pasar sus comerciales en los canales de su conglomerado, un buen número de concesionarios del servicio de televisión

111 Cifras contenidas en Herrán, María Teresa, “Llevar la teoría a la realidad. El periodismo en Colombia: una brecha entre el mundo formal y el real”, en *Desarrollo y Cooperación No. 6*, Deutsche Stiftung für internationale Entwicklung, Berlín, 1998. La autora afirma que los datos fueron tomados de un estudio realizado por Napoleón Franco y Cía., Infoanálisis Colombia, titulado: “El rol de la industria publicitaria en Colombia y su impacto económico”.

han tenido que devolver sus espacios y pasar a negociar sus producciones con otras programadoras¹¹².

d) La televisión y los procesos electorales

La Constitución señala que se debe garantizar el pluralismo informativo en el uso del espectro electromagnético (C.P., art. 75). Igualmente, determina que todos los ciudadanos tienen el derecho de recibir una información veraz e imparcial (C.P. art. 20).

En desarrollo de estas normas, la ley 130 de 1994 “estatutaria sobre los partidos y movimientos políticos” prescribió, en su artículo 27, que “[l]os concesionarios de los noticieros y los espacios de opinión en televisión, durante la campaña electoral, deberán garantizar el pluralismo, el equilibrio informativo y la imparcialidad...”

La sentencia T-484 de 1994 versó sobre cómo se materializa el principio del equilibrio informativo. El proceso trató sobre la exigencia de un candidato presidencial —Antonio Navarro de la Alianza Democrática M-19— de ser invitado a participar en un debate televisado que habían programado dos noticieros de televisión entre los candidatos presidenciales de los partidos liberal y conservador: Ernesto Samper y Andrés Pastrana. Los mencionados noticieros habían extendido a los distintos postulantes la propuesta de realizar un debate por televisión entre aquellos candidatos que —de acuerdo con los datos que arrojará una encuesta— contaran con una intención de voto igual o superior al 10%. De manera simultánea, el actor se había puesto en contacto con los candidatos Samper y Pastrana con miras a organizar un debate televisado entre ellos. Ellos habían aceptado, pero después decidieron realizar el debate sin Navarro, contando con el concurso de los dos noticieros que habían propuesto realizar la discusión.

En vista de que no había sido invitado para participar en el debate planeado, Navarro instauró una acción de tutela, en la cual afirmaba que ese hecho vulneraba tanto su derecho general a la igualdad como su derecho de acceder en igualdad de condiciones al uso del espectro electromagnético, así como su derecho a participar en la conformación, ejercicio y control del poder político y el derecho de los colombianos de recibir información sobre todas las propuestas políticas de los candidatos presidenciales.

La Corte señaló que la Constitución determina que quien difunde información tiene el deber de hacerlo en forma veraz e imparcial, pero, añadió, la veracidad e imparcialidad solamente se refieren a los hechos y no a las opiniones, pues “el juicio o la valoración que él haga de los hechos, pertenece a su libertad de opinión, a su libertad de expresar sus opiniones, bajo su responsabilidad”. A continuación, expresó que la censura estaba prohibida en

112 Sobre la situación actual de las programadoras véase, entre otros, las siguientes contribuciones publicadas en el diario El Tiempo: “Harakiri”, de Enrique Patiño, 8 de agosto de 1999; “La actual televisión: la crisis no es sólo económica”, de Ismael Roldán, 24 de agosto de 1999; y “El noticiero Único”, aparecida el 19 de agosto de 1999. Igualmente, véase el artículo “¿La quiebra de la televisión?”, publicado en revista Semana del 21 de junio de 1999.

el país, y que el imponerle a un periodista la emisión de determinadas informaciones u opiniones constituía una especie de censura, de violación a la libertad de expresión. Al respecto afirmó: “La prohibición de la censura, y la libertad de prensa, se violan cuando se impone al periodista la obligación de publicar una información u opinión, del mismo modo que cuando se le impide su difusión. Que la prensa sea libre no admite interpretación diferente a la que se basa en la real libertad del periodista. Es él quien, bajo su responsabilidad, debe decidir qué publica, y cuándo y cómo lo publica.”

En relación con el caso concreto, la Corte aclaró que para las elecciones presidenciales se habían presentado 18 candidatos, y que el interés de los ciudadanos se había concentrado solamente en unos pocos. Por ello, consideró que era “absolutamente comprensible que los organizadores de los debates por televisión limitaran la participación en ellos a los candidatos que tuvieran a su favor al menos el 10% en las encuesta de opinión. Ello se ajusta al propósito de darle al público precisamente lo que él quiere, y no imponerle algo que es contrario a sus inclinaciones...”

La Corte afirmó también que la obligación de los medios de mantener el equilibrio informativo indica solamente “que el periodista decida con ecuanimidad, mesura y sensatez qué informa y cómo y cuándo informa”, razón por la cual no se podía considerar que los noticieros demandados habían vulnerado este deber al seleccionar para el debate a los candidatos que más simpatías despertaban en la población. Por lo tanto, la solicitud de amparo fue denegada, con la aclaración de que no se había vulnerado ningún derecho fundamental del actor y de que “ni él, ni ninguno otro de los candidatos, tenía derecho a disponer a su arbitrio de los noticieros o espacios de opinión que el Estado concede a los particulares, o a imponerles unas determinadas obligaciones en cuanto a la manera de ejercer sus funciones”.

También la Corte se ha manifestado sobre el papel que pueden desempeñar los medios en los procesos electorales. Así, en su sentencia C-488 de 1993, el Tribunal declaró que era inconstitucional una prohibición contenida en el inciso 2 del artículo 23 de la ley 58 de 1985, que señalaba que “durante los 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 una elección”. En su fallo, la Corte concluyó que la disposición demandada constituía un acto de censura, vulneratorio del derecho de información de los ciudadanos y de la libertad de expresión. El Tribunal destacó que era de interés general el conocer cuál era la posición de la ciudadanía acerca de los candidatos y de sus propuestas. De ahí que resultara “lógica la obligación el Estado de permitir que los profesionales del periodismo informen a la opinión pública sobre el conocimiento que tengan del comportamiento político de los electores”¹¹³.

113 Esta sentencia de la Corte Constitucional significó un cambio en la jurisprudencia constitucional sobre este punto, pues la misma norma ya había sido declarada como constitucional por la Corte Suprema de Justicia, cuando ésta era la encargada de resolver sobre las demandas de inconstitucionalidad, en el marco de la Carta Política de 1886. En aquella ocasión la Corte Suprema de Justicia había declarado

La misma posición adoptó la Corte en su sentencia C-089 de 1994, con respecto a una norma del proyecto de ley estatutaria sobre los partidos políticos que contemplaba la misma prohibición. Sin embargo, en esta ocasión la Corte precisó su jurisprudencia al declarar la constitucionalidad de una norma del mismo proyecto que prohibía la divulgación de encuestas durante el día de las elecciones, entre las cuales se encuentran también las realizadas en boca de urna —las llamadas *exit poll*—. En la providencia, el Tribunal declaró: “Es evidente que la divulgación de encuestas y proyecciones sobre el comportamiento electoral el día de las elecciones puede interferir el desarrollo normal y espontáneo del respectivo certamen y dar lugar a equívocos o informaciones que desorienten o desalienten a los votantes. El día de las elecciones, en el que los ciudadanos ejercen secretamente su derecho al sufragio (C.P. art. 258) y se define el rumbo democrático del país, deberán acallarse todas las voces que no sean la voz del pueblo.”¹¹⁴

Finalmente, cabe destacar que en la misma sentencia C-089 de 1994 el Tribunal se pronunció sobre una serie de normas contenidas en el proyecto de ley estatutaria sobre los partidos políticos, que regulaban el uso de los medios de comunicación durante los procesos electorales¹¹⁵. De esta manera, se determinó que la misma Constitución autorizaba a la ley para establecer que el Consejo Nacional Electoral debe fijar con antelación a cada elección la suma máxima de dinero que puede ser invertida en la campaña por los candidatos a los distintos cargos de elección popular; se declaró que era constitucional la norma que determinaba que los partidos solamente podrían hacer propaganda electoral a través de los medios durante los 3 meses anteriores a la fecha de las elecciones, puesto que ello permitía mayores condiciones de igualdad entre los candidatos; se estableció la inconstitucionalidad de una norma que prohibía la llamada propaganda negativa, por cuanto introducía limitaciones a la libertad de expresión y al derecho de difundir libremente las ideas y programas; se determinó la constitucionalidad del artículo que prescribía que los partidos y movimientos políticos con personería jurídica tenían derecho a acceder gratuitamente a los medios de comunicación social del Estado, tanto en forma permanente —para que divulguen su ideario político— como dentro de los 30 días anteriores a las elecciones para que los candidatos ex-

que la norma perseguía el “beneficio colectivo” y se había establecido “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” (véase la sentencia núm. 58, de 24 julio 1986, M.P. Jairo Duque Pérez).

114 Es importante aclarar que la misma sentencia C-488 de 1993 había dejado abierta la puerta para establecer alguna restricción temporal para la publicación de los resultados de las encuestas, con el fin de establecer “un razonable margen de reflexión, para que el elector pueda serenamente, y sin la presión externa de los medios de comunicación [...] reflexionar sobre la decisión que haya de tomar en las urnas”. Por eso, en la sentencia se señalaba que la Corte consideraba prudente “que con una antelación de unos pocos días se establezcan por el legislador restricciones en la materia...”

115 En la mencionada sentencia C-089 de 1994 se realizó el control previo de constitucionalidad sobre el contenido integral del proyecto de ley estatutaria sobre los partidos políticos.

pongan sus tesis; se manifestó que era ajustado a la Constitución que, en relación con el acceso permanente de los partidos a los medios, se estableciera que para la distribución del 60% de los espacios de televisión habría de tenerse en cuenta la representación de los partidos en la Cámara de Representantes, puesto que ello introducía “un índice seguro para establecer la dimensión real de cada formación política desde el punto de vista electoral”; se concluyó que armonizaba con la Constitución la norma que prescribía que los recursos que integran el fondo para el funcionamiento de los partidos se distribuirían en un 50% en condiciones de igualdad y en el restante 50% en proporción a los escaños logrados por los partidos en las última elecciones, etc.

e) **Los alcances de la jurisprudencia colombiana en búsqueda de un mercado equitativo de las ideas**

Las anteriores sentencias de la Corte Constitucional sobre las condiciones estructurales del ejercicio igualitario de la libertad informativa ameritan unas breves reflexiones. Así, es evidente que —a diferencia de la Corte Suprema de Estados Unidos— la jurisprudencia colombiana reconoce expresamente la importancia constitucional de que se regule el mercado de las ideas, para lograr una mayor equidad en el flujo de las ideas e informaciones. Por ello la Corte ha admitido disposiciones legales —como los topes a los gastos electorales—, que fueron anuladas en los Estados Unidos. Igualmente, por tal razón, la Corte también ha admitido que el Legislador pueda establecer requisitos para democratizar el acceso a la televisión y a otros medios. También la Corte ha intentado preservar alguna autonomía a la Comisión Nacional de Televisión, a fin de evitar que este importante medio de información sea sometido a un control de los grandes grupos políticos, por lo cual ha anulado algunas tentativas de las mayorías en el Congreso por incidir más directamente en la conformación de esa entidad. La Corte ha intentado entonces avanzar en la formación de una mayor equidad informativa, ya sea avalando las decisiones legislativas orientadas en esa dirección, ya sea invalidando aquellas determinaciones que pretendían instrumentalizar políticamente algunos medios, por lo cual, la orientación general de la jurisprudencia colombiana en este campo nos parece interesante.

Sin embargo, en otros aspectos, los resultados son más ambiguos: así, la Corte terminó por aceptar algunas represalias de los grupos políticos contra algunos medios que fueron sus críticos, durante el juicio al presidente Samper (ver supra V b), con lo cual afectó la equidad y la libertad informativa. Igualmente, sus desarrollos jurisprudenciales en el campo electoral, suscitan algunos interrogantes, que conviene examinar más sistemáticamente, ya que la interacción entre medios de comunicación y política es en esta esfera muy importante. En efecto, en cierta medida, se puede decir que es a través de las elecciones que la opinión pública incide directamente en las estructuras de poder.

Los distintos pronunciamientos de la Corte sobre la actividad de los medios en los procesos electorales y sobre su utilización en los períodos de elecciones han contribuido, entre

otras cosas, a ir precisando reglas acerca del comportamiento de los medios en los procesos electorales —como se deriva de la sentencia T-484 de 1994— y a crear condiciones de mayor libertad para la información sobre las campañas electorales y la realización de las mismas, tal como se observa en los fallos sobre las encuestas electorales y la propaganda negativa.

Como se observa, la Corte ha considerado que no riñe con la Constitución el que los índices sobre la fuerza electoral —o preelectoral— de los candidatos o partidos sean utilizados como criterio para la invitación a debates electorales, y para la distribución tanto de los espacios permanentes de los partidos en los medios de comunicación social del Estado como de los recursos estatales para la financiación del funcionamiento ordinario de los partidos. En todos estos casos, la Corte ha concluido que es razonable atender a este criterio, en vista de que los recursos son limitados y de que los mencionados índices señalan cuál es el grado de aceptación ciudadana de un partido y, por lo tanto, cuál es el interés público en conocer las propuestas del mismo y en financiar sus actividades.

La decisión de la Corte es razonable, si bien puede ser objeto de interrogantes teóricos acerca de si se encuentra en contradicción con el derecho a gozar de igualdad de condiciones en la actividad política. Pero lo que debe resaltarse en esta materia es que ella continuará produciendo debates en un futuro próximo, en atención a los intentos de entablar negociaciones de paz con los distintos grupos insurgentes en el país. En efecto, si las negociaciones llegaran a fructificar y se lograra que estos grupos manifestaran su disposición de integrarse a la vida política, sería necesario repensar la validez de la utilización del mencionado criterio de distribución, dada la evidente debilidad política —que no militar— de los grupos guerrilleros. En esas condiciones, es muy probable que estos grupos exijan un tratamiento igualitario para sus partidos y candidatos durante un período determinado.

La aludida sentencia T-484 de 1994 declaró que el periodista debe decidir libremente “qué publica, y cuándo y cómo lo publica”, pues lo contrario equivaldría a la imposición de una censura. Asimismo, se precisó que la obligación de los medios de preservar el equilibrio informativo significaba solamente que el periodista debe decidir “con ecuanimidad, mensura y sensatez qué informa, y cómo y cuándo informa”. Estos pronunciamientos deben ser re-examinados a partir de la experiencia de las elecciones presidenciales de 1998, las cuales arrojaron fuertes interrogantes acerca de la imparcialidad de los medios de comunicación en la campaña electoral y acerca del papel que deben cumplir las entidades estatales para garantizar que los medios mantengan el equilibrio informativo y la imparcialidad en los debates electorales.

Para las mencionadas elecciones presidenciales de 1998, tanto la Comisión Nacional de Televisión como una Veeduría Ciudadana a la elección presidencial se hicieron a la tarea de realizar un control del tiempo que le dedicaba cada noticiero a los distintos candidatos presidenciales, tanto en la primera como en la segunda vuelta. Los datos arrojados por los estudios coincidieron en señalar que en la campaña para la primera vuelta solamente 4 de las 13 candidaturas fueron atendidas, y que, dentro de estas cuatro, las de Horacio Serpa y Andrés Pastrana, los candidatos de los partidos liberal y conservador, contaron con mucha

mayor difusión. Además, el estudio del comportamiento de cada medio permitió deducir que algunos noticieros asumieron posiciones francamente parcializadas en su información. Los resultados ofrecidos por la Comisión Nacional de Televisión para la primera vuelta son los siguientes¹¹⁶:

Resumen del tiempo dedicado por los noticieros de televisión a los diferentes candidatos a la Presidencia de la República

Período: Del 14 de abril al 29 de mayo de 1998 (días hábiles).
Consolidado 32 días.

Canal	Noticiero	Bedoya	Pastrana	Sanín	Serpa	Otros candidatos	Resultado encuestas y otros informes
A	RCN al día	4'32"	14'48"	9'08"	13'54"	0"	16'46"
	Nacional	6'32"	8'45"	8'52"	14'25"	0"	5'19"
	Las Noticias de la Noche	4'11"	13'05"	9'01"	11'57"	50"	19'29"
	En Vivo 9:30	3'59"	20'01"	14'45"	27'28"	1'19"	11'21"
UNO	7AM Caracol	11'52"	20'02"	15'36"	21'17"	0"	55'45"
	24 Horas	59"	9'58"	7'18"	10'11"	0"	8'18"
	Noticiero de las siete	10'45"	15'37"	7'18"	10'11"	0"	18'53"
	CM&	43"	23'53"	14'56"	25'31"	7"	19'22"

116 El estudio de la Veeduría se extendió también a los diarios y la radio. Mientras la Veeduría explicitó sus criterios para la realización del estudio y los problemas que podían presentar, el trabajo de la Comisión no señala cuáles fueron los parámetros utilizados. Las cifras que ofrecen los dos estudios conducen a las mismas conclusiones, si bien difieren en las mediciones de algunos noticieros. Los resultados del estudio de la Veeduría se encuentran en el escrito citado de Juan Jaramillo y en el artículo "Medios de comunicación y elecciones", escrito por Bonilla, Jorge Iván/ García, María Eugenia/ Romero, Edward/ Peñaranda, Leandro, aparecido en Bejarano, Ana María / Dávila Andrés (ed.) 1998: Elecciones y democracia en Colombia 1997-1998, obra publicada por la Fundación Social, la Universidad de los Andes y la Veeduría Ciudadana a la elección presidencial, 1998.

Período: Del 9 de abril al 30 de mayo (Días: sábados, domingos y festivos).
Consolidado 19 días.

Canal	Noticiero	Bedoya	Pastrana	Sanín	Serpa	Otros candidatos	Resultado encuestas y otros informes
A	Informativo Nacional	7'26"	6'34"	8'37"	8'23"	0"	8'47"
	TV Hoy	1'19"	22'26"	1'42"	12'	0"	15'54"
	Hora O	2'	5'21"	6'22"	19'25"	0"	7'52"
UNO	24 Horas la Revista	6'27"	7'05"	5'57"	7'03"	3'11"	1'56"
	Uninoticias	3'48"	7'57"	6'32"	13'33"	1'43"	8'50"
	NTC	7'58"	11'33"	11'22"	14'41"	1'43"	9'29"

Con base en los datos anteriores, el tiempo total dedicado por los noticieros a cada candidato durante la campaña para la primera vuelta sería el siguiente:

Candidatos	Días hábiles		Días festivos	
	Minutos	%	Minutos	%
Horacio Serpa	145'6"	35,3%	75'	35,0%
Andrés Pastrana	122'15"	29,6%	60'9"	28,4%
Noemí Sanín	90'45"	21,9%	40'53"	18,9%
Harold Bedoya	43'55"	10,5%	33'9"	15,8%
Demás candidatos	10'8"	2,6%	5'6"	2,6%
Total	412'15"	100%	214'2"	100%

Como se observa, la información sobre las candidaturas se concentró en los candidatos Serpa, Pastrana, Sanín y Bedoya, mientras que los otros 9 candidatos fueron prácticamente ignorados. Además, de las cuatro candidaturas, las de Serpa y Pastrana obtuvieron la mayor atención (el 64%), mientras que Bedoya se encuentra a una gran distancia de ellos y Noemí se ubica en un punto medio. De otra parte, al dirigir la atención hacia el desempeño de cada noticiero se puede percibir que algunos le apostaron decididamente a un candidato, tal como ocurrió con los Noticieros Nacional, En Vivo, Hora Cero y Uninoticias —que prefirieron evidentemente la información sobre Serpa— y con el noticiero TV Hoy, que decidió concentrarse fundamentalmente en la candidatura de Pastrana.

Para la segunda vuelta, el estudio de la Comisión muestra que la información sobre los dos candidatos finalistas fue más equilibrada, pero que algunos noticieros tenían una clara preferencia política, de manera que al balance no se llegaba por el tratamiento homogéneo a las candidaturas, sino por el contrapeso que se hacían los distintos noticieros entre sí:

Resumen tiempo dedicado por los noticieros de televisión a los diferentes candidatos a la Presidencia de la República. Segunda vuelta.

Período: Del 1 al 19 de junio de 1998 (Días: hábiles).

Consolidado 14 días.

Canal	Noticiero	Pastrana	Serpa	Resultado encuestas y otros informes
A	RCN al día	19'10"	9'39"	25'11"
	Nacional	9'56"	9'59"	8'58"
	Las Noticias de la Noche	11'08"	8'23"	26'47"
	En Vivo 9:30	16'02"	32'22"	24'29"
UNO	7AM Caracol	17'31"	21'27"	31'11"
	24 Horas	11'53"	5'36"	17'19"
	Noticiero de las Siete	12'34"	9'52"	28'28"
	CM&	19'39"	18'15"	33'58"

Período: Del 6 al 20 de junio de 1998 (Días: sábados, domingos y festivos).

Consolidado 6 días.

Canal	Noticiero	Pastrana	Serpa	Resultado encuestas y otros informes
A	Informativo Nacional	4'40"	8'20"	8'48"
	TV Hoy	10'20"	3'22"	18'34"
	Hora O	5'21"	16'24"	28'44"
UNO	24 Hora la Revista	8'37"	2'52"	13'06"
	Uninoticias	2'50"	6'02"	12'19"
	NTC	8'11"	10'08"	29'22"

Con base en los datos anteriores, el tiempo total dedicado por los noticieros a cada candidato durante la campaña para la segunda vuelta, sería el siguiente:

Candidatos	Días hábiles		Días festivos	
	Minutos	%	Minutos	%
Horacio Serpa	115'5"	49,9%	47'1"	54,7%
Andrés Pastrana	117'7"	50,1%	39'9"	46,3%
Total	232'12"	100%	86'10"	100%

Como se deduce del cuadro anterior, mientras en los días hábiles se presentó una situación de equilibrio en la información entre las dos campañas, los noticieros de los días feriados le dieron una clara preferencia a la candidatura de Serpa. Tal como se afirmó, lo anterior no significa que ninguno de los noticieros del primer grupo le hubiera apostado a alguna candidatura, sino que los desequilibrios de algunos informativos fueron balanceados por los de otros. Así, mientras que RCN al Día y 24 Horas le otorgaron un mejor trato a la campaña de Pastrana, el noticiero En Vivo 9:30 se decidió claramente por la campaña de Serpa.

De otra parte, el desequilibrio que se presentó en los noticieros de los días feriados no obedeció a que ninguno de ellos hubiera asumido una posición favorable a Pastrana, sino a que fueron más los que adhirieron a Serpa. El favorecimiento de la campaña de Pastrana es evidente en los noticieros TV Hoy y 24 Horas la Revista, pero no fue suficiente para contrarrestar el desbalance que habían creado el Informativo Nacional, Hora Cero y Uninoticias.

Tanto la “invisibilización” de muchos candidatos¹¹⁷ como el desequilibrio informativo mostrado por los medios fue objeto de distintas críticas. Con respecto al primer punto debe anotarse que los nueve candidatos sobre los cuales callaron los noticieros apenas alcanzaron en total el 1,11% de los votos, un resultado previsto desde un principio¹¹⁸, lo que significa que a ellos se les aplicaría la jurisprudencia de la Corte que señala que es válido, desde el punto de vista de la Constitución, concentrar la información en los candidatos más reconocidos por la opinión pública. Distinta es, sin embargo, la situación de Noemí Sanín, cuya candidatura obtuvo un grado medio de atención por parte de los noticieros y alcanzó un 26,5% de la votación en la primera vuelta. Igual podría decirse de Harold Bedoya, quien a

117 Véase sobre este punto el artículo citado de Bonilla/ García/ Romero/ Peñaranda.

118 Es importante anotar que las condiciones exigidas para postularse a la Presidencia de la República son mínimas, lo cual significa que muchos candidatos no tienen ninguna representatividad ni posibilidad alguna de triunfo.

pesar de haber terminado con un magro 1,8% de la votación, contó durante mucho tiempo con un porcentaje aceptable de aprobación en las encuestas.

Pero el punto más controvertido es el de la falta de equilibrio informativo y de imparcialidad por parte de algunos noticieros. Como se desprende de los cuadros transcritos, algunos noticieros le apostaron a un candidato y enfocaron hacia él la mayor parte de su información electoral. El interrogante que esta situación arroja es si en estos casos la Comisión Nacional de Televisión está facultada, y a la vez obligada, para intervenir, con el objeto de ponerle remedio al trato desigual de los candidatos. Igualmente, surge la pregunta de si, ante el silencio y la inactividad de la Comisión como ocurrió en las pasadas elecciones, en las cuales, a pesar de que ella fue bien consciente de los abusos de algunos noticieros, no tomó ninguna medida; los ciudadanos que se consideren afectados en sus derechos fundamentales pueden acudir al juez de tutela para solicitarle que haga respetar el principio de la imparcialidad y el equilibrio informativo.

Tanto la intervención de la Comisión como la del juez de tutela supondrían que estas autoridades tendrían la posibilidad de interferir en el campo de la libertad de información, en aras de garantizar el derecho de los ciudadanos de contar con una información veraz e imparcial. Claramente se trata de una decisión difícil. Hasta ahora no se ha planteado el conflicto ante los estrados judiciales, pero, dados los resultados del seguimiento que se realizó en las elecciones pasadas y las críticas de que fueron objeto muchos noticieros, bien puede ocurrir que, si no se regula con antelación esta materia, en las elecciones del año 2002 este asunto sea llevado ante la justicia constitucional.

Finalmente, es importante mencionar que la autorización de la propaganda electoral por televisión ha conducido a su uso extendido por parte de algunos candidatos presidenciales, lo que ha incrementado de manera extraordinaria los costos de las campañas políticas—con los riesgos que ello acarrea— y ha generado críticas acerca de las condiciones de desigualdad en que se realizan las mismas. Por eso, dentro de las discusiones sobre reforma constitucional que se han adelantado en los últimos años siempre ha aparecido un capítulo destinado a la modificación del régimen de financiación de las campañas, dentro del cual se ha propuesto varias veces prohibir la propaganda electoral a través de la televisión¹¹⁹. Hasta ahora los intentos de reforma constitucional han fracasado, pero muchas de las preguntas que los originaron siguen en pie, razón por la cual se puede afirmar que esta discusión se seguirá dando en los próximos años.

119 Véase sobre este tema a Cepeda Ulloa, Fernando, *Financiación de campañas políticas*, Editorial Ariel, Bogotá, 1997, passim; Pizarro, Eduardo, “El financiamiento de las campañas electorales en Colombia”, en Ferreira Rubio, Delia (comp.), *Financiamiento de partidos políticos*, CIEDLA, Buenos Aires, 1994; y diversos artículos publicados en la Revista de Derecho Público núm. 9, publicada por la Facultad de Derecho de la Universidad de los Andes, en 1998, que trató sobre el tema: “Reforma política: financiación de las campañas y de los partidos”.

VI. Conclusiones generales: los logros y los desafíos

El examen de la jurisprudencia constitucional colombiana sobre libertad de información muestra no sólo la enorme complejidad jurídica de este derecho, sino también su importancia y sus vínculos inevitables con discusiones filosóficas sobre el sentido de la democracia. Uno de los grandes retos para la reflexión y la práctica constitucionales es entonces desarrollar una dogmática constitucional adecuada sobre este derecho, que favorezca el desarrollo democrático en este fin de siglo. En tal contexto, según nuestro parecer, el desafío consiste en construir categorías constitucionales que permitan compatibilizar estas tres grandes nociones de democracia, que subyacen a muchos de los debates que suscita la libertad de prensa: (i) la concepción alemana de la democracia como garantía de la dignidad humana, (ii) la visión estadounidense de la democracia como proceso político sustentado en el “libre mercado de las ideas”, y (iii) una visión, si se quiere, deliberativa y republicana, que insiste en la importancia de la equidad en el flujo informativo, como requisito para la formación de una opinión pública ilustrada.

Ahora bien, estos distintos conceptos de democracia constitucional no son excluyentes, aunque mantengan evidentes tensiones. Así, la noción alemana y estadounidense son compatibles, pues en Estados Unidos, a pesar de la clara opción por el libre flujo de ideas e informaciones, la democracia no es únicamente un proceso político, en donde una opinión pública todopoderosa puede invadir todos los espacios, incluso los más íntimos, ya que se reconoce que esa omnipotencia de la mirada ajena anula la autonomía individual. En efecto, todo indica que la libertad no germina en una sociedad que pretenda la transparencia de los individuos y el fin de todos los secretos, pues la persona requiere de ámbitos íntimos en donde pueda, en la penumbra, sin la presión constante de las miradas ajenas, construir proyectos propios de vida. Por su parte, el constitucionalismo alemán tampoco ha establecido una prevalencia absoluta de la intimidad sobre el derecho a la información, ya que también ha comprendido que, sin una discusión abierta y vigorosa sobre los asuntos colectivos, no podemos garantizar aún vigilancia ciudadana sobre los gobiernos, ni una genuina autonomía colectiva, las cuales presuponen la existencia de una opinión pública libre e informada. Precisamente esa convergencia, a pesar de sus diversidades, entre la jurisprudencia alemana y estadounidense, permite repensar la democracia, por medio de una articulación entre la autonomía individual y la autodeterminación colectiva, mediante lo que uno de nosotros denominó, en un texto reciente, “el juego de espejos entre la transparencia pública y la penumbra hogareña”¹²⁰. Así, la intimidad protege la autodeterminación personal, en la esfera privada, mientras que la publicidad posibilita el proceso democrático.

120 Véase Uprimny, Rodrigo, “La uni-diversalidad de los derechos humanos. Conflictos de derechos, conceptos de democracia e interpretación jurídica”, en *Pensamiento Jurídico* núm. 9, Universidad Nacional, Bogotá, 1998, pp. 101 y ss.

La transparencia y la opacidad son entonces complementarias: la democracia y la proyección de la dignidad humana exigen tanto la luz en la esfera pública, como las sombras en la vida íntima, ya que sólo de esa manera podemos proteger la autonomía, la autenticidad y la libertad de las personas. La aspiración democrática es entonces que los ciudadanos sean verdaderamente soberanos, y que puedan entonces ver permanentemente a los gobernantes sin ser vistos por ellos. En cambio, el totalitarismo es precisamente la eliminación de esas distinciones, que termina por conllevar una inversión de los anteriores principios. El secreto se instala en las estructuras de poder, mientras que los individuos son sometidos a la permanente mirada de los otros y de la autoridad. El gobernante logra ver sin ser visto, mientras que el gobernado es visto sin poder ver, con lo cual se destruye al mismo tiempo la esfera de lo público y la esfera de lo privado, la autodeterminación colectiva y la autonomía individual.

Las tentativas de la jurisprudencia constitucional por armonizar la luminosidad de la esfera pública con la penumbra de lo privado parece entonces tener como sustrato una concepción de democracia más integral: la democracia constitucional, que no es entonces únicamente la expresión de la soberanía popular, como lo sugería Rousseau, ni un simple mecanismo de garantía de los derechos individuales, como lo querían los liberales clásicos, sino que es una compleja articulación entre soberanía popular y autonomía individual, entre la libertad participación de los antiguos y la libertad independencia de los modernos. En ese sentido puede tener razón Habermas cuando concibe a las constituciones democráticas como “una interpretación y elaboración de un sistema de derechos en los cuales la autonomía privada y pública se encuentran internamente vinculadas”¹²¹.

Sin embargo, como es obvio, para que la autonomía privada y pública verdaderamente logren vincularse, es necesario construir también una equidad básica en el manejo informativo, pues de no ser así, algunos discursos dominarían el panorama político y el proceso de formación de la opinión pública, en desmedro de una democracia auténtica, que supone precisamente una igual participación de todas las personas en la decisión de los asuntos colectivos. En efecto, el excesivo peso del dinero o del poder en la dinámica de los medios de información genera obvias desigualdades en los procesos de comunicación, pues favorece ciertas voces mientras que silencia a otras. Pero es más; esta situación puede conducir incluso a una reducción muy considerable de las posibilidades de crítica y fiscalización de la prensa libre, sobre todo en esta época, en donde tiende a predominar la imagen sobre el texto. Los riesgos de “mediatización” de la política no son despreciables; y esta “mediatización” parece tener como contrapartida una banalización del poder fiscalizador de la opinión pública y de la prensa.

El temor de los gobernantes autoritarios a las potencialidades democráticas que tiene la libertad de información y expresión como mecanismo de control a la arbitrariedad es bien ilustrado por la conocida afirmación de Napoleón Bonaparte, quien habría dicho: “yo no

121 Habermas, Jürgen, *Between facts and norms. Contributions to a discourse theory of law and democracy*, MIT, Press, Cambridge, 1995, p. 280.

me atrevería a gobernar por tres meses con libertad de prensa”¹²². Pero la banalización que pueden sufrir los medios de comunicación —y por ende la libertad de expresión— en las sociedades contemporáneas, debido al predominio de la imagen sobre el texto y a la influencia indebida de la riqueza y del poder político en el manejo informativo, encuentra también un ejemplo paradigmático en la respuesta de otro líder político, Ronald Reagan, conocido por su manejo magistral de los medios. Una vez se le preguntó a este político que cómo había podido llegar a ser presidente siendo actor. Su respuesta es reveladora: “¿Cómo —dijo Reagan— podría haber llegado a ser presidente sin haber sido actor antes?”¹²³

Esto ilustra que el modelo del “mercado equitativo de las ideas” viene a ser un complemento necesario de la visión clásica sobre la libertad de información, pues sólo tomando en cuenta también esa dimensión podremos construir una democracia que sea capaz no sólo de proteger al individuo de los atropellos de los poderosos, sino que también posibilite a todos los ciudadanos deliberar, de manera igualitaria, sobre los problemas de nuestro tiempo. El desafío para la teoría constitucional es pues enorme, pues debemos construir una doctrina sobre la libertad de información, que tome en cuenta e integre esas distintas dimensiones de la democracia, lo cual dista de ser fácil, ya que las tensiones normativas son evidentes. Así es obvio que las regulaciones para asegurar una mayor equidad informativa implican, en general, restricciones a la libertad absoluta en la difusión de las ideas. Pero, tal vez más importante y difícil aún, será la puesta en marcha de instituciones constitucionales, que sean capaces de realizar, en la práctica, una verdadera libertad y equidad informativas, puesto que, hasta ahora, los resultados son bastante frustrantes. Un ejemplo, entre muchos otros, es Inglaterra, en donde se expidió una ley en 1973, con el fin de prevenir la excesiva concentración de los medios, la cual establece que es necesario que el Secretario de Estado para el Comercio y la Industria autorice toda venta de un periódico a otro, si la circulación conjunta de ambos medios supera los 500.000 ejemplares. Pero esas medidas no han logrado controlar la concentración de la prensa. Así, en 1995, los cuatro grandes conglomerados periodísticos controlaban más del 85% de la circulación¹²⁴.

En el caso colombiano, estos desafíos son todavía más dramáticos. En efecto, en países que conocen situaciones de violencia como la que atraviesa nuestro país, el verdadero triunfo de la libertad de prensa no se alcanza, simplemente, con la defensa jurídica del derecho a informar y a estar informado, o con la existencia de condiciones normativas suficientes para promover el mercado equitativo de las ideas. En este país, en los últimos cuatro años, han sido asesinados 19 periodistas profesionales y un número incalculable de personas que se

122 Citado por Cepeda, Manuel José, *Los derechos fundamentales en la Constitución de 1991*, Temis, Bogotá, 1992, p. 214.

123 Citado por Von Harpe, María, “La influencia de los medios masivos de comunicación en la política americana”, en Thesing, Josef y Wilhem Hofmeister, *Medios de comunicación, democracia y poder*, CIEDLA, Buenos Aires, 1995, p. 94.

124 Véase A. W. Bradley y K. D. Ewing, *Constitutional Law and Administrative Law*, Longman, London, 1998, pp. 575 y 576.

han atrevido a pensar diferente y a decir lo que piensan¹²⁵. No importa cuán sofisticadas resulten las garantías jurídicas y los criterios judiciales de ponderación, o cuán adecuadas las normas destinadas a garantizar la equidad en el flujo informativo. Mientras sigan asesinando a quienes tienen la misión de informar la verdad o a quien se atreve a pensar diferente, no podrá sostenerse que en Colombia, se garantiza, verdaderamente, el derecho fundamental a la libertad de expresión.

Bibliografía

- Ackerman, Bruce y Carlos Rosencranz, “Tres concepciones de la democracia constitucional”, en VV.AA., *Fundamentos y alcances del control judicial de constitucionalidad*, Centro de Estudios Constitucionales, Cuadernos y Debates núm. 29, Madrid, 1991.
- Alexy, Robert, “Sistema jurídico, principios jurídicos y razón práctica”, en *Derecho y razón práctica*, Fontamara, México, 1993.
- , *Teoría de los Derechos Fundamentales*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1993.
- Barron, Jerome, “Access to the press. A new First Amendment Right”, en *Harvard Law Review*, 1967.
- Bonilla, Jorge Iván, María Eugenia García, Edward Romero y Leandro Peñaranda, en Bejarano, Ana María y Andrés Dávila (ed.), *Elecciones y democracia en Colombia 1997-1998*, Fundación Social, Universidad de los Andes y Veeduría Ciudadana a la elección presidencial, 1998.
- Bradley, A. W. y K. D. Ewing, *Constitutional Law and Administrative Law*, Longman, London, 1998.
- Cepeda Ulloa, Fernando, *Financiación de campañas políticas*, Editorial Ariel, Bogotá, 1997.
- Cepeda, Manuel José, *Los derechos fundamentales en la Constitución de 1991*, Temis, Bogotá, 1992.
- Comisión Interamericana de Derechos Humanos.
Constitución Política de Colombia.
- Dworkin, Ronald, *Los derechos en serio*, Ariel, Barcelona, 1984.
- El Tiempo, “El noticiero Único”, 19 de agosto de 1999.
- El Tiempo, “Harakiri”, de Enrique Patiño, 8 de agosto de 1999.
- El Tiempo, “La actual televisión: la crisis no es sólo económica”, de Ismael Roldán, 24 de agosto de 1999.
- El Tiempo, 18 de septiembre de 1999, p. 4-A.

125 Según la SIP, Colombia es el país latinoamericano con mayor número de periodistas asesinados en los últimos años. Así, desde 1985 han muerto violentamente 19 periodistas, y la mayoría de esos crímenes permanecen en la impunidad. Véase El Tiempo, 18 de septiembre de 1999, p. 4-A.

- Elliot Morrison, Samuel, *The Oxford History of the American People*, Mentor Book, Tomo 2, New York.
- François Ost, “Originalité des méthodes d’interprétation de la Cour européenne des droits de l’homme”, en Mireille Delmas-Marty. *Raisonner la raison d’Etat*. Paris: PUF.
- García San Miguel, Luis (ed.), *Estudios sobre el derecho a la intimidad*, Tecnos, Madrid, 1992.
- Habermas, Jürgen, *Between facts and norms. Contributions to a discourse theory of law and democracy*, MIT, Press, Cambridge, 1995.
- Hart Ely, John, *Democracy and distrust. A theory of judicial review*, Harvard University Press, Cambridge, 1982.
- Herrán, María Teresa, “Llevar la teoría a la realidad. El periodismo en Colombia: una brecha entre el mundo formal y el real”, en *Desarrollo y Cooperación No. 6*, Deutsche Stiftung für internationale Entwicklung, Berlín, 1998.
- , *Tutela, Periodismo y Medios de Comunicación*, TM Editores, Fescol, Bogotá, 1993.
- Hesse, Konrad, *Escritos de derecho constitucional*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1992.
- Jaramillo, Juan Fernando, artículo sobre las elecciones presidenciales en Colombia, CIEDLA, 1998.
- Kommers, Donald P., *The constitutional jurisprudence of the Federal Republic of Germany*, Duke University Press, Durham, 1989.
- Marcuse, Herbert, “Repressive Tolerance”, en R. Wolff, B. Moore y H. Marcuse, *A critique of pure tolerance*, 1965.
- Marshall, Geoffrey, *Teoría Constitucional*, Espasa-Calpe, Madrid, 1982.
- Martínez de Pisón Cavero, José, *El derecho a la intimidad en la jurisprudencia constitucional*, Civitas, Madrid, 1993.
- Muñoz Machado, Santiago, *Libertad de Prensa y Procesos por Difamación*, Ariel, Madrid, 1988.
- Napoleón Franco y Cía., Infoanálisis Colombia, “El rol de la industria publicitaria en Colombia y su impacto económico”.
- Novoa Monreal, Eduardo, *Derecho a la vida privada y libertad de información. Un conflicto de derechos*, Siglo XXI, Bogotá, 1981.
- Perez Luño, Antonio, *Derechos humanos, estado de derecho y constitución*, Tecnos, Madrid, 1995.
- Pizarro, Eduardo, “El financiamiento de las campañas electorales en Colombia”, en Ferreira Rubio, Delia (comp.), *Financiamiento de partidos políticos*, CIEDLA, Buenos Aires, 1994.
- Prieto Sanchís, Luis, “Notas sobre la interpretación constitucional”, en Revista del Centro de Estudios Constitucionales núm. 9, Madrid, mayo-agosto de 1991.
- Revista de Derecho Público núm. 9, “Reforma política: financiación de las campañas y de los partidos”, Facultad de Derecho de la Universidad de los Andes, 1998.
- Revista Semana, “¿La quiebra de la televisión?”, semana del 21 de junio de 1999.

- Russ Mohl, Stephan, “Entrega de información medial a control remoto”, en Thesing, Josef y Wilhem Hofmeister (eds.), *Medios de comunicación, democracia y poder*, CIEDLA, Konrad Adenauer, Buenos Aires, 1995.
- Salvador Coderch, Pablo (ed.), *El mercado de las ideas*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1990.
- Savage, David, “Hate Speech, Hate Crimes and the First Amendment”, en Smolla, Rodney A. (ed.), *A year in the life of the Supreme Court*, Duke University Press, Durham, 1995.
- Stone, Geoffrey *et al.*, *Constitutional Law* (3 Ed), Little, Brown and Company, Boston, 1996.
- Tribe, Laurence, *American Constitutional Law* (2 Ed), The Foundation Press, New York, 1998.
- Uprimny, Rodrigo, “La uni-diversalidad de los derechos humanos. Conflictos de derechos, conceptos de democracia e interpretación jurídica”, en *Pensamiento Jurídico* núm. 9, Universidad Nacional, Bogotá, 1998.
- Villarraga, María Eugenia *et al.*, *La Tutela en los Medios de Comunicación*, CPB, Bogotá, 1995.
- Von Harpe, María, “La influencia de los medios masivos de comunicación en la política americana”, en Thesing, Josef y Wilhem Hofmeister, *Medios de comunicación, democracia y poder*, CIEDLA, Buenos Aires, 1995.
- Wolfe, Christopher, *La transformación de la interpretación constitucional*, Civitas, Madrid, 1991.
- Zagrebelsky, Gustavo, *El derecho dúctil*, Editorial Trotta, Madrid, 1995.