Pages 303 130 720
Online 400
Vis. today 20 530
(http://www.histats.com/viewstats/?sid=1206326&ccid=605)

(http://www.facebook.com/corteconstitucionaldecolombia)
(http://www.twitter.com/cconstitucional)
(http://www.youtube.com/user/cconstitucional)
Retornar (whatsapp://send?text=Les comparto T-391-07: https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2007/T-391-07.htm) Compartir 3 (/inicio/twitter.php?accion=twittear&path=https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2007/T-391-07.htm&titulo=Estoy siguiendo a la @cconstitucional, les comparto: T-391-07 en)
Visor
DESCARGAR T-391-07 (/sentencias/2007/T-391-07.rtf)

Sentencia T-391/07

ACCION DE TUTELA-Procedencia por no existir otro medio de defensa judicial en caso de Programa de radio "El Mañanero de la Mega"

ACCION DE TUTELA CONTRA PROVIDENCIAS JUDICIALES POR VIA DE HECHO-Procedencia excepcional

ACCION DE TUTELA CONTRA PROVIDENCIAS JUDICIALES POR INDEBIDA INTERPRETACION JUDICIAL-Procedencia

BLOQUE DE CONSTITUCIONALIDAD Y LIBERTAD DE EXPRESION-Línea jurisprudencial

LIBERTAD DE EXPRESION-Elementos normativos que conforman el artículo 20 de

Pages 303 130 720
Online 400
Vis. today 20 530
(http://www.histats.com/viewstats/?sid=1206326&ccid=605)

la Constitución Política

El artículo 20 de la Carta Política consagra simultáneamente varios derechos y libertades fundamentales distintos, y en virtud de lo dispuesto en los artículos 93 y 94 de la Carta Política, se ha de interpretar a la luz de los tratados e instrumentos internacionales de derechos humanos que obligan a Colombia y que contienen disposiciones sobre el particular. A la luz de tales instrumentos internacionales, se tiene que el artículo 20 de la Constitución contiene un total de once elementos normativos diferenciables: (a) La libertad de expresar y difundir el propio pensamiento, opiniones, informaciones e ideas, sin limitación de fronteras y a través de cualquier medio de expresión –sea oral, escrito, impreso, artístico, simbólico, electrónico u otro de elección de quien se expresa-, y el derecho a no ser molestado por ellas. Esta libertad fundamental constituye la libertad de expresión stricto senso, y tiene una doble dimensión – la de quien se expresa, y la de los receptores del mensaje que se está expresando. (b) La libertad de buscar o investigar información sobre hechos, ideas y opiniones de toda índole, que junto con la libertad de informar y la de recibir información, configura la llamada libertad de información. (c) La libertad de informar, que cobija tanto información sobre hechos como información sobre ideas y opiniones de todo tipo, a través de cualquier medio de expresión; junto con la libertad de buscar información y la libertad de recibirla, configura la llamada libertad de información. (d) La libertad y el derecho a recibir información veraz e imparcial sobre hechos, así como sobre ideas y opiniones de toda índole, por cualquier medio de expresión. Junto con los anteriores elementos, configura la libertad de información. (e) La libertad de fundar medios masivos de comunicación. (f) La libertad de prensa, o libertad de funcionamiento dichos medios masivos de comunicación, con la consiguiente responsabilidad social. (g) El derecho a la rectificación en condiciones de equidad. (h) La prohibición de la censura, cualificada y precisada por la Convención Americana sobre Derechos Humanos, (i) La prohibición de la propaganda de la guerra y la apología del odio, la violencia y el delito, cualificada y precisada por la Convención Americana sobre Derechos Humanos y la Convención internacional sobre la eliminación de todas las formas de discriminación racial, (j) La prohibición de la pornografía infantil, y (k) La prohibición de la instigación pública y directa al genocidio.

LIBERTAD DE EXPRESION-Acepción genérica/**LIBERTAD DE EXPRESION**-Elementos normativos contenidos en el artículo 20 de la Constitución Política

LIBERTAD DE EXPRESION STRICTO SENSO-Doble dimensión

LIBERTAD DE INFORMACION-Alcance

LIBERTAD DE INFORMACION-Alcance

Pages 303 130 720
Online 400
Vis. today 20 530
(http://www.histats.com/viewstats/?sid=1206326&ccid=605)

La libertad de buscar o investigar información sobre hechos, ideas y opiniones de toda índole, que junto con la libertad de informar y la de recibir información, configura la llamada libertad de información. *(c) La libertad de informar, que cobija tanto información sobre hechos como información sobre ideas y opiniones de todo tipo, a través de cualquier medio de expresión; junto con la libertad de buscar información y la libertad de recibirla, configura la llamada libertad de información.* *(d) La libertad y el derecho a recibir información veraz e imparcial sobre hechos, así como sobre ideas y opiniones de toda índole, por cualquier medio de expresión. Junto con los anteriores elementos, configura la libertad de información.*

LIBERTAD DE FUNDAR MEDIOS MASIVOS DE COMUNICACION-Elemento normativo protegido por el artículo 20 de la Constitución Política

LIBERTAD DE PRENSA O LIBERTAD DE FUNCIONAMIENTO DE MEDIOS MASIVOS DE COMUNICACION-Elemento normativo protegido por el artículo 20 de la Constitución Política

DERECHO A LA RECTIFICACION EN CONDICIONES DE EQUIDAD-Elemento normativo protegido por el artículo 20 de la Constitución Política

PROHIBICION DE LA CENSURA, CUALIFICADA Y PRECISADA POR LA CONVENCION AMERICANA SOBRE DERECHOS HUMANOS-Elemento normativo protegido por el artículo 20 de la Constitución Política

PROHIBICION DE LA PORNOGRAFIA INFANTIL-Elemento normativo protegido por el artículo 20 de la Constitución Política

PROHIBICION DE LA INSTIGACION PUBLICA Y DIRECTA DEL GENOCIDIO-Elemento normativo protegido por el artículo 20 de la Constitución Política

Pages 303 130 720
Online 400
Vis. today 20 530
(http://www.histats.com/viewstats/?sid=1206326&cid=605)

EXPRESION-Status jurídico especial e inmunidad significativa frente a regulaciones estatales

La expresión, en sus diversas manifestaciones y elementos protegidos, cuenta con un status jurídico especial, y un grado de inmunidad significativo frente a regulaciones estatales, que es mayor que aquel que se provee a los bienes jurídicos tutelados por otros derechos y libertades, dado el especial aprecio que se presta en las constituciones modernas y en la normatividad internacional al libre proceso de comunicación interpersonal y social.

EXPRESION-Fundamentos de justificación de su protección reforzada en los ordenamientos jurídicos nacionales e internacionales

Este lugar privilegiado de la expresión dentro de los ordenamientos jurídicos nacionales e internacionales, así como el grado reforzado de protección que se le otorga en cada uno de ellos, se justifica –principalmente- con cinco tipos de fundamentos: (1) consideraciones filosóficas sobre la búsqueda de la verdad, (2) razones derivadas del funcionamiento de las democracias, (3) motivos atinentes a la dignidad y autorrealización individual, (4) consideraciones sobre la preservación y aumento del patrimonio cultural y científico de la sociedad, y (5) motivos históricos y consideraciones prácticas sobre la incapacidad estatal de intervenir apropiadamente en esta esfera.

LIBERTAD DE EXPRESION-Función dentro de los regímenes democráticos

La Corte Constitucional ha adoptado esta justificación para la protección de la libertad de expresión, al señalar que una de las funciones de ésta libertad dentro de los regímenes democráticos consiste en que "permite buscar la verdad y desarrollar el conocimiento. Cuando las diferentes opiniones y puntos de vista se enfrentan libremente en una sociedad, es más fácil para sus miembros decidir cuál de todas es la más cierta o la más adecuada, según el tipo de discusión que se esté dando. Este argumento, esbozado originalmente por John Stuart Mill, señala, adicionalmente, que cuando una opinión se toma por cierta, los desafíos libres a ella aseguran que las "verdades" sean corroboradas, corregidas, complementadas o superadas. Privar a una sociedad del principio de la libertad de expresión implica frenar el proceso colectivo de descubrimiento de la verdad y, en gran medida, impedir

Pages 303,130,729
Online 400
Visitors 20,580
(http://www.histats.com/viewstats/?sid=1206326&ccid=605)

el desarrollo del conocimiento. Para que esta función pueda cumplirse a cabalidad no basta con el conflicto abierto entre interpretaciones de la realidad. Permitir una especie de intercambio libre de ideas es necesario pero no es una garantía suficiente, por sí sola, de que se llegará a la verdad puesto que una versiones o posiciones pueden ser tan dominantes que las otras no sean divulgadas o lo sean esporádica, aislada y débilmente. De ahí que esta función se puede cumplir en condiciones de enfrentamiento equilibrado entre versiones antagónicas de la realidad."

LIBERTAD DE EXPRESION-Razones derivadas del funcionamiento de las democracias

La principal justificación para conferir a la libertad de expresión una posición central dentro de los regímenes constitucionales contemporáneos es que, mediante su protección, se facilita la democracia representativa, la participación ciudadana y el autogobierno por parte de cada nación. Este argumento subraya que la comunicación y el libre flujo de informaciones, opiniones e ideas en la sociedad es un elemento esencial del esquema de gobierno democrático y representativo, por lo cual la libertad de expresión, al permitir un debate abierto y vigoroso sobre los asuntos públicos, cumple una función política central.

LIBERTAD DE EXPRESION-Posición preferente en la Carta Política Colombiana

La Corte Constitucional ha subrayado que la libertad de expresión ocupa una posición preferente dentro de los regímenes como el que establece la Carta Política colombiana al ser "un elemento decisivo para crear condiciones democráticas en la sociedad y la realización misma de la democracia", y "un elemento estructural básico para la existencia de una verdadera democracia participativa.

LIBERTAD DE EXPRESION-Dimensión política y sus funciones específicas

En su dimensión política, la libertad de expresión cumple numerosas funciones específicas: (i) el debate político amplio y abierto protegido por esta libertad informa y mejora la calidad de la elaboración de las políticas públicas, en la medida en que permite "la inclusión de todos los sectores de la sociedad en los procesos de comunicación, decisión y desarrollo",

Pages 303 130 720
Online 400
Vis Today 20 [illegible]
(http://www.histats.com/viewstats/?sid=1206326&ccid=605)

inclusión que "es fundamental para que sus necesidades, opiniones e intereses sean contemplados en el diseño de políticas y en la toma de decisiones", permitiendo así el ejercicio equitativo del derecho a la participación; (ii) la libertad de expresión mantiene abiertos los canales para el cambio político, impidiendo mediante la crítica que los gobernantes se arraiguen indefinidamente en una postura ilegítima; (iii) una protección sólida de la libre comunicación de información e ideas previene los abusos gubernamentales de poder, al proporcionarles un contrapeso mediante la apertura de un canal para el ejercicio del poder ciudadano de participación y control de lo público – en otras palabras, proporciona una oportunidad para la discusión de los asuntos de interés general, oportunidad que a su vez frena los riesgos de represión oficial; (iv) promueve la estabilidad sociopolítica, al proveer una válvula de escape para el disenso social y establecer, así, un marco para el manejo y procesamiento de conflictos que no amenaza con socavar la integridad de la sociedad; (v) protege a las minorías políticas activas en un momento dado, impidiendo su silenciamiento por las fuerzas mayoritarias o prevalecientes; y (vi) a un nivel más básico, es una condición necesaria para asegurar la libre expresión de la opinión de los electores al depositar sus votos, optando por un representante político. También se ha indicado que la libertad de expresión (vii) contribuye a la formación de la opinión pública sobre asuntos políticos y a la consolidación de un electorado debidamente informado, dado que materializa el derecho de los ciudadanos a comprender los asuntos políticos y les permite, así, participar efectivamente en el funcionamiento de la democracia, (viii) haciendo efectivo el principio de autogobierno representativo por los ciudadanos mismos y (viii) el de responsabilidad de los gobernantes ante el electorado, así como (ix) el principio de igualdad política. Finalmente, se ha enfatizado que (x) la libertad de expresión fortalece la autonomía del individuo en tanto sujeto político dentro de un régimen democrático, y que (xi) al permitir la construcción de opinión, facilita el control social sobre el funcionamiento, no solo del sistema político, sino de la sociedad misma, incluyendo el ordenamiento jurídico y sus necesidades de evolución o modificación.

DERECHO A LA LIBERTAD DE EXPRESION-Fundamento y requisito indispensable para una democracia participativa

Desde esta perspectiva, pues, la principal finalidad de la libertad de expresión es la de profundizar la democracia; se trata, según ha indicado la Corte Constitucional, de "un derecho básico y central para el modelo de sociedad sobre la cual se construye una democracia constitucional".

LIBERTAD DE EXPRESION-Importancia en la consolidación de la democracia a nivel internacional

Pages 303 130 720
Online 400
Vis. today 20 530
(http://www.histats.com/viewstats/?sid=1206326&ccid=605)

La importancia de la libertad de expresión para la consolidación de la democracia también ha sido fuertemente resaltada a nivel internacional. La Comisión Interamericana de Derechos Humanos, por ejemplo, en la "Declaración de Principios sobre Libertad de Expresión", ha considerado que "[l]a libertad de expresión, en todas sus formas y manifestaciones, es (...) un requisito indispensable para la existencia misma de una sociedad democrática", que "la consolidación y desarrollo de la democracia depende de la existencia de libertad de expresión", y que "cuando se obstaculiza el libre debate de ideas y opiniones se limita la libertad de expresión y el efectivo desarrollo del proceso democrático". La Corte Interamericana de Derechos Humanos, por su parte, también ha enfatizado la función política de la libertad de expresión, al afirmar que este derecho fundamental, "como piedra angular de una sociedad democrática, es una condición esencial para que ésta esté suficientemente informada". Más recientemente, luego de un estudio sobre la relación existente entre democracia y libertad de expresión en los instrumentos jurídicos producidos por diferentes entes internacionales, la Corte Interamericana afirmó que existe "una coincidencia en los diferentes sistemas regionales de protección a los derechos humanos y en el universal, en cuanto al papel esencial que juega la libertad de expresión en la consolidación y dinámica de una sociedad democrática. Sin una efectiva libertad de expresión, materializada en todos sus términos, la democracia se desvanece, el pluralismo y la tolerancia empiezan a quebrantarse, los mecanismos de control y denuncia ciudadana se empiezan a tornar inoperantes y, en definitiva, se empieza a crear el campo fértil para que sistemas autoritarios se arraiguen en la sociedad." La Corte Europea de Derechos Humanos, a su vez, ha reiterado en numerosas oportunidades que la libertad de expresión constituye uno de los fundamentos o pilares esenciales de las sociedades democráticas y una de las condiciones fundamentales para su progreso, postulado que constituye la premisa del esquema analítico y decisorio aplicado por este tribunal en casos relacionados con el Artículo 10 de la Convención Europea.

LIBERTAD DE EXPRESION-Formas de expresión no políticas

La importancia central del principio democrático como fundamento de la protección constitucional de la libertad de expresión no significa que este derecho únicamente cubra las expresiones de contenido político; no cabe duda de que expresiones cuyo contenido no es político –tales como las artes, las ciencias, el discurso religioso, emotivo o comercial- también forman parte de su ámbito de aplicación.

LIBERTAD DE EXPRESION-Protección constitucional/**LIBERTAD DE EXPRESION**-Dimensión atinente al patrimonio cultural y científico de la sociedad/**LIBER-**

Pages 303 130 720
Online 400
Vis. today 20 530
(http://www.histats.com/viewstats/?sid=1206326&ccid=605)

TAD DE EXPRESION-Dimensión por razones históricas y prácticas

LIBERTAD DE EXPRESION-Importancia dentro de los sistemas políticos democráticos

La expresión, en sus diversas manifestaciones y elementos protegidos, cuenta con un status jurídico especial, y un grado de inmunidad significativo frente a regulaciones estatales, que es mayor que aquel que se provee a los bienes jurídicos tutelados por otros derechos y libertades, dado el especial aprecio que se presta en las constituciones modernas y en la normatividad internacional al libre proceso de comunicación interpersonal y social.

LIBERTAD DE EXPRESION-Fundamentos que justifican el lugar privilegiado de la expresión en los ordenamientos jurídicos nacionales e internacionales

Este lugar privilegiado de la expresión dentro de los ordenamientos jurídicos nacionales e internacionales, así como el grado reforzado de protección que se le otorga en cada uno de ellos, se justifica –principalmente- con cinco tipos de fundamentos: (1) consideraciones filosóficas sobre la búsqueda de la verdad, (2) razones derivadas del funcionamiento de las democracias, (3) motivos atinentes a la dignidad y autorrealización individual, (4) consideraciones sobre la preservación y aumento del patrimonio cultural y científico de la sociedad, y (5) motivos históricos y consideraciones prácticas sobre la incapacidad estatal de intervenir apropiadamente en esta esfera.

LIBERTAD DE EXPRESION-Presunción constitucional que justifica otorgar en sentido genérico un lugar privilegiado dentro del ordenamiento constitucional colombiano

PRESUNCION CONSTITUCIONAL A FAVOR DE LA LIBERTAD DE EXPRESION-Efectos jurídicos

La multiplicidad de razones que justifica otorgar a la libertad de expresión en sentido gené

Pages 303 130 720
Online 4
Vis. today 20 530
(http://www.histats.com/viewstats/?sid=1206326&ccid=605)

La multiplicidad de razones que justifica otorgar a la libertad de expresión en sentido genérico un lugar privilegiado dentro del ordenamiento constitucional colombiano, tiene una consecuencia práctica inmediata: existe una presunción constitucional a favor de la libertad de expresión. Los principales efectos jurídicos de esta presunción son tres: Presunción de cobertura de una expresión por el ámbito de protección del derecho constitucional; presunción de primacía de la libertad de expresión frente a otros derechos, valores y principios constitucionales en casos de conflicto; sospecha de inconstitucionalidad de las limitaciones sobre la libertad de expresión y aplicación de un control de constitucionalidad estricto. La prohibición de la censura en tanto presunción imbatible.

EXPRESION-Presunción de cobertura por el ámbito de protección del derecho constitucional consagrado en el artículo 20 de la Carta Política

LIBERTAD DE EXPRESION-Presunción de primacía frente a otros derechos, valores y principios constitucionales en casos de conflicto

Su posición privilegiada exige que se haya de otorgar, en principio, una primacía a la libertad de expresión; dicha primacía cesará cuando se demuestre que el otro derecho, valor o principio constitucional adquiere mayor peso en el caso concreto, a la luz de las circunstancias generales en que el conflicto se ha suscitado, y con cumplimiento de las condiciones constitucionales que admiten la limitación de esta libertad.

LIBERTAD DE EXPRESION-Sospecha de inconstitucionalidad ante su limitación estatal y aplicación de un control constitucional estricto

Cualquier limitación estatal sobre la libertad de expresión, a través de los actos de cualquier autoridad pública –en ejercicio de funciones legislativas, administrativas, judiciales, policivas, militares o de otra índole-, se ha de entender como una intervención constitucionalmente sospechosa. En la misma medida en que existe una presunción de protección constitucional de toda expresión, existe una sospecha de inconstitucionalidad de las regulaciones estatales del ejercicio de esta libertad. En consecuencia, toda limitación de la libertad de expresión está sujeta a un control constitucional estricto, en el curso del cual se ha de determinar si están dadas las exigentes condiciones jurídicas que permiten dicha limitación en casos concretos, las cuales imponen a la autoridad que pretende establecer tal limitación una carga de justificación especialmente elevada.

Pages 303 130 720
Online 400
Vis. today 20 530
(http://www.histats.com/viewstats/?sid=12063268&cid=605)

CENSURA PREVIA-Prohibición en la Constitución Política

La propia Carta enuncia en forma contundente una presunción que no admite ser desvirtuada: la censura previa está prohibida de tal forma que cualquier regulación estatal o decisión de un funcionario del Estado que constituya censura implica, ipso jure, una violación del derecho a la libertad de expresión.

LIBERTAD DE EXPRESION-Cargas para las autoridades que pretendan establecer limitantes

Carga definitoria: Es la carga de decir en qué consiste la finalidad que se persigue mediante la limitación de la libertad de expresión; cuál es su fundamento legal preciso, claro y taxativo; y cuál es de manera específica la incidencia que tiene el ejercicio de la libertad de expresión sobre el bien que se pretende proteger mediante la limitación. Carga argumentativa: Con base en el cumplimiento de la carga definitoria, compete a las autoridades que pretenden establecer limitaciones a la libertad de expresión plasmar, en el acto jurídico de limitación, los argumentos necesarios para demostrar fehacientemente que se han derrotado las distintas presunciones constitucionales que amparan la libertad de expresión, y que se ha cumplido con cada uno de los requisitos que deben reunir las limitaciones a dicha libertad, según se explican más adelante. Carga probatoria: Finalmente, las autoridades que limitan

la libertad de expresión deben asegurarse de que los elementos fácticos, técnicos o científicos que sustentan su decisión de limitar la libertad de expresión cuenten con una base sólida en evidencias que den suficiente certeza sobre su veracidad.

LIBERTAD DE EXPRESION-No implica riesgo social/**LIBERTAD DE EXPRESION-**Valoración de los riesgos sociales cuando éstos recaen de manera específica y diferenciada en menores de edad

La valoración de todos los riesgos sociales adquiere una connotación especial cuando estos recaen de manera específica y diferenciada sobre menores de edad, dada su elevada vulnerabilidad y las secuelas futuras de un eventual daño en su desarrollo psicológico. Pero esta característica del riesgo y del impacto, ha de ser claramente demostrada porque de lo con-

Pages 303 150 720
Online 400
Vis. today 20 530
(http://www.hitstats.com/viewstats/?sid=1206326&ccid=605)

trario la mera alegación de la presencia potencial de algunos menores en la audiencia bastaría para restringir la libertad de expresión y privar a los ciudadanos del acceso a información u opiniones valiosas para ejercer como sujetos políticos de una sociedad democrática, como se verá posteriormente.

LIBERTAD DE EXPRESION STRICTO SENSO-Definición

La libertad de expresión en sentido estricto –primer elemento normativo específico protegido por la libertad de expresión genérica que consagra el artículo 20 Superior- es el derecho de las personas a expresar y difundir libremente el propio pensamiento, opiniones, informaciones e ideas, sin limitación, a través del medio y la forma escogidos por quien se expresa. Apareja el derecho de su titular a no ser molestado por expresar su pensamiento, opiniones, informaciones o ideas personales, y cuenta con una dimensión individual y una colectiva. La libertad de expresión stricto senso consiste en la facultad que tiene todo individuo de comunicarse con otro sin ser constreñido por ello en manera alguna.

LIBERTAD DE EXPRESION STRICTO SENSO-Dimensiones individual y colectiva

Esta facultad abarca, en su aspecto individual, no solamente el derecho formal a expresarse como tal sin interferencias arbitrarias, sino el derecho a utilizar cualquier medio apropiado para difundir el propio pensamiento: la libertad en comento no se agota en el reconocimiento teórico del derecho a hablar o escribir, sino que comprende inseparablemente el derecho a utilizar cualquier medio adecuado para difundir el pensamiento y hacerlo llegar al mayor número de destinatarios. Por otra parte, la libertad de expresión stricto senso –entendida como un medio para el intercambio de pensamientos, ideas, opiniones e informaciones entre las personas- tiene una dimensión colectiva, consistente en el derecho de todas las personas a recibir tales pensamientos, ideas, opiniones e informaciones de parte de quien las expresa. Esta dimensión colectiva es igual de importante que la individual, por lo cual ambas han de ser protegidas en forma simultánea.

LIBERTAD DE EXPRESION STRICTO SENSO-Rasgos del ámbito constitucionalmente protegido de su alcance y contenido

Pages 303 130 720
Online 400
Vis. today 20 530
(http://www.histats.com/viewstats/?sid=1206326&ccid=605)

En términos del alcance y el contenido de la libertad de expresión stricto senso, existen ocho rasgos del ámbito constitucionalmente protegido que la Corte considera indispensable resaltar con detalle, para efectos de llegar a una decisión adecuada en el caso presente: (1) su titularidad es universal sin discriminación, compleja, y puede involucrar intereses públicos y colectivos, además de los intereses privados del emisor de la expresión; (2) sin perjuicio de la presunción de cobertura de toda forma de expresión por la libertad constitucional, existen ciertos tipos específicos de expresión respecto de los cuales la presunción es derrotada, por consenso prácticamente universal plasmado en tratados internacionales que obligan al Estado colombiano; (3) existen diferentes grados de protección constitucional en los variados ámbitos de la expresión humana amparados por la libertad de expresión stricto senso, por lo cual hay tipos de discurso que reciben una protección más reforzada que otros – lo cual tiene efectos directos sobre la regulación estatal admisible y el estándar de control constitucional al que se han de sujetar las limitaciones; (4) la expresión protegida por esta libertad puede ser tanto la del lenguaje convencional, como la manifestada a través de conducta simbólica o expresiva convencional o no convencional; (5) la expresión puede efectuarse a través de cualquier medio elegido por quien se expresa, teniendo en cuenta que cada medio en particular plantea sus propios problemas y especificidades jurídicamente relevantes, ya que la libertad constitucional protege tanto el contenido de la expresión como su forma y su manera de difusión; (6) la libertad constitucional protege tanto las expresiones socialmente aceptadas como las que son inusuales, alternativas o diversas, lo cual incluye las expresiones ofensivas, chocantes, impactantes, indecentes, escandalosas, excéntricas o simplemente contrarias a las creencias y posturas mayoritarias, ya que la libertad constitucional protege tanto el contenido de la expresión como su tono; (7) su ejercicio con-

lleva, en todo caso, deberes y responsabilidades para quien se expresa; y (8) impone claras obligaciones constitucionales a todas las autoridades del Estado, así como a los particulares.

LIBERTAD DE EXPRESION STRICTO SENSO-Titularidad en cabeza tanto del emisor como del receptor

Su titularidad es universal sin discriminación, ya que "toda persona" es titular de la libertad de expresión, porque así lo dispone expresamente el artículo 20 Superior-. Es una titularidad compleja -puesto que involucra al mismo tiempo los intereses de quien se expresa, del receptor de la comunicación, y en algunas oportunidades de ciertas audiencias o el mismo público en general; de allí que sean titulares de la libertad de expresión, en relación con un

acto de comunicación determinado, tanto el emisor como el receptor, que en ciertos casos puede ser una colectividad o el público en general-. Las expresiones del emisor pueden involucrar intereses públicos y colectivos, además de los propios de dicho emisor.

Pages 905 130 120
Online 400
Vis. today 20 530
(http://www.hitstats.com/viewstats/?sid=12063268&cid=605)

LIBERTAD DE EXPRESION STRICTO SENSO-Intereses del emisor de la expresión

El interés del emisor radica tanto en expresar sus ideas, pensamientos, opiniones e informaciones, como en transmitirlas y diseminarlas al público que escoja.

LIBERTAD DE EXPRESION STRICTO SENSO-Asuntos constitucionalmente significativos sobre la titularidad de la expresión

El tema de la titularidad de la libertad de expresión desde la perspectiva del emisor del mensaje –de quien se expresa- plantea dos asuntos constitucionales significativos, que resultan relevantes para el caso presente. (i) En primer lugar, la relevancia del tipo de emisor, para efectos de determinar el ámbito de protección constitucional que ha de recibir su libertad de expresión. El tipo de emisor puede constituirse en factor relevante para efectos de determinar el mayor grado de protección constitucional que ha de recibir su libertad de expresión. Así, quien pretende contribuir a la discusión política está en una situación distinta a quien busca promover sus propios intereses económicos, personales u otros, sin que ello obste para que éste ultimo sujeto también sea acreedor de protección constitucional, puesto que las expresiones proferidas con intereses económicos o particulares también caen bajo el campo de aplicación de esta libertad. (ii) Segundo, el tema de la posibilidad de que las personas jurídicas ejerzan el derecho a la libertad de expresión.

LIBERTAD DE EXPRESION-Reconocimiento constitucional a la titularidad de los medios de comunicación en su condición de personas jurídicas y a quienes se expresan a través de ellos

La Corte Constitucional ha reconocido la existencia de un derecho a la libertad de expresión en cabeza de los medios de comunicación, y ha aceptado en numerosas oportunidades que las personas jurídicas pueden ser titulares de derechos fundamentales según su natura-

leza particular; en consecuencia, es claro que la libertad de expresión sí cobija a los medios de comunicación en tanto personas jurídicas, así como a quienes se expresan a través de ellos.

Pages 365 130 520
Online 140
Vis. today 20 530
(http://www.histats.com/viewstats/?sid=1206326&ccid=605)

LIBERTAD DE EXPRESION-Derechos e intereses del emisor y del receptor de actos comunicativos concretos

Tanto al emisor como al receptor de actos comunicativos concretos. Por ello, tanto el emisor como el receptor tienen derechos e intereses que pueden invocarse en situaciones apropiadas, y que han de armonizarse conjuntamente para lograr una maximización de la libertad de expresión en casos concretos. El interés del receptor de un acto comunicativo también puede apreciarse desde la dimensión colectiva de la libertad de expresión, consistente en el derecho de toda persona a recibir o conocer informaciones, opiniones, ideas y pensamientos, dimensión que debe ser garantizada simultáneamente con la del individuo que se expresa. En una democracia, los intereses de los que reciben el influjo de distintas expresiones son primordiales, puesto que de ello depende la formación de sus preferencias como ciudadanos.

LIBERTAD DE EXPRESION-Casos en que se involucra el interés público

LIBERTAD DE EXPRESION-Tipos de expresión sobre los cuales se ha desvirtuado la presunción de cobertura constitucional

En criterio de la Corte, a la luz de las disposiciones constitucionales y de tratados internacionales sobre derechos humanos aplicables, estos tipos de expresión sobre los cuales se ha desvirtuado la presunción de cobertura constitucional de la libertad de expresión son cuatro: (a) la propaganda en favor de la guerra; (b) la apología del odio nacional, racial, religioso o de otro tipo de odio que constituya incitación a la discriminación, la hostilidad, la violencia contra cualquier persona o grupo de personas por cualquier motivo (modo de expresión que cobija las categorías conocidas comúnmente como discurso del odio, discurso discriminatorio, apología del delito y apología de la violencia); (c) la pornografía infantil; y (d) la incitación directa y pública a cometer genocidio.

Pages 303 130 720
Online 400
Vis. today 20 530
(http://www.histats.com/viewstats/?sid=1206326&ccid=605)

LIBERTAD DE EXPRESION STRICTO SENSO-Grados de protección constitucional

Existen diferentes grados de protección constitucional en los variados ámbitos de la expresión humana protegidos por la libertad de expresión stricto senso, por lo cual hay tipos de discurso que reciben una protección más reforzada que otros – lo cual tiene efectos directos sobre la regulación estatal admisible y el estándar de control constitucional al que se han de sujetar las limitaciones.

LIBERTAD DE EXPRESION STRICTO SENSO-Tipos de discurso protegidos

Dentro del rango de tipos de discursos protegidos por la libertad de expresión en sentido estricto, el mayor grado de protección se provee al discurso político, al debate sobre asuntos de interés público, y a los discursos que constituyen un ejercicio directo e inmediato de derechos fundamentales adicionales que se vinculan necesariamente a la libertad de expresión para poder materializarse.

LIBERTAD DE EXPRESION STRICTO SENSO-Modos de expresión que constituyen en si mismos el ejercicio de otros derechos fundamentales siendo la expresión stricto senso condición necesaria para su ejercicio

Por otra parte, existe una serie de modos de expresión que constituyen, en sí mismos, el ejercicio de otros derechos fundamentales distintos a la libertad de expresión stricto senso, la cual por lo tanto es una condición necesaria para su ejercicio y ha de recibir especial protección en estos ámbitos particulares. Se trata, en resumen, de ocho tipos de discurso: (a) la correspondencia y demás formas de comunicación privada, (b) los discursos estéticos, morales, emotivos o personales, manifestados a través de expresiones verbales, artísticas, o de conductas simbólicas o expresivas, sin perjuicio de la protección constitucional explícita de la libre expresión artística; (c) la exposición de convicciones y la objeción de conciencia; (d) el discurso religioso; (e) el discurso académico, investigativo y científico; (f) las expresiones realizadas en el curso de manifestaciones públicas pacíficas; (g) el discurso cívico o de participación ciudadana, y (h) el discurso de identidad, que expresa y refuerza la propia adscripción cultural y social. Cada uno de estos tipos de discurso corresponde al ejercicio de un derecho constitucional fundamental específico.

Pages 303 130 720
Online 400
Vis. today 20 530
(http://www.histats.com/viewstats/?sid=1206326&ccid=605)

LIBERTAD DE EXPRESION-Protección de la expresión tanto la del lenguaje convencional, como la manifestada a través de conducta simbólica o expresiva, convencional o no convencional

La expresión protegida por esta libertad puede ser tanto la del lenguaje convencional, como la manifestada a través de conducta simbólica o expresiva, convencional o no convencional. Las comunicaciones cubiertas por la libertad de expresión stricto senso pueden ser efectuadas tanto a través del lenguaje oral o escrito como a través de conductas con contenido expresivo o implicaciones expresivas. Tanto las unas como las otras reciben protección constitucional, puesto que es claro que la "expresión" cubierta por la libertad en comento no se restringe a las comunicaciones verbales.

LIBERTAD DE EXPRESION-Protección constitucional tanto al contenido de la expresión como su forma

La expresión puede efectuarse a través de cualquier medio seleccionado por quien se expresa, y la protección constitucional se extiende a dicho proceso de transmisión y difusión, así como al medio utilizado, ya que la libertad constitucional que se estudia protege tanto el contenido de la expresión como su forma.

LIBERTAD DE EXPRESION-Protección tanto al contenido de la expresión como su tono

La libertad constitucional protege tanto las expresiones socialmente aceptadas como las que son inusuales, alternativas o diversas, lo cual incluye las expresiones ofensivas, chocantes, impactantes, indecentes, escandalosas, excéntricas o simplemente contrarias a las creencias y posturas mayoritarias, ya que la libertad constitucional protege tanto el contenido de la expresión como su tono.

LIBERTAD DE EXPRESION-Variación del alcance de los deberes y responsabilida-

Pages 303 130 720
Online 400
Vis. today 20 [illegible]
(http://www.histats.com/viewstats/?sid=1206326&ccid=605)

des de quien se expresa dependiendo del tipo de discurso que se exprese, ámbito en el cual se haga uso de él y los medios utilizados

Su ejercicio conlleva, en todo caso, deberes y responsabilidades para quien se expresa. El alcance de estos deberes y responsabilidades variará, dependiendo del tipo de discurso que se exprese, el ámbito en el cual se haga uso de él y los medios utilizados. Tales deberes y responsabilidades han de estar definidos con previsión en la ley, sin perjuicio de la aplicación directa de los derechos fundamentales de terceros, como el buen nombre y la intimidad.

LIBERTAD DE EXPRESION-Obligaciones constitucionales a las autoridades del Estado y a los particulares

LIBERTAD DE EXPRESION-Tipos básicos de obligaciones de cualquier Rama del Poder Público

Como todo derecho humano, la libertad de expresión impone a las autoridades estatales –de cualquier nivel, en cualquier rama del poder público- cuatro tipos básicos de obligaciones: las de respeto, las de garantía y protección, las de promoción y la de provisión de condiciones jurídicas y materiales para su goce efectivo, sobre la base de la no discriminación.

LIBERTAD DE EXPRESION STRICTO SENSO-Concepto según artículo 20 Constitucional

La valoración de todos los riesgos sociales adquiere una connotación especial cuando estos recaen de manera específica y diferenciada sobre menores de edad, dada su elevada vulnerabilidad y las secuelas futuras de un eventual daño en su desarrollo psicológico. Pero esta característica del riesgo y del impacto, ha de ser claramente demostrada porque de lo contrario la mera alegación de la presencia potencial de algunos menores en la audiencia bastaría para restringir la libertad de expresión y privar a los ciudadanos del acceso a información u opiniones valiosas para ejercer como sujetos políticos de una sociedad democrática, como se verá posteriormente.

Pages 303,130,720
Online 400
Visitors 20,530
(http://www.histats.com/viewstats/?sid=1206326&ccid=605)

LIBERTAD DE EXPRESION STRICTO SENSO-Definiciones de la Corte Constitucional y la Corte Interamericana de Derechos Humanos/**LIBERTAD DE EXPRESION STRICTO SENSO**-Dimensión individual y dimensión colectiva según la Corte Interamericana de Derechos humanos

La libertad de expresión en sentido estricto –primer elemento normativo específico protegido por la libertad de expresión genérica que consagra el artículo 20 Superior- es el derecho de las personas a expresar y difundir libremente el propio pensamiento, opiniones, informaciones e ideas, sin limitación, a través del medio y la forma escogidos por quien se expresa.

LIBERTAD DE EXPRESION STRICTO SENSO-Rangos

En términos de esta Corporación, la libertad de expresión stricto senso "consiste en la facultad que tienen todas las personas de comunicar sus concepciones e ideas sin temor a ser constreñidos por ello en manera alguna". Para la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en su dimensión individual su ejercicio "[r]equiere (...) que nadie sea arbitrariamente menoscabado o impedido de manifestar su propio pensamiento y representa, por tanto, un derecho de cada individuo".

LIBERTAD DE EXPRESION-Protección constitucional tanto de los derechos de quien se expresa como los del receptor de un determinado mensaje

LIBERTAD DE EXPRESION STRICTO SENSO Y LIBERTAD DE INFORMACION-Derecho constitucional de doble vía

LIBERTAD DE EXPRESION-Dimensión colectiva del interés del receptor de un acto comunicativo según la Corte Interamericana de Derechos Humanos

LIBERTAD DE EXPRESION-Presunción constitucional de cobertura de la expresión

Pages 303 130 720
Online 400
Vis. today 20 530
(http://www.histats.com/viewstats/?sid=1206326&ccid=605)

LIBERTAD DE EXPRESION-Protección a expresiones de contenido político/**LIBERTAD DE EXPRESION**-Importancia de la protección del discurso político

LIBERTAD DE EXPRESION STRICTO SENSO-Modos de expresión que constituyen en si mismos el ejercicio de otros derechos fundamentales y corresponden al ejercicio de un derecho constitucional específico

Existe una serie de modos de expresión que constituyen, en sí mismos, el ejercicio de otros derechos fundamentales distintos a la libertad de expresión stricto senso, la cual por lo tanto es una condición necesaria para su ejercicio y ha de recibir especial protección en estos ámbitos particulares. Se trata, en resumen, de ocho tipos de discurso: (a) la correspondencia y demás formas de comunicación privada, (b) los discursos estéticos, morales, emotivos o personales, manifestados a través de expresiones verbales, artísticas, o de conductas simbólicas o expresivas, sin perjuicio de la protección constitucional explícita de la libre expresión artística; (c) la objeción de conciencia; (d) el discurso religioso; (e) el discurso académico, investigativo y científico; (f) las expresiones realizadas en el curso de manifestaciones públicas pacíficas; (g) el discurso cívico o de participación ciudadana, y (h) el discurso de identidad, que expresa y refuerza la propia adscripción cultural y social.

LIBERTAD DE EXPRESION-Razones por las cuales existen modos de expresión sujetos a un mayor margen de regulación estatal

(i) porque su utilización lleva implícita cargas, deberes o responsabilidades constitucionales especiales y expresas – es el caso del discurso periodístico, o del que se transmite a través de los medios de comunicación. En un acápite subsiguiente de esta providencia se exploran las especificidades constitucionales de las libertades de información y de prensa, y del ejercicio de la libertad de expresión a través de los medios de comunicación; baste afirmar, en este punto, que se trata de ámbitos en los cuales la Constitución misma exige una regulación legal para hacer efectivas dichas cargas, deberes o responsabilidades, sin perjuicio de que las limitaciones hayan de cumplir, en todo caso, con los requisitos señalados más adelante para desvirtuar la presunción de inconstitucionalidad de tales limitaciones, de conformidad con criterios estrictos de revisión constitucional. (ii) porque el ejercicio de la libertad de expresión a través de estos modos de discurso se debe armonizar con el ejercicio de los dere-

presión a través de estos modos de discurso se debe armonizar con el ejercicio de los derechos de terceros, dadas las características del discurso en cuestión; es el caso de (a) las expresiones de contenido comercial o publicitario –que, según ha aceptado la jurisprudencia, están cubiertas por la libertad de expresión pero admiten un mayor margen de regulación, en virtud de las disposiciones constitucionales que exigen la regulación estatal de la vida económica y los derechos de los consumidores.

Pages 303 130 720
Online 400
Visit today 20 530
(http://www.histats.com/viewstats/?sid=1206326&ccid=605)

LIBERTAD DE EXPRESION STRICTO SENSO-Protección constitucional a las expresiones del lenguaje convencional, como a las conductas de contenido expresivo o implicaciones expresivas, convencionales o no convencionales

Las comunicaciones cubiertas por la libertad de expresión stricto senso puede ser efectuadas tanto a través de expresiones del lenguaje convencional (habladas o escritas) como a través de conductas con contenido expresivo o implicaciones expresivas, convencionales o no convencionales. Tanto las unas como las otras reciben protección constitucional, puesto que es claro que la "expresión" cubierta por la libertad en comento no se restringe a las comunicaciones verbales.

LIBERTAD DE EXPRESION-Criterios relevantes para caracterizar una conducta simbólica

En síntesis, los criterios relevantes para caracterizar una conducta simbólica como expresión protegida son: la intención del actor, y las convenciones generalmente aceptadas sobre el significado de un comportamiento y su rol como medio de comunicación no lingüística.

LIBERTAD DE EXPRESION STRICTO SENSO-Protege tanto el contenido de la expresión como su tono

LIBERTAD DE INFORMACION-Forma parte de la libertad de expresión en sentido genérico/**LIBERTAD DE INFORMACION**-Características

Pages 208,136,720
Online 400
His. today 20 336
http://www.histats.com/viewstats?sid=1208316&d=605

Las características de la libertad de información a tener en cuenta son las siguientes: (1) su objeto jurídico específico, (2) la complejidad de su objeto y su titular, (3) su importancia central para la democracia, (4) los deberes y responsabilidades específicos implícitos en su ejercicio, con derechos correlativos para el receptor de la información, (5) la necesidad de aplicar el método de ponderación y armonización concreta en caso de conflicto con otros derechos o valores constitucionales, y (6) la existencia de obligaciones específicas de respeto, protección y promoción para el Estado.

LIBERTAD DE INFORMACION Y LIBERTAD DE EXPRESION STRICTO SENSO-Diferencias del objeto jurídico de protección de ambas libertades

Se trata de un objeto conexo pero diferenciable del que protege la libertad de expresión stricto senso, ya que la libertad de expresión en sentido estricto protege la transmisión de todo tipo de pensamientos, opiniones, ideas e informaciones personales de quien se expresa, mientras que la libertad de información protege la comunicación de versiones sobre hechos, eventos, acontecimientos, gobiernos, funcionarios, personas, grupos y en general situaciones, en aras de que el receptor se entere de lo que está ocurriendo. Por eso, en la libertad de información el interés del receptor de la misma es crucial, puesto que sin información no está en condiciones de ejercer efectivamente su ciudadanía. En esa medida, con miras a promover la mayor difusión de información, la libertad de información está sujeta a una mayor regulación por parte de las autoridades que la libertad de expresión en sentido estricto. Por otra parte, una y otra libertad se diferencian por los supuestos con los que se materializa su ejercicio; así mientras que para la libertad de expresión basta que su titular cuente con las facultades físicas y mentales necesarias para expresarse, la libertad de información supone, además, que exista una infraestructura material apta para captar y difundir la información.

LIBERTAD DE INFORMACION Y LIBERTAD DE EXPRESION STRICTO SENSO-Derecho de titularidad universal y compleja

En esa misma medida, al igual que la libertad de expresión stricto senso, la libertad de información es un derecho de titularidad universal y compleja, puesto que está en cabeza de todas las personas por mandato del artículo 20 de la Carta.

D**ERECHO A LA LIBERTAD DE INFORMACION**-Doble vía

Pages 303 130 720
Online 400
Vis. today 20 536
(http://www.histats.com/viewstats/?sid=1206326&ccid=605)

Pero al mismo tiempo tiene contenidos distintos dependiendo de si la ejerce quien busca la información, quien la transmite, o quien la recibe – característica que ha llevado a esta Corporación a calificar esta libertad como un derecho de doble vía. Por las características especiales de esta libertad y su trascendencia para el funcionamiento de la democracia, el énfasis jurisprudencial se pone usualmente sobre los derechos del receptor de la información.

LIBERTAD DE INFORMACION-Importancia central para la democracia

Por el lugar central que ocupa el libre flujo de informaciones de todo tipo dentro del funcionamiento ordinario de una sociedad política democrática, la libertad de información ocupa un lugar especial dentro del ordenamiento estatal colombiano, particularmente cuando su ejercicio se apareja con el de la libertad de prensa – es decir, cuando se ejerce a través de los medios masivos de comunicación.

LIBERTAD DE INFORMACION-Deberes y responsabilidades por su importancia para la democracia y el impacto sobre la audiencia

Las principales obligaciones que impone el ejercicio de esta libertad, así como los derechos correlativos de los receptores de la información, se refieren a las características de la información que se transmite – dicha información ha de ser "veraz e imparcial", y respetuosa de los derechos fundamentales de terceros, particularmente a la intimidad y al buen nombre. A este respecto, en particular cuando se ejerce la libertad de información a través de los medios de comunicación, la jurisprudencia ha trazado una distinción entre la transmisión de información fáctica y la emisión de opiniones o valoraciones de hechos. La información sobre hechos, en tanto ejercicio de la libertad de información, ha de ser veraz e imparcial, mientras que la expresión de opiniones sobre dichos hechos, cubierta por la libertad de expresión stricto senso, no está sujeta a estos parámetros. Las opiniones equivocadas y parcializadas gozan de la misma protección constitucional que las acertadas y ecuánimes.

LIBERTAD DE INFORMACION-Ponderación y armonización en caso de conflicto

con otros derechos y valores constitucionales

Pages 303 130 720
Online 400
Vis. today 20 530
(http://www.histats.com/viewstats/?sid=1206326&ccid=605)

En los casos frecuentes en que puede entrar en colisión con otros derechos o valores constitucionales, la libertad de información ha de ser objeto de un ejercicio de ponderación que derive en la maximización concreta y armónica de todos los derechos e intereses enfrentados, pero sobre la base inicial de la primacía de la libertad de información dentro de una sociedad democrática.

LIBERTAD DE INFORMACION Y LIBERTAD DE EXPRESION STRICTO SENSO-Deberes del Estado

La libertad de información, como la libertad de expresión en sentido estricto, también impone al Estado obligaciones de respeto, garantía, protección y promoción, en particular cuando su ejercicio se efectúa a través de los medios masivos de comunicación y se apareja, por lo tanto, con la libertad de prensa. Esto significa, por ejemplo, que no le basta al Estado con no atentar contra la libertad de información, puesto que además de respetarla, debe proteger su ejercicio libre y garantizar la circulación amplia de información, aun de aquella que revele aspectos negativos del propio Estado o la sociedad.

LIBERTAD DE PRENSA-Contenido

Esta incluye tanto la libertad de fundar medios masivos de comunicación como la libertad de estos medios de funcionar sin interferencias indebidas, de forma tal que puedan cumplir sus cruciales funciones dentro de la sociedad democrática.

LIBERTAD DE PRENSA-Rasgos particulares

Para los efectos del caso que se examina, considera pertinente la Corte resaltar ciertos rasgos particulares de la libertad de prensa: (1) su importancia medular para la democracia; (2) su trascendencia para el desarrollo de la personalidad individual; (3) el poder social de los medios de comunicación, con los riesgos implícitos y conflictos potenciales que conlleva;

Pages: 303,139,720
Online 400
Visit today: 21,000
(http://www.histats.com/viewstats/?sid=1206326&cid=605)

(4) el hecho de que el funcionamiento de los medios de comunicación involucra el ejercicio de derechos fundamentales por distintos sujetos, y tiene el potencial de lesionar derechos fundamentales ajenos; (5) la responsabilidad social adscrita, por lo mismo, al ejercicio de la libertad de prensa; (6) la previsión expresa de un margen para la regulación estatal de esta libertad en la Carta Política, y la posibilidad de establecer limitaciones puntuales con cumplimiento estricto de las condiciones constitucionales, y sujetas a un control estricto de constitucionalidad; (7) su potencial para entrar en conflicto con otros derechos fundamentales, los cuales estarán sujetos a ponderación y armonización concreta sobre la base inicial de la primacía de la libertad de prensa; y (8) el carácter de servicio público que tiene el funcionamiento de algunos medios de comunicación, con sus efectos constitucionales.

LIBERTAD DE PRENSA-Importancia medular para la democracia/

LIBERTAD DE PRENSA-Importancia para el desarrollo de la personalidad individual

Como manifestación de la libertad de expresión, la libertad de prensa también es fundamental para el ejercicio del derecho al libre desarrollo de la personalidad, dado que para que una persona pueda definir y seguir la orientación que 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, lo cual es difícil sin el pluralismo expresado a través de diversos medios masivos de comunicación.

LIBERTAD DE PRENSA-Sujetos involucrados en su ejercicio y derechos potencialmente afectados

La libertad de prensa involucra, en su ejercicio, a distintos sujetos, puesto que en los actos de comunicación que se realizan a través de los medios masivos toman parte: los medios en tanto personas jurídicas que ejercen su libertad de expresión, los periodistas y comunicadores sociales que operan a través de los medios y que ejercen tanto su libertad de expresión como su derecho al trabajo, las personas que sin ser periodistas o comunicadores transmiten a través de estos canales sus expresiones, y la audiencia. Además, está de por medio el ejercicio de la libertad de empresa y del derecho a la propiedad de sus dueños, y la preservación de los derechos fundamentales de terceros potencialmente afectados por las publicaciones o transmisiones realizadas. Cada uno de estos sujetos, así como los distintos derechos en juego, deben ser cuidadosamente considerados en cada caso particular para efectos de lograr una armonización concreta de todos

de lograr una armonización concreta de todos.

Pages 303 130 720
Online 400
Vis. today 20 530
(http://www.histats.com/viewstats/?sid=1206326&ccid=605)

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

Por mandato expreso del artículo 20 Superior, los medios de comunicación tienen responsabilidad social; esta responsabilidad se hace extensiva a los periodistas, comunicadores y particulares que se expresan a través de los medios, en atención a los riesgos que éstos plantean y su potencial de lesionar derechos de terceros, así como por su poder social y su importancia para el sistema democrático. La responsabilidad social de los medios de comunicación tiene distintas manifestaciones. En relación con la transmisión de informaciones sobre hechos, los medios están particularmente sujetos a los parámetros de (i) veracidad e imparcialidad, (ii) distinción entre informaciones y opiniones, y (iii) garantía del derecho de rectificación.

LIBERTAD DE PRENSA-Limitaciones previstas en la Constitución política

(a) Por una parte, existen ciertas limitaciones expresamente previstas en la Constitución respecto de ciertos tipos de medios de comunicación, que facultan a las autoridades para establecer algunas regulaciones de su funcionamiento -como lo son (i) el artículo 20, en el sentido de que los medios de comunicación son libres pero tienen responsabilidad social, disposición que la jurisprudencia constitucional ha interpretado como facultad para que el legislador determine los alcances de dicha responsabilidad posterior; (ii) el artículo 7, que leído en conjunción con el artículo 20 superior permite al Estado regular para asegurar la equidad y pluralidad en el manejo de la información por los medios de comunicación, según ha interpretado esta Corporación; (iii) el artículo 75, que atribuye al espectro electromagnético el carácter de "bien público inenajenable e imprescriptible sujeto a la gestión y control del Estado", con garantía constitucional de "la igualdad de oportunidades en el acceso a su uso en los términos que fije la ley", y con atribución constitucional expresa al Estado para intervenir, por mandato de la ley, en el uso de dicho espectro, lo cual ha sido interpretado por la Corte como una autorización para el establecimiento de un régimen diferenciado de regulaciones estatales para los distintos medios de comunicación, según hagan uso o no del espectro electromagnético, con cumplimiento de ciertas condiciones por el Legislador; (iv) los artículos 76 y 77, que facultan al Estado para regular los servicios de televisión a través de un organismo especial encargado de esta función; y (v) el artículo 365, que sujeta la prestación de los servicios públicos a la regulación del Estado por medio de la fijación del régimen legal correspondiente, según el tipo de medio de comunicación-.

Pages 303 130 720
Online 400
Vis. today 20 530
[http://www.histats.com/viewstats/?sid=1250326&pd=6015]

MEDIOS DE COMUNICACION-Carácter de servicio público de ciertos medios masivos de comunicación/**MEDIOS DE COMUNICACION-**Regulación estatal solo debe estar orientada a garantizar la calidad y eficiencia de los aspectos técnicos, de cobertura en la prestación del servicio y accesibilidad en condiciones de igualdad y pluralismo

En otras palabras, ni la calidad ni la eficiencia de los servicios públicos que se prestan a través de cierto tipo de medios masivos de comunicación se pueden evaluar con base en criterios que se relacionan con el contenido de las expresiones e informaciones que a través de ellos se comunican; sólo pueden hacer referencia a los aspectos técnicos, de cobertura y de accesibilidad que se han referido.

LIBERTAD DE PRENSA-Motivos por los cuales es requisito esencial para la existencia de una democracia

La jurisprudencia constitucional ha afirmado específicamente que (i) la libertad de prensa es un requisito esencial para la existencia de una democracia, porque "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"; (ii) la libertad de prensa goza de especial protección del Estado (art. 74, C.P.), por tratarse de "una condición estructural de funcionamiento de la democracia y del Estado de derecho. En efecto, sólo con una prensa libre, pluralista e independiente, puede desarrollarse un debate democrático vigoroso y pueden los ciudadanos controlar los eventuales abusos de los gobernantes"; (iii) la libertad de prensa es fundamental en el ordenamiento político constitucional, porque cumple funciones de control al poder y de ser depositaria de la confianza pública. Como consecuencia de su importancia para el sistema democrático, los medios de comunicación gozan de especial protección constitucional; y (iv) los medios de comunicación cumplen una tarea fundamental para la participación ciudadana en una democracia, al proveer información y observaciones críticas sobre la gestión de las autoridades: "Los medios de comunicación desarrollan tareas esenciales dentro de una democracia, debido a que la información de las personas y la observación crítica de la gestión de las autoridades son el sustrato indispensable de una participación ciudadana efectiva. Más que ser una forma para desarrollar eficazmente el ejercicio de una libertad -la de expresión-, los medios masivos de comunicación han entrado a ejercer un papel preponderante dentro del Estado de Derecho".

Pages 303 130 720
Online 400
Vis. today 20 530
(http://www.hitsts.com/viewstats/?id=1236326&cid=608)

LIBERTAD DE PRENSA-Reconocimiento de la importancia específica dentro de los ordenamientos democráticos por la jurisprudencia internacional

La jurisprudencia internacional también ha reconocido la importancia específica de la libertad de prensa dentro de los ordenamientos democráticos, resaltando que las salvaguardas constitucionales de su ejercicio tienen especial importancia dentro del ámbito de la libertad de expresión, y las responsabilidades que le competen en el sentido de impartir información e ideas de interés público.

LIBERTAD DE PRENSA-Fundamental para el desarrollo de la personalidad individual

Como manifestación de la libertad de expresión, la libertad de prensa también es fundamental para el ejercicio del derecho al libre desarrollo de la personalidad, dado que para que una persona pueda definir y seguir la orientación que 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, lo cual es difícil sin el pluralismo expresado a través de diversos medios masivos de comunicación.

MEDIOS DE COMUNICACION-Poder social lleva implícitos riesgos y puede eventualmente entrar en conflicto con otros derechos, valores e intereses constitucionales

La difusión masiva que alcanzan las informaciones transmitidas a través de ellos, su poder de penetración, el impacto profundo que pueden tener sobre la audiencia y, en general, el poder social de los medios de comunicación, lleva implícitos ciertos riesgos y puede eventualmente entrar en conflicto con otros derechos, valores o intereses constitucionalmente protegidos. No obstante, cada medio masivo tiene unos rasgos distintivos, lo cual conduce a que su poder social sea también diferente. Esta Corporación ha indicado que ciertos medios de comunicación tienen un mayor impacto que otros en la audiencia, habida cuenta de su penetración, de la forma y el momento en que le llegan a su audiencia o al permitir, por ejemplo, un espacio fugaz para la reflexión personal y generar así "audiencias cautivas", por lo cual están sujetos a una mayor responsabilidad y a regulaciones específicas a las características del medio

Pages 303 130 720
Online 400
Vis. today 20 530
(http://www.histats.com/viewstats/?sid=1206326&ccid=605)

LIBERTAD DE PRENSA A TRAVES DE LOS MEDIOS DE COMUNICACION-Derecho constitucional de doble vía

LIBERTAD DE PRENSA-No es absoluta

MEDIOS DE COMUNICACION-Grado de responsabilidad

LIBERTAD DE PRENSA-Regulación constitucional de las limitaciones

DERECHO A LA INFORMACION-Prevalencia

LIBERTAD DE EXPRESION-No es un derecho absoluto/**LIBERTAD DE EXPRESION-**Condiciones constitucionales para su limitación

El carácter privilegiado de la libertad de expresión tiene como efecto directo la generación de una serie de presunciones constitucionales – la presunción de cobertura de toda expresión por el ámbito de protección constitucional, la sospecha de inconstitucionalidad de toda limitación de la libertad de expresión, la presunción de primacía de la libertad de expresión sobre otros derechos, valores o intereses constitucionales con los cuales pueda llegar a entrar en conflicto y la presunción de que los controles al contenido de las expresiones constituyen censura.

LIBERTAD DE EXPRESION-Interpretación restrictiva a las limitaciones

Dada la trascendencia de la libertad de expresión en el ordenamiento constitucional, las limitaciones de las que es susceptible, según están plasmadas en los tratados internacionales

aplicables, deben interpretarse de manera restrictiva, en forma tal que se preserve el máximo campo posible de expresión libre de interferencias estatales.

Pages 303 130 720
Online 400
(http://www.histats.com/viewstats/?sid=1206326&ccid=605)

LIBERTAD DE EXPRESION-Marco general

El marco general de las limitaciones admisibles a la libertad de expresión, lo proveen los artículos 19 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, y 13 de la Convención Americana de Derechos Humanos, que orientan la interpretación del artículo 20 de la Carta y demás normas concordantes.

LIBERTAD DE EXPRESION STRICTO SENSO-Requisitos de las limitaciones

De conformidad con los tratados internacionales de derechos humanos aplicables y en virtud del principio de legalidad, las limitaciones sobre la libertad de expresión deben ser establecidas en la ley, de manera clara, expresa, taxativa, previa y precisa, por lo cual las autoridades que establecen dichas limitaciones por fuera de la autorización legal, o sin ella, violan la libertad constitucionalmente protegida.

LIBERTAD DE EXPRESION-Limitaciones establecidas expresa, taxativa y previamente

LIBERTAD DE EXPRESION-Finalidades constitucionales de las limitaciones

La segunda condición constitucional que han de satisfacer las limitaciones de la libertad de expresión, es la de perseguir la materialización de ciertas finalidades constitucionales imperiosas, que se han enumerado en términos abstractos en los tratados aplicables -la protección de los derechos de los demás, la protección de la seguridad y el orden público, la protección de la salud pública y la protección de la moral pública- pero que deben ser concretadas y especificadas en una ley.

Pages 303 130 720
Online 400
Vis. today 20 530
(http://www.histats.com/viewstats/?sid=1206326&pid=605)

LIBERTAD DE EXPRESION-Prevalencia en conflicto con otros derechos fundamentales

A este respecto, debe tenerse en cuenta que la libertad de expresión, por su trascendencia dentro del orden constitucional colombiano, sólo puede ser limitada para efectos de preservar derechos que tengan un rango comparable: en otras palabras, esta finalidad se refiere únicamente a derechos constitucionales fundamentales, como la intimidad, el buen nombre y la prohibición de la discriminación. La libertad de expresión no puede estar sujeta a limitaciones para efectos de preservar derechos de rango infraconstitucional que no gozan de un nivel de protección comparable en la Carta Política.

LIBERTAD DE EXPRESION-Intereses que justifican limitaciones deben respetar el principio de legalidad y la definición concreta y específica de los fines imperiosos de orden público y seguridad

Sin embargo, como en nombre de la seguridad y el orden público se han cometido numerosos atropellos contra la libertad de expresión, es particularmente importante que en este ámbito, los intereses que justificarían la limitación sean celosamente respetuosos del principio de legalidad y de la definición concreta y específica de los fines imperiosos de orden público y seguridad que es necesario alcanzar.

LIBERTAD DE EXPRESION-Violación cuando se invoca de manera abstracta "razones de moralidad pública" o de la "moral pública"/ **LIBERTAD DE EXPRESION**-Limitaciones necesarias y proporcionadas/ **LIBERTAD DE EXPRESION**-Elementos que deberá demostrar la autoridad que busca adoptar su limitación

CONVENCION AMERICANA SOBRE DERECHOS HUMANOS EN DERECHO A LA LIBERTAD DE EXPRESION-Prohibición a la limitación previa de la expresión

En Colombia son inadmisibles todas las formas de limitación previa a la expresión, salvo

Pages 303/130/720
Online 400
Vs. today 20/330
(http://www.histats.com/viewstats/?sid=12063268&cid=605)

por la posibilidad de establecer normas legales que regulen el acceso de menores de edad a espectáculos públicos – excepción que, en virtud de la prohibición constitucional de la censura, es de interpretación estrictamente restringida, se refiere a la clasificación de tales espectáculos y no puede comprender la prohibición de proyectar cintas cinematográficas, realizar obras de teatro o efectuar espectáculos públicos.

LIBERTAD DE EXPRESION-Presunción, en principio sospechosa como invasión al derecho protegido/**LIBERTAD DE EXPRESION**-Regulación en tratados internacionales de las limitaciones admisibles

El marco general de las limitaciones admisibles a la libertad de expresión, el cual como se dijo es de interpretación restrictiva, lo proveen los artículos 19 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, y 13 de la Convención Americana de Derechos Humanos. El primero dispone: "3. El ejercicio del derecho previsto en el párrafo 2 de este artículo entraña deberes y responsabilidades especiales. Por consiguiente, puede estar sujeto a ciertas restricciones, que deberán, sin embargo, estar expresamente fijadas por la ley y ser necesarias para: (a) Asegurar el respeto a los derechos o a la reputación de los demás; (b) La protección de la seguridad nacional, el orden público o la salud o la moral públicas." El segundo establece: "2. El ejercicio del derecho previsto en el inciso precedente no puede estar sujeto a previa censura sino a responsabilidades ulteriores, las que deben estar expresamente fijadas por la ley y ser necesarias para asegurar: a. el respeto a los derechos o a la reputación de los demás, o b. la protección de la seguridad nacional, el orden público o la

salud o la moral públicas. // (...) 4. Los espectáculos públicos pueden ser sometidos por la ley a censura previa con el exclusivo objeto de regular el acceso a ellos para la protección moral de la infancia y la adolescencia, sin perjuicio de lo establecido en el inciso 2."

LIBERTAD DE EXPRESION-Requisitos básicos a las limitaciones para que sean constitucionales

Una lectura detenida de estas disposiciones revela que las limitaciones a las libertades de expresión (en sentido estricto), información y prensa, para ser constitucionales, deben cumplir con los siguientes requisitos básicos: (1) estar previstas de manera precisa y taxativa por la ley, (2) perseguir el logro de ciertas finalidades imperativas, (3) ser necesarias para el logro de dichas finalidades, (4) ser posteriores y no previas a la expresión, (5) no consti-

tuir censura en ninguna de sus formas, lo cual incluye el requisito de guardar neutralidad frente al contenido de la expresión que se limita, y (6) no incidir de manera excesiva en el ejercicio de este derecho fundamental.

Pages 305 136 720
Online 408
Vis. today 20 530
(http://www.hlstats.com/viewstats/?sid=1206326&ccid=605)

LIBERTAD DE EXPRESION-Limitaciones legales

Ya ha señalado esta Corporación –recogiendo la extensa jurisprudencia europea sobre este punto específico- que, de conformidad con los tratados internacionales de derechos humanos aplicables, las limitaciones sobre la libertad de expresión deben ser establecidas en la ley, de manera clara, expresa, taxativa, previa y precisa, por lo cual las autoridades que establecen dichas limitaciones por fuera de la autorización legal, o sin ella, violan la libertad constitucionalmente protegida.

LIBERTAD DE EXPRESION-Finalidades constitucionales que deberán tener las limitaciones

La segunda condición constitucional que han de satisfacer las limitaciones de la libertad de expresión, es la de perseguir la materialización de ciertas finalidades constitucionales imperativas, que se han enumerado en los tratados aplicables: la protección de los derechos de los demás, la protección de la seguridad y el orden público, la protección de la salud pública y la protección de la moral pública.

LIBERTAD DE EXPRESION-Solo puede ser limitada para efectos de preservar derechos constitucionales fundamentales

LIBERTAD DE EXPRESION-Variación del equilibrio entre los derechos en conflicto dependiendo del tipo de discurso y del contexto en el que se ejerza

En cualquier caso, el equilibrio entre los derechos en conflicto variará, dependiendo del tipo de discurso del que se trate, y del contexto en el cual se ejerza – así, (i) el discurso político está sujeto a menores limitaciones y quienes se vean afectados por él, concretamente las figuras públicas, deben soportar una carga mayor en el ámbito de sus derechos a la honra,

Pages 303,180,720
Online 400
Visit today 20,580
(http://www.histats.com/viewstats/?sid=1206326&ccid=605)

intimidad y buen nombre, más cuando la expresión se ejerce a través de la prensa –posición asumida por la jurisprudencia nacional, comparada e internacional; (ii) el discurso religioso, por la protección constitucional reforzada de la que es objeto al constituir el ejercicio de la libertad de cultos, admite dentro de su órbita de protección expresiones que, en otro ámbito, serían consideradas como excesivas y lesivas de la honra y reputación ajenas; o (iii) como se vió, el uso de los medios masivos de comunicación para transmitir expresiones a una pluralidad indeterminada de receptores, dadas las características específicas de estos medios –incluyendo su diferente capacidad de penetración y su impacto inmediato sobre la audiencia-, admite regulaciones apropiadas a las especificidades de cada tipo de medio masivo. (iv) Por su parte, las expresiones cuya audiencia incluye niños están sujetas a especiales condiciones constitucionales orientadas a preservar el interés superior, el desarrollo integral y los derechos fundamentales de los menores.

LIBERTAD DE EXPRESION-Casos más frecuentes de limitación para preservar derechos ajenos

LIBERTAD DE EXPRESION-Reglas orientadas a armonizar los derechos enfrentados

LIBERTAD DE EXPRESION-Instancias y soluciones de conflictos con derechos de terceros

Otras instancias de conflicto con derechos de terceros se presentan, por ejemplo, cuando se ejerce la libertad de expresión stricto senso por medio de discursos sobre temas religiosos, que son susceptibles de ofender las creencias ajenas con mayor facilidad que otros tipos de discurso; una situación conexa es la de las películas u obras artísticas que ofenden las sensibilidades religiosas de terceros. En estos casos, teniendo en cuenta la importancia de los extremos en conflicto, las Cortes han optado por soluciones conciliadoras que maximicen la libertad de expresión al tiempo que preservan los derechos potencialmente lesionados por su ejercicios; por ejemplo, han enfatizado que quien hace uso de su libertad de expresión en el contexto de las opiniones y creencias religiosas asumen el deber de evitar, en lo posible, ofender gratuitamente a los demás, y la carga de soportar un mayor margen de limitación de su derecho por el Estado para efectos de armonizar los intereses encontrados.

LIBERTAD DE EXPRESION-Otros tipos de conflictos con derechos de terceros

Pages 303 130 720
Online 400
Vis. today 20 530
(http://www.histats.com/viewstats/?sid=1206326&ccid=605),

LIBERTAD DE EXPRESION-Conflictos con los derechos de los niños

LIBERTAD DE EXPRESION-Justificación de limitaciones frente a necesidades concretas y específicas del orden público

CONMOCION INTERIOR-Limitaciones proporcionales de la libertad de expresión

En el contexto específico de los estados de conmoción interior, la Corte ha avalado limitaciones proporcionales de la libertad de expresión, en particular de la libertad de información.

LIBERTAD DE EXPRESION-Condiciones para su limitación en aras de preservar la moralidad pública, Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y la Convención Americana de Derechos Humanos

Al igual que sucede con las demás finalidades legítimas previstas en estos tratados internacionales para limitar la libertad de expresión, la noción de "moralidad pública" (a) debe ser objeto de una interpretación especialmente restringida, y ser definida de manera previa, clara y precisa en una ley nacional; (b) no puede invocarse en forma abstracta para justificar una limitación, sino debe especificarse y concretizarse de forma tal que sea claro, en cada caso, que existen intereses puntuales en juego que encuadran con la definición previa y precisa establecida en la ley nacional; y (c) esta formulación concreta y específica de aspectos determinados de la moralidad pública en cada caso particular, con referencia a intereses puntuales en juego, debe ser compatible con los principios esenciales de una sociedad democrática, con el Estado Social de Derecho y con el principio de dignidad humana.

LIBERTAD DE EXPRESION-Deber de la autoridad que busca establecer la limitación de demostrar el interés estatal de defender la moralidad pública según jurisprudencia constitucional

Pages 303 130 720
Online 400
Vis. today 20 530
(http://www.histats.com/viewstats/?sid=1206326&ccid=605)

Según ha expresado la jurisprudencia constitucional, la carga de demostrar el peso del interés estatal en proteger la moralidad pública en cada caso particular corresponde a la autoridad que busca establecer la limitación sobre el ejercicio de la libertad de expresión; en caso de no cumplirse adecuadamente con esta carga, priman las presunciones constitucionales que amparan los actos expresivos.

LIBERTAD DE EXPRESION-Jurisprudencia Constitucional en donde la moralidad pública puede obrar como un límite al alcance y ejercicio de derechos fundamentales en casos concretos

LIBERTAD DE EXPRESION-Vulneración del ámbito constitucionalmente protegido cuando se invoca de manera abstracta "razones de moralidad" para su limitación

DERECHO A LA LIBERTAD DE EXPRESION-Cualquier restricción debe ostentar carácter de necesidad y proporcionalidad

LIBERTAD DE EXPRESION-Elementos para demostrar la necesidad de limitación del derecho

(a) La finalidad invocada, como se indicó, debe puntualizarse para el caso particular de manera tal que se demuestre que, dentro de las circunstancias en las cuales se está realizando una expresión determinada, existe la necesidad imperiosa, apremiante, específica y concreta de preservar un derecho ajeno, un elemento previamente definido -de manera precisa y clara- del orden público, de la salud pública o de la moralidad pública. (b) la limitación concreta a adoptar debe estar permitida –en el sentido de no desconocer la prohibición de la censura (directa, indirecta o por consecuencia), que forma parte del ámbito de cobertura del artículo 20 Superior, y a la cual se hará referencia detallada posteriormente-; (c) la relación entre la limitación a adoptar, en tanto medio para alcanzar el fin que se persigue, y la finalidad imperiosa, concreta y específica invocada para justificar la limitación, ha de ser no solo apta, apropiada o efectivamente conducente para el logro de dicha finalidad, sino cumplir un requisito más exigente.

Pages 303 130 720
Online 400
Vis. today 20 530
(http://www.histats.com/viewstats/?sid=1206326&ccid=605)

LIBERTAD DE EXPRESION-Prohibición de limitaciones previas a la expresión

De esta forma, en Colombia son inadmisibles todas las formas de limitación previa a la expresión, salvo por la posibilidad de establecer normas legales que regulen el acceso de menores de edad a espectáculos públicos – excepción que, en virtud de la prohibición constitucional de la censura, es de interpretación estrictamente restringida, se refiere a la clasificación de tales espectáculos y no puede comprender la prohibición de proyectar cintas cinematográficas, realizar obras de teatro o efectuar espectáculos públicos.

LIBERTAD DE EXPRESION-Diferencia entre censura previa y prohibición con responsabilidad posterior

LIBERTAD DE EXPRESION-Prohibición por parte de la autoridad estatal

Ninguna autoridad estatal puede incurrir en censura. Los actos de censura no pueden ser efectuados por ninguna autoridad, sin importar su jerarquía o su posición dentro de la estructura del Estado, ni la función estatal concreta que ejerce –sea legislativa, administrativa, jurisdiccional, policiva u otra-, por medio de actos de contenido general o particular.

CENSURA EN MATERIA DE INFORMACION-Alcance/**CENSURA EN MATERIA DE INFORMACION**-Prohibición

DERECHO A LA LIBERTAD DE EXPRESION-Vulneración tanto del emisor como del receptor de la información por actos de censura

COMISION INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS-Libertad de expresión/**COMISION INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS**-Censura previa

Pages 303 130 720
Online 400
Vis. today 20 530
(http://www.mistats.com/viewstats/?sid=12068268&cid=605)

LIBERTAD DE EXPRESION-Diferencia entre la censura previa y las prohibiciones con responsabilidad ulterior

La Carta Política admite el establecimiento de responsabilidades posteriores por los efectos negativos que pueda surtir una determinada expresión; en este sentido, ha precisado la jurisprudencia que la censura previa, proscrita por la Convención Americana y por la Carta Política, es distinta a las limitaciones previamente definidas con precisión en la ley (prohibiciones legales previas) con establecimiento de responsabilidades posteriores, las cuales sí pueden ser acordes con la Constitución si cumplen con los requisitos constitucionales propios de las limitaciones a este derecho fundamental.

LIBERTAD DE EXPRESION-Prohibición de censura previa/**LIBERTAD DE EXPRESION**-Prohibición de censura a las autoridades estatales

COMISION INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS-Actos de censura proscrita

La Comisión Interamericana de Derechos Humanos ha incluido dentro de la categoría de "censura" proscrita los siguientes actos: "la censura previa, interferencia o presión directa o indirecta sobre cualquier expresión, opinión o información difundida a través de cualquier medio de comunicación oral, escrito, artístico, visual o electrónico", al igual que "las restricciones en la circulación libre de ideas y opiniones, como así también la imposición arbitraria de información y la creación de obstáculos al libre flujo informativo".

LIBERTAD DE EXPRESION-Formas de control previo sobre los medios de comunicación

La jurisprudencia constitucional ha explicado detalladamente que la tipología del control previo sobre la libertad de expresión abarca cuatro formas principales, que sin embargo no

Pages 303,130,720
Online 400
Visit today 20,540
(http://www.histats.com/viewstats/?sid=1206326&ccid=605)

agotan el espectro posible de intervenciones proscritas: el control previo sobre los medios de comunicación y su funcionamiento, el control previo sobre el contenido de la información, el control previo sobre el acceso a la información y el control previo sobre los periodistas.

MEDIOS DE COMUNICACION-Funcionamiento del control previo

El control previo sobre los medios de comunicación y su funcionamiento incluye (i) los regímenes de autorización previa o permiso de funcionamiento, que contrarían la libertad constitucional de fundar medios de comunicación, y que se distinguen de las licencias técnicas para acceso al espectro electromagnético (que no tienen por propósito el control de la información ni la opinión), (ii) los regímenes de registro constitutivo, no para fines de información y definición de responsabilidades posteriores, sino para negar el registro e impedir el funcionamiento del medio de comunicación (que se distingue de los registros declarativos, que no pueden constituir un obstáculo para el funcionamiento del medio), y (iii) las decisiones estatales previas que restrinjan el funcionamiento o circulación de medios de comunicación particulares, tales como las ordenes judiciales que limiten o impidan la circulación y venta de libros, incluso en tanto medidas cautelares, hasta tanto no se haya demostrado claramente que existió un ejercicio abusivo de la libertad de expresión por parte de los autores que desconoció derechos fundamentales, o las decisiones de las autoridades que prohíben en forma previa la exhibición pública de obras cinematográficas.

INFORMACION-Control previo y modalidades del contenido/**INFORMACION-**Control previo del acceso/**INFORMACION-**Control previo sobre los periodistas y las medidas que abarca

COMISION INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS-Controles políticos y económicos, directos o indirectos que atentan contra los medios de comunicación

LIBERTAD DE EXPRESION-Regulaciones de tiempo, modo y lugar

MEDIOS DE COMUNICACION-Configuración de censura proscrita

Pages 303 130 720
Online 400
Vis. today 20 530
(http://www.histats.com/viewstats/?sid=1206326&ccid=605)

En aplicación de esta regla, ha establecido la jurisprudencia constitucional que se configura una censura proscrita cuando las autoridades estatales, invocando el ejercicio de sus funciones, supervisan el contenido de lo que los medios de comunicación quieren informar, publicar, transmitir o expresar, para efectos de supeditar la divulgación del contenido a su permiso, autorización, examen previo, o al recorte, adaptación o modificación del contenido – la Corte ha resaltado que las autoridades no pueden entrar a evaluar ni mucho menos recortar o modificar los contenidos de la programación de los medios de comunicación, las publicaciones impresas o cualquier modalidad de comunicación o de expresión para decidir si se difunden o no, y que se configura censura cuando se prohíbe, recoge, suspende, interrumpe o suprime la emisión o publicación de un determinado contenido expresivo, así como cuando se exige una inspección oficial previa, visto bueno o supervisión por parte de la autoridad de los contenidos que se emiten, o una modificación, alteración, adaptación o recorte de los mismos.

CENSURA PROHIBIDA-Formas

Ninguna autoridad estatal puede incurrir en censura. Los actos de censura no pueden ser efectuados por ninguna autoridad, sin importar su jerarquía o su posición dentro de la estructura del Estado, ni la función estatal concreta que ejerce –sea legislativa, administrativa, jurisdiccional, policiva u otra-, por medio de actos de contenido general o particular.

CENSURA PROHIBIDA-Contenido

La censura prohibida puede tener un contenido negativo –en el sentido de obstaculizar el flujo comunicativo o prohibir una publicación, bien sea en su totalidad o exigiendo que ésta se recorte- o un contenido positivo –en el sentido de exigir la adecuación del contenido de una determinada expresión a los parámetros del censor, o la introducción de informaciones u opiniones adicionales impuestos por éste-.

CENSURA PROHIBIDA-Actos que cobija

Pages 303,130,720
Online 400
Today 1
(http://www.histats.com/viewstats/?sid=1206326&ccid=605)

La categoría de "censura" proscrita cobija actos tales como la censura previa, las autorizaciones administrativas para divulgar ciertos contenidos informativos, la interferencia estatal directa o indirecta contra la divulgación de ciertas expresiones a través de cualquier medio de comunicación, al igual que las restricciones en la circulación libre de ideas y opiniones, como así también la imposición arbitraria de información y la exigencia de adecuar contenidos expresivos a la voluntad estatal.

LIBERTAD DE EXPRESION-Formas de control previo

La jurisprudencia constitucional ha explicado detalladamente que la tipología del control previo sobre la libertad de expresión abarca cuatro formas principales, que sin embargo no agotan el espectro posible de intervenciones proscritas: el control previo sobre los medios de comunicación y su funcionamiento, el control previo sobre el contenido de la información, el control previo sobre el acceso a la información y el control previo sobre los periodistas. Además de estas cuatro categorías genéricas, resalta la Corte que la prohibición de la censura cobija cualquier tipo de control, obstaculización, interferencia o restricción previa, que tenga por propósito o por efecto, directo o indirecto, intencional o accidental, limitar o restringir el libre flujo social de comunicaciones.

COMISION INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS-Actos estatales que atentan contra la independencia de los medios de comunicación

La Comisión Interamericana de Derechos Humanos ha efectuado, en la Declaración de Principios sobre la Libertad de Expresión, una enumeración de actos estatales que, a título enunciativo, ilustran el tipo de controles políticos y económicos directos e indirectos, distintos a los modos de control anteriormente enunciados, que atentan contra la independencia de los medios de comunicación y están igualmente proscritos por la prohibición constitucional de la censura: la utilización del poder del Estado y los recursos de la hacienda pública; la concesión de prebendas arancelarias; la asignación arbitraria y discriminatoria de publicidad oficial y créditos oficiales; el otorgamiento privilegiado o la negación retaliatoria de frecuencias de radio y televisión, entre otros, con el objetivo de castigar o premiar a los comunicadores sociales y a los medios de comunicación en función de sus líneas informativas. Compete al juez constitucional determinar en cada caso si se está ante una forma de censura proscrita, o ante una responsabilidad posterior que satisface las condiciones anteriormente enunciadas para limitar, dentro de parámetros de razonabilidad y proporcionalidad, la libertad constitucional de expresión.

Pages 303 130 720
Online 400
Vis. today 20 530
(http://www.flistats.com/viewstats/?sid=1206326&cid=605)

LIBERTAD DE EXPRESION-Regulaciones de tiempo, modo y lugar/**LIBERTAD DE EXPRESION-**Neutralidad estatal frente al contenido de la expresión

EXPRESIONES SEXUALMENTE EXPLICITAS-Tipos de expresiones

Hay diferentes tipos de expresiones sexualmente explícitas, según diversos criterios entre los cuales cabe destacar las características de la expresión, el lenguaje empleado y el contexto del emisor y el receptor.

EXPRESIONES SEXUALMENTE EXPLICITAS-Características de la pornografía y la obscenidad/**EXPRESIONES SEXUALMENTE EXPLICITAS-**Diferencia entre imágenes en el derecho comparado

En el derecho comparado al abordar este tema se ha subrayado la diferencia entre imágenes, es decir, el lenguaje visual, y palabras, o sea lenguaje verbal, dado que en lo que respecta a lo sexualmente explícito, una cosa es una imagen visual (i.e. escenas que muestran órganos sexuales) otra bien distinta una palabra que denomina el objeto de la imagen (i.e. el vocablo empleado para nombrar los órganos sexuales).

EXPRESIONES SEXUALMENTE EXPLICITAS-Relevancia del contexto dentro del cual se emite cierta expresión

Adicionalmente, el contexto dentro del cual se emite cierta expresión sexualmente explícita también es relevante, en la medida en que el significado y la connotación de la misma expresión varían según el ámbito en que ésta sea recibida. Así, cierta expresión sexualmente explícita comunicada en un contexto académico o artístico puede ser recibida de manera diferente a si ésta misma expresión se emite en un contexto publicitario. Incluso imágenes idénticas tienen alcances diversos dependiendo del contexto en que sean exhibidas, v.gr., una fotografía de un desnudo completo expuesta en una galería y la misma fotografía empleada como base de una propaganda comercial.

Pages 303 130 720
Online 400
Vis. today 20 530
http://www.histats.com/viewstats/?sid=1206326&cid=605

-OBSCENIDAD, PORNOGRAFIA Y LOS MATERIALES SEXUALMENTE EXPLICITOS-Regulación en el Reino Unido y en Estados Unidos

EXPRESIONES SEXUALMENTE EXPLICITAS-Amparado en principio por la presunción constitucional de cobertura de la libertad de expresión, por la sospecha de inconstitucionalidad de toda limitación estatal y por la presunción de primacía frente a otros derechos

CONVENCION SOBRE LOS DERECHOS DEL NIÑO-Contiene disposiciones orientadas a resguardarlos de exposición a expresiones lesivas para su desarrollo

LENGUAJE SEXUALMENTE EXPLICITO-Protección constitucional en Colombia/**EXPRESIONES SEXUALMENTE EXPLICITAS**-Protección jurídica en el caso de los menores de edad

Precisa la Corte a este respecto que cuando se trata de proteger los derechos de los niños de los daños específicos que puedan sufrir por la exposición a este tipo de materiales –hipótesis que, reitera la Corte, se distingue de la de la pornografía infantil, que está completamente prohibida en toda circunstancia y modalidad-, no hay duda sobre la legitimidad de las autoridades para establecer limitaciones razonables, proporcionadas y respetuosas de los requisitos constitucionales en comento; hay aceptación general del hecho de que los menores de edad, en tanto posibles consumidores de materiales sexualmente explícitos, sí necesitan protección jurídica, porque se pueden generar efectos negativos específicos sobre su proceso de formación y desarrollo que lesionan el ejercicio autónomo de su libertad, su bienestar y su interés superior, así como los derechos de sus padres a orientar su proceso de formación de conformidad con los parámetros que consideren más convenientes, resguardándolos del acceso a materiales que en su criterio son incompatibles con las pautas formativas que han escogido, y que estos intereses justifican el establecimiento de limitaciones razonables y proporcionadas a la circulación de materiales sexualmente explícitos en la sociedad.

MATERIALES PORNOGRAFICOS Y OBSCENOS-Limitaciones en el derecho comparado

Pages 303 130 720
Online 400
Vis. today 20 530
(http://www.histats.com/viewstats/?sid=4206326&cid=605)

EXPRESIONES CON CONTENIDOS SEXUALES, SOECES, OFENSIVOS Y CHOCANTES DIFUNDIDOS EN DIFERENTES MEDIOS DE COMUNICACION-Precedentes jurisprudenciales internacionales, extranjeros y nacionales

EXPRESIONES CON CONTENIDOS SEXUALES, SOECES, OFENSIVOS Y CHOCANTES DIFUNDIDOS EN DIFERENTES MEDIOS DE COMUNICACION-Protección constitucional

Las expresiones con contenido sexualmente explícito, soez o chocante, cuando se difunden públicamente a través de los medios de comunicación, gozan de protección constitucional por las libertades de expresión, información y prensa.

EXPRESIONES CON CONTENIDOS SEXUALES, SOECES, OFENSIVOS Y CHOCANTES DIFUNDIDOS EN DIFERENTES MEDIOS DE COMUNICACION-Factores que inciden en la regulación

Las autoridades gozan de un margen constitucional para establecer limitaciones razonables y proporcionadas sobre la difusión social de este tipo de expresiones, para efectos de proteger simultáneamente los derechos de los demás, pero sin que ello implique que están facul-

tadas para suprimir estas expresiones o impedir su transmisión a través de los medios de comunicación mediante censura.

EXPRESIONES CON CONTENIDOS SEXUALES, SOECES, OFENSIVOS Y CHOCANTES DIFUNDIDOS EN DIFERENTES MEDIOS DE COMUNICACION-Rasgos que inciden en la variación del impacto del medio de comunicación

El impacto del medio, en tanto factor que amplía o restringe el margen de limitación del que es susceptible la expresión de este tipo de expresiones, varía de conformidad con los siguientes rasgos concretos de cada medio de comunicación en particular: (i) su carácter intrusivo, y la posibilidad que tiene la audiencia de controlar o evitar la recepción del mensaje (es decir, la existencia de "audiencias cautivas"); (ii) el margen de reflexión que el me-

Pages 905 150 720
Online 400
Vis. today 20 530
(http://www.histats.com/viewstats/?sid=1206326&ccid=605)

dio de comunicación permite al receptor de la información; (iii) el espacio público o privado al cual llega el mensaje a través de cada medio de comunicación en particular; y (iv) la posibilidad del receptor de optar por otras alternativas de mensajes a través del mismo medio de comunicación.

EXPRESIONES CON CONTENIDOS SEXUALES, SOECES, OFENSIVOS Y CHOCANTES DIFUNDIDOS EN DIFERENTES MEDIOS DE COMUNICACION-Carácter de la audiencia

EXPRESIONES CON CONTENIDOS SEXUALES, SOECES, OFENSIVOS Y CHOCANTES DIFUNDIDOS EN DIFERENTES MEDIOS DE COMUNICACION-Sujetas a control constitucional y sometidas a sospecha de inconstitucionalidad

MEDIOS DE COMUNICACION-Características

Se trata de un medio de comunicación significativamente intrusivo, que admite un espacio de reflexión reducido a los oyentes sobre las expresiones que reciben, en comparación con otros medios de comunicación como la prensa escrita. Su impacto se surte tanto en los espacios privados como en los públicos. Por las facilidades tecnológicas existentes hoy en día, se trata de un medio que es altamente accesible a toda la población, incluidos los menores de edad.

LIBERTAD DE RADIO-Regulaciones estatales como consecuencia de los desarrollos tecnológicos de lo últimos años/**LIBERTAD DE RADIO**-Los desarrollos tecnológicos reduce el alcance de las regulaciones y potencia la libertad de emisiones y receptores

RADIODIFUSION-Dimensión esencial

La radiodifusión tiene una dimensión de servicio público que es relevante, pero que no hace desaparecer su dimensión esencial de ser un medio para difundir ideas, opiniones e informaciones constitucionalmente protegidas.

Pages 303 130 720
Online 400
Vis. today 20 530
(http://www.histats.com/viewstats/?sid=1206326&cid=g03)

RADIODIFUSION-Potestad de regulación, inspección y vigilancia del Estado

La potestad de regulación, inspección y vigilancia que asiste al Estado respecto de la radiodifusión en tanto servicio público que utiliza el espectro electromagnético, se agota en los aspectos meramente técnicos de la prestación del servicio y en la garantía de igualdad y pluralismo en el acceso a las ondas radiales, y no se proyectan sobre el contenido de la programación como tal para establecer qué se puede decir y qué no se puede decir.

EXPRESIONES CON CONTENIDOS SEXUALES, SOECES, OFENSIVOS Y CHOCANTES DIFUNDIDOS EN DIFERENTES MEDIOS DE COMUNICACION-Factores que inciden en el margen de regulación

Las expresiones con contenido sexualmente explícito, soez o chocante, cuando se difunden públicamente a través de los medios de comunicación, gozan de protección constitucional por las libertades de expresión, información y prensa, pero éstas admiten un mayor margen de regulación para efectos de armonizar su ejercicio con el de los derechos ajenos que pueden verse afectados, margen que variará en su amplitud dependiendo de dos factores principales: el impacto del medio de comunicación utilizado, y las características de la audiencia a la cual se dirige. En otras palabras, las autoridades gozan de un margen constitucional para establecer limitaciones razonables y proporcionadas sobre la difusión social de este

tipo de expresiones, para efectos de proteger simultáneamente los derechos de los demás, pero sin que ello implique que están facultadas para suprimir estas expresiones o impedir su transmisión a través de los medios de comunicación mediante censura.

EXPRESIONES CON CONTENIDOS SEXUALES, SOECES, OFENSIVOS Y CHOCANTES DIFUNDIDOS EN DIFERENTES MEDIOS DE COMUNICACION-Rasgos que inciden en el impacto del medio de comunicación sobre los receptores de la información para su regulación

El impacto del medio, en tanto factor que amplía o reduce el margen de limitación del que es susceptible este tipo de expresiones, varía de conformidad con los siguientes rasgos concretos de cada medio de comunicación en particular: (i) su carácter intrusivo, y la posibili-

Pages 305 150 720
Online 490
Vis. today 20 530
(http://www.histats.com/viewstats/?sid=12063268&ccid=605)

dad que tiene la audiencia de controlar o evitar la recepción del mensaje (es decir, la existencia de "audiencias cautivas"); (ii) el margen de reflexión que el medio de comunicación permite al receptor de la información; (iii) el espacio público o privado al cual llega el mensaje a través de cada medio de comunicación en particular; y (iv) la posibilidad del receptor de optar por otras alternativas de mensajes a través del mismo medio de comunicación.

EXPRESIONES CON CONTENIDOS SEXUALES, SOECES, OFENSIVOS Y CHOCANTES DIFUNDIDOS EN DIFERENTES MEDIOS DE COMUNICACION-Limitaciones razonables y proporcionadas del carácter de la audiencia para menores de edad o de adultos

En la medida en que aumente la probabilidad de que este tipo de sujetos de especial protección constitucional estén presentes de manera predominante en la audiencia o en el grupo de receptores de un medio de comunicación determinado, aumentará el margen con el que cuentan las autoridades para establecer limitaciones razonables y proporcionadas encaminadas a armonizar el ejercicio de la libertad de expresión con los otros derechos que pueden estar en juego.

EXPRESIONES CON CONTENIDOS SEXUALES, SOECES, OFENSIVOS Y CHOCANTES DIFUNDIDOS EN DIFERENTES MEDIOS DE COMUNICACION-Control constitucional

Independientemente del impacto del medio y del carácter de la audiencia, toda limitación establecida sobre el ejercicio de las libertades de expresión, información y prensa en los casos de difusión de expresiones explícitamente sexuales, soeces o chocantes a través de los medios de comunicación, está sujeta a un control constitucional estricto por parte de los jueces para determinar el cumplimiento de los requisitos que debe reunir este tipo de limitaciones.

EXPRESIONES CON CONTENIDOS SEXUALES, SOECES, OFENSIVOS Y CHOCANTES DIFUNDIDOS EN DIFERENTES MEDIOS DE COMUNICACION-Características de la radio que delimitan a las autoridades para introducir limitaciones que no impliquen censura

Pages 303,130,720
Online 400
Visitors 20,530
(http://www.histats.com/viewstats/?sid=1206326&ccid=605)

MEDIOS DE COMUNICACION-Impacto del medio y características de la audiencia a la cual se dirige

MEDIOS DE COMUNICACION-Características de la radio

En cuanto al impacto del medio, se trata de la radio, que es un medio de comunicación significativamente intrusivo, que admite un espacio de reflexión reducido a los oyentes sobre las expresiones que reciben -en comparación con otros medios de comunicación como la prensa escrita-, surtiendo su impacto sobre espacios privados y públicos indistintamente. Es altamente accesible a toda la población, especialmente los menores de edad. Su recepción de los contenidos radiodifundidos puede ser objeto de supervisión por sus padres y educadores, aunque no siempre de manera oportuna y eficaz.

DERECHOS DEL NIÑO EN LA CONSTITUCION DE 1991-Protección por parte de la familia, la sociedad y el Estado

DERECHOS DEL NIÑO-Responsabilidad de los medios de comunicación señalada en la Ley 1098 de 2006

Observa la Corte que la Ley 1098 de 2006, Código de Infancia y Adolescencia, adoptado con posterioridad a los hechos que dieron fundamento a la acción de tutela de la referencia y a las decisiones de los jueces de instancia, contiene una disposición relevante sobre el tema de la responsabilidad de los medios de comunicación ante los menores de edad.

DERECHOS DEL NIÑO-Observaciones de la Corte a la Ley 1098 de 2006

LIBERTAD DE EXPRESION-Ponderación cuando entra en conflicto con otros derechos

Según ha expresado en anteriores oportunidades esta Corporación, el juez constitucional debe aplicar el método de ponderación para evitar el sacrificio desproporcionado de la libertad de expresión (http://www.bestcounters.com/index.cgi?id=1206326805&c=1695) hos fundamentales, y la ausencia de un mandato legal específicamente diseñado para resolver el conflicto no impide que el juez de tutela adopte una decisión luego de ponderar los derechos en juego, para armonizar su ejercicio en atención a las circunstancias concretas del caso sometido a su estudio. En el caso presente, la colisión entre el ejercicio de la libertad fundamental de expresión y la preservación de los derechos constitucionalmente prevalecientes de los menores de edad surje del expediente de tutela sujeto a consideración de los jueces, por lo cual éstos están en el deber de resolver el conflicto a la luz de las reglas trazadas por la Carta Política. Esto en razón de que en la audiencia del programa hay menores de edad, así no se haya demostrado que la audiencia sea predominantemente infantil o adolescente.

ACCION DE TUTELA CONTRA PROVIDENCIAS JUDICIALES-Vía de hecho por defecto sustantivo

ACCION DE TUTELA CONTRA PROVIDENCIAS JUDICIALES-Defecto sustantivo por desconocimiento de la libertad de expresión stricto senso y prensa protegidas por el artículo 20 de la Constitución Política

En este caso se ha demostrado que la sentencia del Consejo de Estado, en cuanto al medio escogido por él para proteger los derechos colectivos, ha desconocido las libertades de expresión stricto senso, información y prensa protegidas en el artículo 20 de la Constitución, en la medida en que desconoció abiertamente la regla de neutralidad de las actuaciones estatales frente al contenido de las expresiones al ordenar directamente la adecuación de los contenidos del programa radial, en contravía de la jurisprudencia, e incumplió los requisitos constitucionales que han de satisfacer las limitaciones de la libertad de expresión señalados en precedentes constitucionales vinculantes.

ACCION DE TUTELA Y ACCION POPULAR-Procedencia cuando está de por medio de modo concreto y cierto un derecho fundamental

ACCION DE TUTELA Y ACCION POPULAR-Alcance

Pages 303 130 720
Online
Vis. today 20 530

LIBERTAD DE EXPRESION-Consecuencias dentro del orden constitucional colombiano

(http://www.histats.com/viewstats/?sid=1206326&ccid=605)

La importancia trascendental de la libertad de expresión dentro del orden constitucional colombiano tiene cuatro consecuencias principales: (a) una presunción de cobertura de toda expresión por el ámbito de protección de esta libertad fundamental, (b) una sospecha de inconstitucionalidad respecto de cualquier limitación o regulación estatal de su ejercicio, (c) una presunción de primacía de la libertad de expresión respecto de los demás derechos fundamentales con los que pueda entrar en conflicto, y (d) una presunción de violación del artículo 20 Superior por todo acto que constituya censura. Ello, sin perjuicio de la protección de los derechos de los niños, que están sujetos a un nivel reforzado de amparo constitucional y deben, a la luz del interés superior de los menores, armonizarse con el ejercicio de la libertad de expresión.

LIBERTAD DE EXPRESION-Requisitos especiales de legitimidad constitucional para establecer limitaciones y regulaciones sobre su ejercicio

De la trascendencia de la libertad de expresión en el orden jurídico colombiano también se derivan ciertos requisitos especiales que han de cumplir las autoridades que pretenden establecer limitaciones o regulaciones sobre su ejercicio, a saber: tres cargas constitucionales que se deben satisfacer en forma estricta –la carga definitoria, la carga argumentativa y la carga probatoria-, respecto del cumplimiento de cada una de las siguientes condiciones constitucionales de la limitación o regulación a adoptar: (1) estar prevista de manera precisa y taxativa por la ley, (2) perseguir el logro de ciertas finalidades imperiosas definidas de manera concreta y específica en atención a las circunstancias del caso, (3) ser necesaria para el logro de dichas finalidades, (4) ser posterior y no previa a la expresión, (5) no constituir censura en ninguna de sus formas, lo cual incluye el requisito de guardar neutralidad frente al contenido de la expresión que se limita, y (6) no incidir de manera excesiva en el ejercicio de este derecho fundamental, es decir, ser proporcionada.

LIBERTAD DE EXPRESION-Formas de expresión humana que han sido objeto de consenso internacional que desvirtúan la presunción de cobertura por la libertad constitucional

Pages 305 130 720
Online 100
Vis. today 20 530
(http://www.histats.com/viewstats/?sid=1206326&cid=605)

Existen ciertos modos de expresión respecto de los cuales la presunción de cobertura por la libertad constitucional ha sido derrotada, en virtud de un consenso internacional plasmado en tratados internacionales vinculantes para Colombia – a saber, la propaganda de la guerra, la apología del odio, la violencia y el delito, la pornografía infantil, y la instigación pública y directa al genocidio.

LIBERTAD DE EXPRESION-Formas de expresión humana que no han sido objeto de consenso internacional para ser amparadas por las presunciones del artículo 20 constitucional

La libertad de expresión protege tanto los mensajes socialmente convencionales, como los que son inocuos o merecedores de indiferencia, y también los que son diversos, inusuales o alternativos – lo cual incluye expresiones chocantes, impactantes, que perturban, se consideran indecentes, inapropiadas, escandalosas, inconvenientes, incómodas, excéntricas, vergonzosas o contrarias a las creencias y posturas mayoritarias.

LIBERTAD DE EXPRESION-Regulación del discurso de contenido sexual explícito

LIBERTAD DE EXPRESION-Existencia de fundamentos legales previos, claros, precisos y taxativos para justificar las limitaciones al contenido de los mensajes de radio y al formato esencial de los programas

El discurso de contenido sexual explícito, aunque está protegido por la libertad de expresión, está sujeto a un margen de regulación mayor por el hecho de que su ejercicio puede entrar en conflicto con otros derechos, valores e intereses constitucionalmente tutelados, especialmente los de los menores de edad – aunque con cumplimiento estricto de todas y cada una de las condiciones que hacen legítimas las limitaciones en cuestión, y buscando la armonización concreta de los derechos, valores e intereses enfrentados

EXPRESIONES SEXUALMENTE EXPLICITAS-Requisitos para que la moralidad Pública y derecho de los niños limiten la transmisión radial

Pages 303 30 720
Online 400
Vis. today 10 530
(http://www.histats.com/viewstats/?sid=1206326&ccid=605)

LIBERTAD DE EXPRESION-Margen de regulación de las autoridades para adoptar limitaciones a las expresiones que pueda lesionar a los niños

LIBERTAD DE EXPRESION-Ponderación en la resolución de conflictos entre los derechos de los niños y el ejercicio de la libertad de expresión en ausencia de una norma legal

LIBERTAD DE EXPRESION STRICTO SENSO, INFORMACION Y PRENSA-Vulneración por desconocimiento de la regla de neutralidad de las actuaciones estatales frente al contenido de las expresiones

LIBERTAD DE EXPRESION-Carencia de regulación legal orientada a armonizar el ejercicio de dicha libertad a través de la radio con los derechos de los niños

La Corte también ha constatado en esta sentencia que, a pesar de la existencia del artículo 47-6 de la Ley 1098 de 2006, el ordenamiento jurídico colombiano carece, en este momento, de una norma legal en la cual se establezcan regulaciones orientadas a armonizar de manera detallada, clara y específica el ejercicio de la libertad de expresión a través de la radio con los derechos de los menores de edad que puedan formar parte de la audiencia.

Referencia: expediente T-1248380

Acción de tutela instaurada por Radio Cadena Nacional S.A. - RCN en contra del Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo – Sección Tercera.

Magistrado ponente:

Dr. MANUEL JOSE CEPEDA ESPINOSA

Pages 303 130 720
Online 400
Vis. today 20 530
(http://www.histats.com/viewstats/?sid=1206326&ccid=605)

Bogotá, D.C., veintidós (22) de mayo de dos mil siete (2007).

La Sala Segunda de Revisión de la Corte Constitucional, integrada por los magistrados Manuel José Cepeda Espinosa, Jaime Córdoba Triviño y Rodrigo Escobar Gil, en ejercicio de sus competencias constitucionales y legales, ha proferido la siguiente

SENTENCIA

en el proceso de revisión de la sentencia del veintiuno (21) de octubre de dos mil cinco (2005), proferida por el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo – Sección Quinta, que decidió sobre la acción de tutela instaurada por Radio Cadena Nacional S.A. - RCN en contra del Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo – Sección Tercera. La anterior sentencia fue remitida a la Corte Constitucional y seleccionada por la Sala de Selección Número Dos (2), mediante auto del nueve (9) de febrero de dos mil seis (2006), correspondiendo a la Sala Tercera de Revisión su conocimiento.

Dada la complejidad del tema planteado, esta sentencia consta de dos partes. La primera es su cuerpo básico y la segunda los acápites específicos en los cuales se presentan de manera detallada aspectos de la misma. Esta forma de estructuración busca facilitar la lectura y organizar claramente las premisas fácticas y jurídicas de la decisión.

I. ANTECEDENTES

1. Hechos

Pages 303 130 720
Users 405
Vis. today 20 530
(http://www.histats.com/viewstats/?sid=1206326&ccid=605)

Obrando por intermedio de apoderado, la Radio Cadena Nacional S.A. – RCN interpuso acción de tutela contra el Consejo de Estado – Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, por considerar que la sentencia proferida por esta Corporación el 29 de julio de 2004, dentro del proceso promovido mediante acción popular por la Fundación "Un Sueño por Colombia", constituye una violación de sus derechos fundamentales. Explica que la Fundación "Un Sueño por Colombia" interpuso acción popular contra el Ministerio de Comunicaciones y Radio Cadena Nacional S.A. RCN, por vulneración de la moral pública, las buenas costumbres, los valores, la integridad física y psíquica de la sociedad, y derechos colectivos como el patrimonio público, el patrimonio cultural de la nación, la seguridad y salubridad pública y los derechos de los consumidores y usuarios de radio en Colombia. En criterio de la Fundación referida, tal vulneración se derivaba de la transmisión del programa "El Mañanero", de lunes a viernes de 5:30 A.M. a 10:00 A.M. por la emisora "La Mega", en la frecuencia 90.9 FM. Para la Fundación "Un Sueño por Colombia", dicho programa "corrompe nuestra juventud y la envenena de la más variada gama de vulgaridad y patanería, constituyéndola así en un canal destructivo de los valores y la moral colectiva con sus transmisiones". Como consecuencia de esta postura, se afirmó en la acción popular que el Ministerio de Comunicaciones había incurrido en una omisión al abstenerse de controlar la transmisión de este programa y ejercer sus funciones de inspección y vigilancia. Así, la pretensión de la acción popular era que se ordenara al Ministerio de Comunicaciones cumplir con sus funciones constitucionales y legales, e imponer las sanciones a las que hubiera lugar, tanto a la emisora como a los locutores que hubiesen cometido faltas.

La acción popular fue admitida el 9 de junio de 2003 por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Primera, Sub-sección B. Esta Corporación profirió sentencia de primera instancia el 25 de noviembre de 2003, con la siguiente parte resolutiva: *"Primero: Ampárense los derechos colectivos a la moralidad pública, defensa del patrimonio público, patrimonio cultural de la nación, seguridad y salubridad pública y de los consumidores y usuarios de radio en Colombia. // Segundo: En consecuencia, ordénase al Ministerio de Comunicaciones que en el término de cuarenta y ocho (48) horas, contadas a partir de la ejecutoria de esta sentencia, inicie la correspondiente investigación que determine si se debe restringir o no el formato utilizado por la sociedad R.C.N. en la emisión del programa radial 'El Mañanero de La Mega' y si es del caso imponer las sanciones que en derecho correspondan, ejerciendo para tales efectos las funciones de inspección, control, vigilancia y sancionatoria de las cuales se encuentra investido, tendientes a determinar la responsabilidad por la conducta desplegada por sus presentadores en las condiciones y bajo los parámetros de orden constitucional y legal establecidos y determinados en la parte motiva de esta sentencia".*

Esta providencia fue apelada por la Fundación promotora de la acción popular, por RCN y por el Ministerio de Comunicaciones. Del recurso conoció el Consejo de Estado – Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, el cual, mediante sentencia del 29 de julio de

Pages 1303 130 720
Online 400
Vis. today 20 530
(http://www.histats.com/viewstats/?sid=12063268&cid=605)

2004 (M.P. Germán Rodríguez Villamizar). En la parte motiva de la sentencia, el Consejo de Estado (i) invocó algunas normas que regulan el servicio de radiodifusión, concretamente aquellas que le definen como un servicio público de telecomunicaciones (D. 1447/95, art. 1), las que establecen que este servicio debe orientarse a difundir la cultura y afirmar los valores nacionales (Ley 74/66, art. 2), las que clasifican los tipos de programas radiales que pueden ser transmitidos (Ley 72/89 y D. 1900/90) y las que asignan a las telecomunicaciones el objetivo de fomentar el desarrollo del país y elevar el nivel de vida de sus habitantes (Ley 72/89 y D. 1900/90), así como aquellas normas que atribuyen facultades de inspección, vigilancia y sancionatorias al Ministerio de Comunicaciones en este ámbito; (ii) recordó que la libertad de expresión no es un derecho absoluto y está sujeto a limitaciones para preservar, entre otras, la moral pública y los derechos de los demás, (iii) afirmó que el mandato de pluralismo informativo justifica intervenciones estatales en la radiodifusión, (iv) tuvo en cuenta un dictamen pericial psicológico que afirmaba que "El Mañanero de La Mega", por su contenido sexualmente explícito e indecente, surtía un impacto negativo sobre su audiencia infantil y juvenil, (v) recordó que dicho programa también debe cumplir con las finalidades legales de la radiodifusión, que incluyen la difusión de la cultura y el afianzamiento de los valores nacionales, así como la educación de la audiencia, e (vi) invocó el derecho de la audiencia a recibir un servicio de radiodifusión de calidad cuyo contenido sea coherente con la función social de los medios de comunicación. El Consejo de Estado dijo que no estaba incurriendo en censura, que no estaba controlando el contenido de la programación o las preferencias de los locutores ni vulnerando la libertad de expresión, sino preservando el derecho de los usuarios a recibir una radiodifusión de calidad, haciendo efectiva la responsabilidad social del medio de comunicación que transmitía "El Mañanero de La Mega", y preservando los derechos de terceros afectados por su emisión. Afirmó además que el Ministerio de Comunicaciones había incurrido en omisión en el cumplimiento de sus funciones de vigilancia y control del contenido del programa, permitiendo y tolerando la transmisión de contenidos contrarios a las normas que rigen la radiodifusión. Como consecuencia, en la parte resolutiva el Consejo de Estado modificó los numerales 1 y 2 del fallo de primera instancia, ordenando:

"1) Ampárense los derechos colectivos a una eficiente prestación del servicio público de radiodifusión y derechos de los consumidores y usuarios de la radio colombiana. // 2) En consecuencia, ordénase: 2.1.) Al Ministerio de Comunicaciones cumplir con sus funciones de vigilancia y control, conforme lo dispuesto en la parte motiva. 2.2.) A Radio Cadena Nacional R.C.N. adecuar el contenido del programa "El Mañanero de La Mega" a la normatividad que regula la materia, con el fin de que los usuarios reciban un servicio de radiodifusión de calidad tanto a nivel de temas como de lenguaje". El Consejo de Estado consideró que con el programa radial "El mañanero de La Mega" se desconocía el derecho al acceso a una eficiente prestación de los servicios públicos, y los derechos de los usuarios.

A raíz de la sentencia y en cumplimiento de la misma, el Ministerio de Comunicaciones adoptó una Resolución (No. 810 del 29 de abril de 2005), en la cual impuso una sanción pecuniaria a la entidad concesionaria de la frecuencia 90.9 FM, por infracción de las normas que rigen el servicio público de radiodifusión y el Código del Menor, con afectación de los

Online 400
Vis. today 20530
(http://www.histats.com/viewstats/?sid=1206326&pd=608)

derechos de los menores que formaban parte de la audiencia del programa, ya que –según se expresa en la parte motiva de esta Resolución- *"en el contenido de las emisiones radiales se encuentran expresiones y comentarios de los comunicadores que se califican de irrespetuosos, además que no fomentan valores democráticos sociales y culturales, por lo cual se está generando en la audiencia un enfrentamiento entre los valores transmitidos por la familia y el sistema educativo y lo difundido en los medios de comunicación"*, y "*puesto que en el programa no se difunde la cultura, ni afirman los valores esenciales de nuestra nacionalidad; así mismo, de acuerdo con lo aquí transcrito se observa que se están utilizando palabras que no van acorde con la audiencia, ya que es evidente el gran contenido de sexualidad, complementado con un vocabulario fuerte y vulgar, que en ciertas ocasiones es utilizado en un sentido impropio. // De igual manera, al ser 'El Mañanero de La Mega' un programa recreativo, el cual según el artículo 5 de la Ley 74 de 1966 está definido como aquellos destinados al sano esparcimiento espiritual, considera este despacho que por la consecuente amenaza que esta información representa a la audiencia y debido a que el citado programa transmite comentarios que no van acorde con el tipo de emisión radial que corresponde a este género, nos encontramos frente a una flagrante violación al régimen de las telecomunicaciones y, en especial a la norma anteriormente citada. // Es así que con las diferentes actitudes y expresiones de los conductores del programa radial, se desvía la función de orientar y educar a la sociedad colombiana, al igual que se encuentran contrariando su deber dado por ley a los prestadores del servicio de radiodifusión sonora que consiste en promover los valores y principios que se debe tener, toda vez que el mismo sirve para edificar y formar tanto la opinión pública, como las inclinaciones y preferencias concretas de la audiencia, por lo que en el caso en estudio la Emisora 'La Mega' con su programa 'El Mañanero', se encuentra atentando contra la Constitución y las leyes de la República, tal como lo establece el artículo 3 de la Ley 74 de 1966."*

A su turno, el programa "El Mañanero de La Mega" procedió a adecuar el contenido de sus emisiones.

El mecanismo de implementación del fallo de primera instancia, que no fue modificado por la decisión del Consejo de Estado y por lo tanto –según aclaró esta misma Corporación- quedó intacto y en pleno vigor, fue el establecido en el artículo 34 de la Ley 472 de 1998, a saber, la conformación de un comité de seguimiento, integrado por la fundación demandante, el Ministro de Comunicaciones y el Procurador Décimo Judicial ante el Tribunal Administrativo de Cundinamarca. En términos del peticionario, este mecanismo facilita la vigilancia continua de la forma en que el programa radial objeto de controversia ha sido modificado. Por otra parte, el Tribunal Administrativo de Cundinamarca resolvió abrir un incidente de desacato el 19 de mayo de 2005 dentro del proceso de acción popular referido, por considerar que el Ministerio únicamente había acreditado ante el Tribunal que había ejercido su facultad sancionatoria, y que era necesario "*que esa Corporación verifique el cumplimiento de*

cultad sancionatoria, y que era necesario "que esta Corporación verifique el cumplimiento de la orden de continua vigilancia ordenada en el fallo así como la forma en que fue modificado el contenido del programa El Mañanero de La Mega por parte de sus directivos y conductores." Para el actor, *"el Tribunal sigue ejerciendo en la práctica la vigilancia del programa y hasta se llegó a exhortar al gobierno para que implante franjas juveniles en la radio".*

Pages 303 130 720
Online 400
Visits today 20 534
(http://www.histats.com/viewstats/?sid=1206326&ccid=605)

En criterio del accionante, tanto la parte motiva como la parte resolutiva de la sentencia proferida por el Consejo de Estado constituyen una vía de hecho. Para sustentar esta aseveración, el demandante divide en dos los argumentos pertinentes. En un primer capítulo, presenta las circunstancias de hecho y de derecho que en su criterio constituyen una violación de los derechos fundamentales. En el segundo explica por qué en este caso están dadas las condiciones para que se haya configurado una vía de hecho, en especial por violación del derecho fundamental a la libertad de expresión ya que las providencias judiciales y la resolución ministerial constituyen, a su juicio, censura. También estima violado su derecho a la igualdad, porque otras emisoras con programas semejantes no han sido sancionadas, alega que la sentencia incurrió también en un defecto fáctico. Los argumentos apuntan la mismo objetivo: garantizar que no el programa radial se pueda emitir libremente y sin controles.

2. Decisión del juez de primera instancia.

Mediante fallo del 8 de septiembre de 2005, el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo – Sección Cuarta, resolvió denegar la acción de tutela de la referencia, por considerar que esta acción no es procedente contra providencias judiciales. Para sustentar esta posición se efectúa un análisis jurisprudencial que se opone expresamente a las tesis incluidas en la sentencia SU-960 de 1996 de la Corte Constitucional, por considerar que dicha sentencia contraría la voluntad del constituyente y la doctrina plasmada en la sentencia C-543 de 1992.

Este fallo fue impugnado por el demandante.

3. Decisión del juez de segunda instancia

Pages 303 130 720
Online 400
Vis. today 20 530
(http://www.hstats.com/viewstats/?sid=1203268&cid=605)

El Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Quinta, mediante sentencia del 21 de octubre de 2005, confirmó la sentencia de primera instancia. Reiteró esta Sección que en su criterio, no es competente el juez de tutela para pronunciarse sobre providencias judiciales.

La demanda, las decisiones judiciales y administrativas objeto de la acción de tutela, las decisiones de primera y segunda instancia dentro del presente proceso, así como las demás piezas procesales que obran en el expediente, se reseñan en detalle en el Acápite IV-1 de la presente providencia (p. 85), el cual aparece adjunto para facilitar la lectura de la misma y organizar con mayor claridad las premisas de la decisión.

II. CONSIDERACIONES Y FUNDAMENTOS

1. COMPETENCIA

Es competente esta Sala de Revisión de la Corte Constitucional con fundamento en lo dispuesto por los artículos 86, inciso tercero, y 241, numeral noveno de la Constitución Política, en concordancia con los artículos 33, 34, 35 y 36 del Decreto 2591 de 1991.

2. PROBLEMAS JURIDICOS A RESOLVER

El caso bajo revisión plantea problemas constitucionales de considerable complejidad, en la medida en que involucra (a) la adopción de una decisión judicial como consecuencia de un proceso iniciado por una acción popular, en el sentido de ordenar la adecuación del contenido de un programa radial a ciertos parámetros indicados por el juez, (b) programa cuyo contenido incluye una proporción considerable de lenguaje sexualmente explícito y en algunos casos chocante a la luz de ciertas convenciones sociales, y que es accesible a menores

Pages 303 130 720
Online 400
Today 10 Visitors
(http://www.histats.com/viewstats/?sid=12063268ccid=605)

de edad, dado el horario en que se transmite, la frecuencia y emisora a través de las cuales se difunde, y las características mismas del programa; (c) orden judicial que tiene -por su ámbito de aplicación, su configuración específica y su destinatario- una incidencia directa sobre el derecho a la libertad de expresión, y que se ha adoptado en ausencia de una regulación legal específica del ejercicio de la libertad de expresión a través de la radio y de la forma en que se han de resolver los conflictos potencialmente suscitados entre ésta libertad y los derechos de los menores de edad que puedan formar parte de la audiencia; (d) libertad de expresión que es ejercida en este caso por un programa transmitido a través de un medio de comunicación masiva de características particulares como lo es la radiodifusión; (e) orden judicial en la que, además, se involucra al Ministerio de Comunicaciones, a quien se exige judicialmente activar tanto sus potestades de regulación del servicio público de radiodifusión como de inspección y vigilancia de su prestación, las cuales se traducen en la imposición de una sanción a la sociedad concesionaria de la frecuencia por la cual se transmite el programa, consistente en una multa, así como en la creación de un comité de verificación de la adecuación de los contenidos del programa "El Mañanero de La Mega". Además de estos elementos, se trata de una acción de tutela interpuesta contra una serie de decisiones judiciales, respecto de las cuales se ha invocado la existencia de una vía de hecho, por violación de las disposiciones constitucionales que consagran la libertad de expresión y la prohibición de la censura, y del derecho a la igualdad.

En atención a lo anterior, la Sala formula así los problemas jurídicos a los que se ha de dar respuesta en esta oportunidad:

2.1. En ausencia de una norma legal específica que regule la materia, ¿cómo se han de resolver a la luz de la Constitución Política los posibles conflictos entre el ejercicio de la libertad de expresión a través de la radio y los derechos de los niños que puedan encontrarse dentro de la audiencia? ¿Cuáles son los parámetros establecidos en la Carta Política para la labor de ponderación que han de desarrollar las autoridades, y en particular el juez constitucional?

2.2. ¿Incurrió en una vía de hecho el Consejo de Estado, mediante providencia que puso fin a un proceso de acción popular, al ordenar (i) a RCN que "adecuara el contenido del programa 'El Mañanero de La Mega' a la normatividad que regula la materia" para efectos de que "los usuarios reciban un servicio de radiodifusión de calidad a nivel de temas y de lenguaje", y (ii) al Ministerio de Comunicaciones que cumpliera con sus funciones de vigilancia y control, invocando la protección del derecho a una eficiente prestación del servicio público de radiodifusión y de los derechos de los consumidores y usuarios de la radio? ¿El cumplimiento que eventualmente se dio a esa orden, a través del mecanismo que se imple-

cumplimiento que eventualmente se dio a esa orden, a través del mecanismo que se impre-
mento en cumplimiento de la ley que rige las acciones populares, v.gr. un comité de verifica-
ción de la adecuación de contenidos del programa, desconoce la libertad de expresión?

Pages 303 130 720
Online 100
Vis. today 29 530
(http://www.histats.com/viewstats/?sid=1206326&ccid=605)

2.3. ¿Constituye una violación de la libertad de expresión el acto administrativo adoptado por el Ministerio de Comunicaciones imponiendo una sanción pecuniaria como consecuencia de la emisión del programa "El Mañanero de La Mega"?

La resolución de estos problemas jurídicos exige que la Corte se pronuncie sobre diversos temas conexos, a saber: (a) el alcance del derecho fundamental a la libertad de expresión -particularmente en casos que no se relacionan directamente con el ejercicio del derecho a la información por medio de la prensa-, el tipo de expresiones que cobija y las posibles limitaciones de las que puede ser objeto a la luz de la Carta Política; (b) las características específicas del ejercicio de la libertad de expresión a través de un medio de comunicación masivo como el radio, y la incidencia de estas características sobre el alcance del derecho y las posibles limitaciones de las que es susceptible; (c) el status constitucional de formas de expresión cuyo contenido es sexualmente explícito, (d) los requisitos que ha de llenar la regulación gubernamental del ejercicio de la libertad de expresión a través del servicio público de radiodifusión, (e) el alcance de la prohibición constitucional de la censura, y (f) los requisitos para que se configure una vía de hecho en una decisión judicial, en particular en las decisiones que deciden sobre acciones populares.

La Corte nota que, si bien en la demanda de tutela de la referencia se alude a la configuración de vías de hecho de distinto tipo –por defecto sustantivo y por defecto probatorio-, al plantear esta situación al juez de tutela el peticionario buscaba un mismo objetivo central, a saber, lograr el amparo constitucional del derecho de RCN y de quienes participan en el programa "El Mañanero de La Mega" a expresarse libremente, sin interferencia de las autoridades. Teniendo en cuenta que es este el objeto central de la demanda, la Sala procederá a dar respuesta a los problemas jurídicos que se deducen del expediente dado que estos sintetizan dicho objetivo central. Antes, sin embargo, es necesario que la Corte resuelva sobre la procedibilidad de la acción de tutela de la referencia.

3. PROCEDENCIA DE LA ACCION DE TUTELA

Pages 303:130 730
Online 400
Medical 50 530
(http://www.histats.com/viewstats/?sid=1206326&ccid=605)

3.1. La acción de tutela, según ha establecido en repetidas oportunidades esta Corte, fue consagrada por el Constituyente como un mecanismo de naturaleza *subsidiaria* para la proteción de los derechos fundamentales, que no se diseñó para desplazar a los jueces ordinarios del ejercicio de sus atribuciones propias. Por este motivo, el artículo 86 de la Carta dispone que dicha acción *"sólo procederá cuando el afectado no disponga de otro medio de defensa judicial"*[1]. La jurisprudencia constitucional, por su parte, ha precisado que este mandato se debe interpretar en el sentido de que los medios alternos de defensa con que cuenta el interesado tienen que ser *idóneos*, esto es, aptos para obtener la protección requerida, con la urgencia que sea del caso***[2]***. La idoneidad de los medios de defensa se debe evaluar, por lo tanto, en el contexto particular de cada caso individual, teniendo en cuenta las circunstancias específicas que afectan al peticionario, para así determinar si realmente existen alternativas eficaces de protección que hagan improcedente la tutela.

3.2. En este caso, la acción de tutela se ha interpuesto contra las decisiones judiciales adoptadas por el Consejo de Estado, mediante las cuales se puso fin a un proceso iniciado por una acción popular, respecto de las cuales se ejercieron oportunamente los recursos previstos en la legislación, y que en sí mismas se caracterizan como violaciones de derechos fundamentales al constituir vías de hecho por distintas razones. Teniendo en cuenta que contra estas decisiones no proceden recursos adicionales al de reposición y apelación que fueron oportunamente interpuestos por las partes afectadas[3], y que son estas decisiones las que se están controvirtiendo como violatorias de derechos fundamentales, la Corte Constitucional considera que es procedente la acción de tutela en este caso, al no existir medios alternativos de defensa judicial para prevenir o remediar la afectación de los derechos constitucionales fundamentales en juego, según lo alegado por el tutelante.

Otro requisito de procedibilidad de la tutela contra providencias judiciales esque el tutelante invoque la existencia de una vía de hecho. Al respecto esta Corte ha señalado que es procedente la acción de tutela contra decisiones judiciales únicamente en las hipótesis excepcionales en las que éstas constituyan actuaciones completamente por fuera del ordenamiento jurídico[4], por implicar *"una transgresión protuberante y grave de la normatividad que regía el proceso dentro del cual se profirió la providencia objeto de acción, a tal punto que, por el desconocimiento flagrante del debido proceso o de otras garantías constitucionales, hayan sido vulnerados materialmente por la providencia misma los derechos fundamentales del accionante. // Esto significa que la vía de hecho es en realidad el ejercicio arbitrario de función judicial, en términos tales que el fallador haya resuelto, no según la ley -que por tanto, ha sido francamente violada- sino de acuerdo con sus personales designios"***[5]***. En otras palabras, una vía de hecho es un acto en el cual la autoridad que adopta una decisión

[6]

Pages 303 130 720
Online 400
Vis. today 20520
(http://www.histats.com/viewstats/?sid=1206326&ccid=605)

"se desliga por entero del imperio de la ley"[6], ejerciendo su jurisdicción *"ostensiblemente al margen de la ley, de los hechos que resulten probados o con abierta preterición de los trámites y procedimientos establecidos"*[7], como consecuencia de lo cual *"esta sustancial carencia de poder o de desviación del otorgado por la ley, como reveladores de una manifiesta desconexión entre la voluntad del ordenamiento y la del funcionario judicial, aparejará su descalificación como acto judicial"*[8].

El tema de la procedencia de la acción de tutela contra decisiones judiciales directamente violatorias de la Constitución ha sido objeto de varias sentencias de esta Corte relativas a las llamadas vías de hecho por defecto sustantivo. Según ha señalado la jurisprudencia constitucional, la vía de hecho por defecto sustantivo *"se traduce en la utilización de un poder conceido al juez por el ordenamiento para un fin no previsto en la disposición"*[9], y se configura cuando la decisión se encuentra fundada en una norma claramente inaplicable al caso concreto[10] y, por lo mismo, su contenido esencial *"ha vulnerado de manera directa un derecho fundamental"*[11].

3.3. En consecuencia, la Corte procederá a estudiar los problemas jurídicos de fondo planteados en la demanda, siguiendo la secuencia de temas indicada anteriormente. Para efectos metodológicos, se precisa que aunque en la demanda se invoca la existencia de tres vías de hecho distintas -por defecto sustantivo consistente en violación directa del artículo 20 de la Constitución, por defecto sustantivo consistente en violación del artículo 13 de la Constitución, y por defecto probatorio-, se procederá como primera medida a estudiar el primero de ellos, es decir, a determinar si se presentó una violación de la libertad de expresión protegida por el artículo 20 Superior, para lo cual es necesario precisar el contenido de dicha libertad en nuestro ordenamiento.

4. LA LIBERTAD DE EXPRESION EN LA CONSTITUCION

Como el tutelante sostiene que las providencias incurrieron en una vía de hecho sustantiva por violación directa del artículo 20 de la Constitución, es necesario recordar el ámbito de protección de la libertad de expresión, su trascendencia democrática y los demás aspectos atinentes a su garantía relevantes para resolver este caso.

Pages 303 130 720
Online 400
Vis. today 20 530
(http://www.histats.com/viewstats/?sid=1206326&ccid=605)

La doctrina constitucional que se resume a continuación se deriva tanto del bloque de constitucionalidad, como de la amplia jurisprudencia sobre la materia, en especial de las siguientes sentencias centrales: C-010 de 2000 (M.P. Alejandro Martínez Caballero), C-650 de 2003 (M.P. Manuel José Cepeda Espinosa), SU-1721 de 2000 (M.P. Alejandro Martínez Caballero), SU-1723 de 2000 (M.P. Alejandro Martínez Caballero), SU-056 de 1995 (M.P. Antonio Barrera Carbonell), T-104 de 1996 (M.P. Carlos Gaviria Díaz), T-505 de 2000 (M.P. José Gregorio Hernández Galindo), T-637 de 2001 (M.P. Manuel José Cepeda Espinosa), T-235A de 2002 (M.P. Eduardo Montealegre Lynett), T-1319 de 2001 (M.P. Rodrigo Uprimny Yepes)

4.1. El derecho fundamental a la libertad de expresión en sentido genérico.

4.1.1. El ámbito de protección del artículo 20 de la Constitución. Elementos normativos que lo conforman. El artículo 20 de la Carta Política consagra simultáneamente varios derechos y libertades fundamentales distintos, y en virtud de lo dispuesto en los artículos 93 y 94 de la Carta Política, se ha de interpretar a la luz de los tratados e instrumentos internacionales de derechos humanos que obligan a Colombia y que contienen disposiciones sobre el particular. A la luz de tales instrumentos internacionales, se tiene que el artículo 20 de la Constitución contiene un total de **once elementos normativos diferenciables:** (a) La libertad de expresar y difundir el propio pensamiento, opiniones, informaciones e ideas, sin limitación de fronteras y a través de cualquier medio de expresión –sea oral, escrito, impreso, artístico, simbólico, electrónico u otro de elección de quien se expresa-, y el derecho a no ser molestado por ellas. Esta libertad fundamental constituye la **libertad de expresión *stricto senso***, y tiene una doble dimensión – la de quien se expresa, y la de los receptores del mensaje que se está expresando. (b) La libertad de buscar o investigar información sobre hechos, ideas y opiniones de toda índole, que junto con la libertad de informar y la de recibir información, configura la llamada **libertad de información.** (c) La libertad de informar, que cobija tanto información sobre hechos como información sobre ideas y opiniones de todo tipo, a través de cualquier medio de expresión; junto con la libertad de buscar información y la libertad de recibirla, configura la llamada **libertad de información.** (d) La libertad y el derecho a recibir información veraz e imparcial sobre hechos, así como sobre ideas y opiniones de toda índole, por cualquier medio de expresión. Junto con los anteriores elementos, configura la **libertad de información**. (e) La libertad de fundar medios masivos de comunicación. (f) La libertad de prensa, o libertad de funcionamiento dichos medios masivos de comunicación, con la consiguiente responsabilidad social. (g) El derecho a la rectificación en condiciones de equidad. (h) La prohibición de la censura, cualificada y precisada por la Convención Americana sobre Derechos Humanos, (i) La prohibición de la propaganda de la guerra y la apología del odio, la violencia y el delito, cualificada y precisada por la Convención Americana sobre Derechos Humanos y la Convención internacional sobre la eliminación de todas las formas de discriminación racial, (j) La prohibición de la pornografía infantil, y (k) La

prohibición de la instigación pública y directa al genocidio.

Hits 303 130 710
Online 400
Vis. today 20 530
(http://www.histats.com/viewstats/?sid=1206326&ccid=605)

El contenido y fundamento jurídico de cada uno de estos elementos se estudian en el Acápite IV-2 de la presente providencia (p. 135), el cual aparece adjunto para facilitar la lectura de la misma y organizar con mayor claridad las premisas de la decisión.

4.1.2. Importancia de la libertad de expresión. Razones de su especial salvaguarda. Existe consenso prácticamente universal respecto de la importancia de la libertad de expresión, en todas sus manifestaciones, dentro de los sistemas políticos democráticos. La *expresión*, en sus diversas manifestaciones y elementos protegidos, cuenta con un status jurídico especial, y un grado de inmunidad significativo frente a regulaciones estatales, que es mayor que aquel que se provee a los bienes jurídicos tutelados por otros derechos y libertades, dado el especial aprecio que se presta en las constituciones modernas y en la normatividad internacional al libre proceso de comunicación interpersonal y social. La libre manifestación y comunicación del pensamiento, así como el libre flujo social de información, ideas y opiniones, han sido erigidos en la condición indispensable de prácticamente todas las demás formas de libertad, en un prerrequisito para evitar la atrofia o el control del pensamiento, y un presupuesto cardinal de las sociedades políticas abiertas, pluralistas y democráticas. Este lugar privilegiado de la expresión dentro de los ordenamientos jurídicos nacionales e internacionales, así como el grado reforzado de protección que se le otorga en cada uno de ellos, se justifica –principalmente- con cinco tipos de fundamentos: (1) consideraciones filosóficas sobre la búsqueda de la verdad, (2) razones derivadas del funcionamiento de las democracias, (3) motivos atinentes a la dignidad y autorrealización individual, (4) consideraciones sobre la preservación y aumento del patrimonio cultural y científico de la sociedad, y (5)

motivos históricos y consideraciones prácticas sobre la incapacidad estatal de intervenir apropiadamente en esta esfera. Los cinco tipos de fundamentos son pertinentes al momento de interpretar el alcance de los derechos que están en juego en casos complejos como el presente.

El contenido y fundamento jurídico de cada uno de estos elementos se estudian en el Acápite IV-2 de la presente providencia (p. 135), el cual aparece adjunto para facilitar la lectura de la misma y organizar con mayor claridad las premisas de la decisión.

De la importancia democrática y del lugar privilegiado de la libertad de expresión se derivan tres consecuencias trascendentales de orden constitucional encaminadas a garantizar esta libertad: (i) cuatro presunciones constitucionales que amparan las expresiones potencialmente

Pages 305 150 720
Online 400
Vis. today 20 530
(http://www.hlstats.com/viewstats/?sid=1206326&ccid=605)

cubiertas por la libertad en comento, (ii) tres cargas correlativas para las autoridades que pretenden imponer limitaciones a la libertad de expresión, y (iii) un mayor margen de tolerancia para los riesgos que puede conllevar el ejercicio de este derecho constitucional, como se explica a continuación.

4.1.3. Presunción a favor de la libertad de expresión. La multiplicidad de razones que justifica otorgar a la libertad de expresión en sentido genérico un lugar privilegiado dentro del ordenamiento constitucional colombiano, tiene una consecuencia práctica inmediata: existe una **presunción constitucional a favor de la libertad de expresión**. Los principales efectos jurídicos de esta presunción son tres:

4.1.3.1. *Presunción de cobertura de una expresión por el ámbito de protección del derecho constitucional.* En principio, toda expresión se presume cubierta por la libertad consagrada en el artículo 20 Superior, salvo que se demuestre en cada caso concreto y de forma convincente que, por sus características, se justifica la limitación de tal expresión, por estar dadas las condiciones constitucionales para ello –que se señalarán en capítulos subsiguientes-.

4.1.3.2. *Presunción de primacía de la libertad de expresión frente a otros derechos, valores y principios constitucionales en casos de conflicto.* Cuandoquiera que el ejercicio de la libertad de expresión entre en conflicto con otros derechos, valores o principios constitucionales, su posición privilegiada exige que se haya de otorgar, en principio, una primacía a la libertad de expresión; dicha primacía cesará cuando se demuestre que el otro derecho, valor o principio constitucional adquiere mayor peso en el caso concreto, a la luz de las circunstancias generales en que el conflicto se ha suscitado, y con cumplimiento de las condiciones constitucionales que admiten la limitación de esta libertad. De esta forma, en varias oportunidades la Corte ha explicado que cuando se presenta un conflicto entre la libertad de expresión y otro derecho fundamental, se ha de proceder a un ejercicio de ponderación sobre la base de la primacía de la libertad de expresión en cualquiera de sus manifestaciones.

Por supuesto, si después de la ponderación resulta claro que los derechos de menores de edad están siendo afectados, y la armonización con la libertad de expresión es imposible, se dará aplicación al artículo 44 de la Carta. Como se verá, no es lo que sucede en el presente caso.

4.1.3.3. *Sospecha de inconstitucionalidad de las limitaciones sobre la libertad de expresión*

Pages 303 130 120
Online 400
Vis. today 20 530
(http://www.histats.com/viewstats/?sid=1206326&ccid=605)

y aplicación de un control de constitucionalidad estricto. Cualquier limitación estatal sobre la libertad de expresión, a través de los actos de cualquier autoridad pública –en ejercicio de funciones legislativas, administrativas, judiciales, policivas, militares o de otra índole-, se ha de entender como una intervención constitucionalmente sospechosa. En la misma medida en que existe una presunción de protección constitucional de toda expresión, existe una sospecha de inconstitucionalidad de las regulaciones estatales del ejercicio de esta libertad. En consecuencia, toda limitación de la libertad de expresión está sujeta a un control constitucional estricto, en el curso del cual se ha de determinar si están dadas las exigentes condiciones jurídicas que permiten dicha limitación en casos concretos, las cuales imponen a la autoridad que pretende establecer tal limitación una carga de justificación especialmente elevada. El nivel de exigencia del control constitucional, que de entrada es estricto, se puede ver reforzado por el tipo de expresión del cual se trate, por el medio que se utilice para transmitir dicha expresión a otros, o por el carácter de la regulación.

4.1.3.4. La prohibición de la censura en tanto presunción imbatible. Si bien las anteriores presunciones pueden ser desvirtuadas, si se cumple la elevada carga de justificación mencionada, la propia Carta enuncia en forma contundente una presunción que no admite ser desvirtuada: la censura previa está prohibida de tal forma que cualquier regulación estatal o decisión de un funcionario del Estado que constituya censura implica, *ipso jure*, una violación del derecho a la libertad de expresión.

El contenido y fundamento jurídico de cada uno de estos elementos se estudian en el Acápite IV-3 de la presente providencia (p. 149), el cual aparece adjunto para facilitar la lectura de la misma y organizar con mayor claridad las premisas de la decisión.

4.1.4. Cargas impuestas por la presunción constitucional a favor de la libertad de expresión sobre las autoridades que pretendan limitarla.

Como correlato de las anteriores presunciones, las autoridades que pretendan establecer una limitación a la libertad de expresión deben cumplir con tres cargas especiales, cuya verificación compete al juez constitucional:

4.1.4.1. Carga definitoria: Es la carga de decir en qué consiste la finalidad que se persigue mediante la limitación de la libertad de expresión; cuál es su fundamento legal preciso, claro y taxativo; y cuál es de manera específica la incidencia que tiene el ejercicio de la libertad

de expresión sobre el bien que se pretende proteger mediante la limitación. Esta carga definitoria debe cumplirse en el acto mismo en el cual se adopta la limitación, como parte constitutiva de su fundamentación jurídica. Así, por ejemplo, no cumple esta carga la autoridad que, para justificar el establecimiento de una limitación sobre la libertad de expresión, invoca la moralidad pública en abstracto. La importancia de esta carga de definir las bases que se invocan para justificar cierta limitación de la libertad de expresión, reside en que cumple una función *antiintuitiva*, es decir, busca evitar que el subjetivismo de la autoridad, en lugar de parámetros objetivos, sea la base explícita o implícita del establecimiento de limitaciones sobre esta importante libertad constitucional.

Pages 397,130,770 Online 400 Visits (last 30 days) 20,910 (http://www.histats.com/viewstats/?sid=11206326&pid=605)

4.1.4.2. Carga argumentativa: Con base en el cumplimiento de la carga definitoria, compete a las autoridades que pretenden establecer limitaciones a la libertad de expresión plasmar, en el acto jurídico de limitación, los argumentos necesarios para demostrar fehacientemente que se han derrotado las distintas presunciones constitucionales que amparan la libertad de expresión, y que se ha cumplido con cada uno de los requisitos que deben reunir las limitaciones a dicha libertad, según se explican más adelante.

4.1.4.3. Carga probatoria: Finalmente, las autoridades que limitan la libertad de expresión deben asegurarse de que los elementos fácticos, técnicos o científicos que sustentan su decisión de limitar la libertad de expresión cuenten con una base sólida en evidencias que den suficiente certeza sobre su veracidad. Por ejemplo, cuando se invoca como justificación para limitar la expresión la posible generación de impactos psicológicos o sociales nocivos, éstos impactos han de estar sólidamente demostrados con evidencias científicas y técnicas que comprueben su objetividad y provean, así, un sustento a las decisiones que se adoptarán.

Una vez cumplidas estas cargas, el juez podrá determinar si las presunciones enunciadas han sido desvirtuadas, y por lo tanto concluir que las limitaciones razonables y proporcionadas a la libertad de expresión se ajustan a la Constitución.

4.1.5. Carácter constitucionalmente tolerable de los riesgos generados por la protección de la libertad de expresión y de las cargas impuestas por su ejercicio. La segunda consecuencia principal del lugar privilegiado de la libertad de expresión dentro del ordenamiento constitucional, es que su ejercicio genera riesgos e impone cargas sociales que resultan por regla general tolerables, a la luz de los diferentes objetivos que se persiguen mediante su protección. En este sentido, se reitera la sentencia C-087 de 1998, en la cual se sostuvo que la libertad de expresión conlleva un riesgo social implícito en los sistemas democráticos, cuya supresión implicaría renunciar a uno de los postulados inherentes de tales sistemas; y

Pages 303 130 720
Online 400
Visitados 20 500
(http://www.histats.com/viewstats/?sid=1206326&ccid=605)

que en las sociedades democráticas, es más tolerable el riesgo derivado de los eventuales daños generados por la expresión, que el riesgo de una restricción general de la libertad correspondiente. En consecuencia, la expresión –con los riesgos que conlleva- goza de un margen de inmunidad ante las limitaciones estatales mayor que el de otras conductas no expresivas que podrían estar cobijadas por otras libertades.

Ahora bien, la valoración de todos los riesgos sociales adquiere una connotación especial cuando estos recaen de manera específica y diferenciada sobre menores de edad, dada su elevada vulnerabilidad y las secuelas futuras de un eventual daño en su desarrollo psicológico. Pero esta característica del riesgo y del impacto, ha de ser claramente demostrada porque de lo contrario la mera alegación de la presencia potencial de algunos menores en la audiencia bastaría para restringir la libertad de expresión y privar a los ciudadanos del acceso a información u opiniones valiosas para ejercer como sujetos políticos de una sociedad democrática, como se verá posteriormente.

El contenido y fundamento jurídico de cada uno de estos elementos se estudian en el Acápite IV-3 de la presente providencia (p. 149), el cual aparece adjunto para facilitar la lectura de la misma y organizar con mayor claridad las premisas de la decisión.

Una vez delimitado el ámbito de protección del artículo 20 Superior, señalados los fundamentos de su especial importancia constitucional y las consecuencias que de ella se derivan, procederá la Sala a continuación a estudiar los elementos específicos de la libertad de expresión stricto senso, de la libertad de información y de la libertad de prensa, así como de la prohibición de la censura que resultan relevantes para el caso concreto, y se detendrá en el examen de los requisitos que debe cumplir cualquier acto estatal que establezca limitaciones sobre el ejercicio de dichos derechos constitucionales.

4.2. El derecho fundamental a la libertad de expresión *stricto senso*

4.2.1. Definición. Dimensiones individual y colectiva de la libertad. Como se indicó, la libertad de expresión en sentido estricto –primer elemento normativo específico protegido por la libertad de expresión genérica que consagra el artículo 20 Superior- es el derecho de las personas a expresar y difundir libremente *el propio* pensamiento, opiniones, informaciones e ideas, sin limitación, a través del medio y la forma escogidos por quien se expresa.

Aparejа el derecho de su titular a no ser molestado por expresar su pensamiento, opiniones, informaciones o ideas personales, y cuenta con una dimensión individual y una colectiva.

Pages 303 130 720
Online 400
Vis. today 20 530
(http://www.histats.com/viewstats/?sid=1206326&ccid=605)

La libertad de expresión *stricto senso* consiste en la facultad que tiene todo individuo de comunicarse con otro sin ser constreñido por ello en manera alguna. Esta facultad abarca, en su aspecto individual, no solamente el derecho formal a expresarse como tal sin interferencias arbitrarias, sino el derecho a utilizar cualquier medio apropiado para difundir el propio pensamiento: la libertad en comento no se agota en el reconocimiento teórico del derecho a hablar o escribir, sino que comprende inseparablemente el derecho a utilizar cualquier medio adecuado para difundir el pensamiento y hacerlo llegar al mayor número de destinatarios. Al ser la expresión y el medio de difusión de dicha expresión indivisibles, las restricciones sobre las posibilidades de divulgación constituyen, igualmente, una limitación de la libertad de expresión stricto senso. Esta libertad también abarca el derecho a escoger la *forma* y el *tono* que se prefieran para expresar las ideas, pensamientos, opiniones e informaciones propias.

Por otra parte, la libertad de expresión *stricto senso* –entendida como un medio para el intercambio de pensamientos, ideas, opiniones e informaciones entre las personas- tiene una dimensión colectiva, consistente en el derecho de todas las personas a recibir tales pensamientos, ideas, opiniones e informaciones de parte de quien las expresa. Esta dimensión colectiva es igual de importante que la individual, por lo cual ambas han de ser protegidas en forma simultánea.

4.2.2. Alcance y contenido de la libertad de expresión en sentido estricto: rasgos generales relevantes para el caso bajo revisión.

En términos del alcance y el contenido de la libertad de expresión *stricto senso*, existen ocho rasgos del ámbito constitucionalmente protegido que la Corte considera indispensable resaltar con detalle, para efectos de llegar a una decisión adecuada en el caso presente: (1) su titularidad es universal sin discriminación, compleja, y puede involucrar intereses públicos y colectivos, además de los intereses privados del emisor de la expresión; (2) sin perjuicio de la presunción de cobertura de toda forma de expresión por la libertad constitucional, existen ciertos tipos específicos de expresión respecto de los cuales la presunción es derrotada, por consenso prácticamente universal plasmado en tratados internacionales que obligan al Estado colombiano; (3) existen diferentes grados de protección constitucional en los variados ámbitos de la expresión humana amparados por la libertad de expresión *stricto senso*, por lo cual hay tipos de discurso que reciben una protección más reforzada que otros – lo cual tiene

cual hay tipos de discurso que reciben una protección más reforzada que otros -lo cual tiene efectos directos sobre la regulación estatal admisible y el estándar de control constitucional al que se han de sujetar las limitaciones; (4) la expresión protegida por esta libertad puede ser tanto la del lenguaje convencional, como la manifestada a través de conducta simbólica o expresiva convencional o no convencional; (5) la expresión puede efectuarse a través de cualquier medio elegido por quien se expresa, teniendo en cuenta que cada medio en particular plantea sus propios problemas y especificidades jurídicamente relevantes, ya que la libertad constitucional protege tanto el contenido de la expresión como su forma y su manera de difusión; (6) la libertad constitucional protege tanto las expresiones socialmente aceptadas como las que son inusuales, alternativas o diversas, lo cual incluye las expresiones ofensivas, chocantes, impactantes, indecentes, escandalosas, excéntricas o simplemente contrarias a las creencias y posturas mayoritarias, ya que la libertad constitucional protege tanto el contenido de la expresión como su tono; (7) su ejercicio conlleva, en todo caso, deberes y responsabilidades para quien se expresa; y (8) impone claras obligaciones constitucionales a todas las autoridades del Estado, así como a los particulares.

Pages 303 130 720
Online 480
Vis. today 20 580
(http://www.histats.com/viewstats/?sid=1206326&ccid=605)

4.2.2.1. Su titularidad es **universal sin discriminación**, ya que *"toda persona"* es titular de la libertad de expresión, porque así lo dispone expresamente el artículo 20 Superior-. Es una titularidad **compleja** -puesto que involucra al mismo tiempo los intereses de quien se expresa, del receptor de la comunicación, y en algunas oportunidades de ciertas audiencias o el mismo público en general; de allí que sean titulares de la libertad de expresión, en relación con un acto de comunicación determinado, tanto el emisor como el receptor, que en ciertos casos puede ser una colectividad o el público en general-. Las expresiones del emisor **pueden involucrar intereses públicos y colectivos, además de los propios de dicho emisor.**

4.2.2.1.1. Los intereses del emisor, o quien se expresa, están siempre presentes, especialmente por el carácter de derecho fundamental de la libertad de expresión y su vinculación directa con las posibilidades de autorrealización y dignificación individuales. Además, a través de la expresión se pueden materializar diferentes derechos fundamentales, como la libertad religiosa, la participación política o el libre desarrollo de la personalidad. El interés del emisor radica tanto en expresar sus ideas, pensamientos, opiniones e informaciones, como en transmitirlas y diseminarlas al público que escoja. El tema de la titularidad de la libertad de expresión desde la perspectiva del emisor del mensaje –de quien se expresa- plantea dos asuntos constitucionales significativos, que resultan relevantes para el caso presente. (i) En primer lugar, la relevancia del tipo de emisor, para efectos de determinar el ámbito de protección constitucional que ha de recibir su libertad de expresión. El tipo de emisor puede constituirse en factor relevante para efectos de determinar el mayor grado de protección constitucional que ha de recibir su libertad de expresión. Así, quien pretende contribuir a la discusión política está en una situación distinta a quien busca promover sus propios intereses económicos, personales u otros, sin que ello obste para que éste ultimo sujeto también sea acreedor de protección constitucional, puesto que las expresiones proferidas con intereses econó-

Pages 303 130 720
Vis. today 20 530
(http://www.histats.com/viewstats/?sid=1206326&ccid=605)

dor de protección constitucional, puesto que las expresiones proferidas con intereses económicos o particulares también caen bajo el campo de aplicación de esta libertad. (ii) Segundo, el tema de la posibilidad de que las *personas jurídicas* ejerzan el derecho a la libertad de expresión. Este punto es relevante tanto en el caso de partidos políticos y otras colectividades y agremiaciones sociales con intereses públicos o políticos, así como en el caso de empresas y organizaciones privadas con ánimo de lucro; y cobra una dimensión especialmente significativa en el caso de medios de comunicación o empresas editoriales, que además de ser personas jurídicas en sí mismas y ejercer, por lo tanto, su propia libertad, obran como canales para la expresión de terceros. La Corte Constitucional ha reconocido la existencia de un derecho a la libertad de expresión en cabeza de los medios de comunicación, y ha aceptado en numerosas oportunidades que las personas jurídicas pueden ser titulares de derechos fundamentales según su naturaleza particular; en consecuencia, es claro que la libertad de expresión sí cobija a los medios de comunicación en tanto personas jurídicas, así como a quienes se expresan a través de ellos. Es igualmente pertinente, en este ámbito, la relación entre la libertad de expresión del medio de comunicación en tanto persona jurídica, y la libertad de expresión de las personas naturales que forman parte de la estructura organizacional de tales personas jurídicas – por ejemplo, los editores, redactores, reporteros y otros periodistas o comunicadores sociales, que contribuyen a la transmisión de expresiones de terceros, a la vez que ejercen su propia libertad de expresión. La relación existente entre ambas libertades, y a su vez entre dichas libertades y la libertad de expresión de quien efectivamente está comunicando un mensaje a través de tales medios o personas, ha de dilucidarse en cada caso concreto con especial atención a los distintos intereses en juego, para llegar a una solución que logre el máximo nivel de armonización concreta entre todos ellos, y a su vez con los intereses del receptor y, en especial, del público en general.

4.2.2.1.2. Los intereses del *receptor* de la expresión también son determinantes para establecer el alcance de esta libertad. La libertad de expresión en sentido estricto –al igual que la libertad de información- es un derecho constitucional de doble vía, puesto que involucra tanto al emisor como al receptor de actos comunicativos concretos. Por ello, tanto el emisor como el receptor tienen derechos e intereses que pueden invocarse en situaciones apropiadas, y que han de armonizarse conjuntamente para lograr una maximización de la libertad de expresión en casos concretos. El interés del receptor de un acto comunicativo también puede apreciarse desde la dimensión colectiva de la libertad de expresión, consistente en el derecho de toda persona a recibir o conocer informaciones, opiniones, ideas y pensamientos, dimensión que debe ser garantizada simultáneamente con la del individuo que se expresa. En una democracia, los intereses de los que reciben el influjo de distintas expresiones son primordiales, puesto que de ello depende la formación de sus preferencias como ciudadanos.

El receptor también tiene derecho a dejar de oir las expresiones que no desea escuchar, lo

El receptor también tiene derecho a dejar de oír las expresiones que no desea escuchar, lo cual hace relevante el análisis de las posibilidades al alcance del receptor para dejar de escuchar y, de otro lado, las condiciones en las cuales puede realmente concluirse que una audiencia está cautiva, aspecto al cual se alude en los apartes 4.4.3. y 4.8.1.3. de esta sentencia.

Pages 303 130 720
Online 400
Visitoday 29 531
(http://www.histats.com/viewstats/?sid=1206326&ccid=605)

4.2.2.1.3. Por último, existen casos en los que se involucra el *interés público*. En relación con ciertos tipos de actos comunicativos es constitucionalmente relevante considerar el interés público, bien sea porque éste se entremezcla con el interés del receptor o la audiencia de la emisión –caso en el cual opera como un refuerzo a la protección de la libertad en comento-, bien sea porque la expresión puede afectar elementos específicos de dicho interés público –caso en el cual opera como un eventual límite a su ejercicio-. En la primera hipótesis, es decir, cuando el interés público se entremezcla con el interés de los receptores de la expresión -que es el caso de las comunicaciones a través de medios masivos o de manifestaciones públicas- las expresiones no se dirigen a un individuo o un grupo en particular, pero es relevante, en cualquier caso, tener en cuenta el interés del público en recibir las opiniones, ideas, pensamientos e informaciones transmitidas. En la segunda hipótesis, es decir, cuando el interés público obra como un límite eventual al ejercicio de la libertad individual de expresión, dicho interés público se identifica necesariamente con las causales que, de conformidad con los tratados internacionales que obligan a Colombia, podrían eventualmente justificar limitar la libertad de expresión en casos concretos, a saber: la preservación de la seguridad, el orden público, la salud o la moral públicas y los derechos de los demás. Estos componentes del interés público, sin embargo, están sujetos a una interpretación no expansiva sino altamente restrictiva. Ello implica que el interés público ha de materializarse en un interés puntualmente definido para evitar que categorías de interés público demasiado amplias terminen por erosionar la libertad de expresión. De tal forma que para que el interés público pueda ser invocado como limitante de la libertad de expresión es necesario que éste sea precisado en cada caso, es decir, circunscrito a hipótesis específicas e identificables de perjuicios concretos a evitar, como se explicará en el capítulo sobre las limitaciones admisibles a la libertad de expresión *stricto senso*.

4.2.2.2. Sin perjuicio de la presunción de cobertura de toda forma de expresión por la libertad constitucional, existen ciertos tipos específicos de expresión respecto de los cuales la presunción ha sido derrotada, por consenso prácticamente universal plasmado en tratados internacionales que obligan al Estado colombiano. En otras palabras, la presunción de cobertura de la libertad de expresión resulta desvirtuada en relación con estos tipos de expresión, por acuerdo internacional prácticamente unánime. En criterio de la Corte, a la luz de las disposiciones constitucionales y de tratados internacionales sobre derechos humanos aplicables, estos tipos de expresión sobre los cuales se ha desvirtuado la presunción de cobertura constitucional de la libertad de expresión son cuatro: (a) la propaganda en favor de la guerra; (b) la apología del odio nacional, racial, religioso o de otro tipo de odio que constituya incitación a

Online 400
Vis. today 20 530
http://www.histat.com/viewstats/?sid=4206368&cid=4059

la discriminación, la hostilidad, la violencia contra cualquier persona o grupo de personas por cualquier motivo (modo de expresión que cobija las categorías conocidas comúnmente como *discurso del odio*, *discurso discriminatorio*, *apología del delito* y *apología de la violencia*); (c) la pornografía infantil; y (d) la incitación directa y pública a cometer genocidio. Estas cuatro categorías se han de interpretar con celoso apego a sus definiciones precisas en los instrumentos jurídicos correspondientes, para así minimizar el riesgo de que se incluyan, bajo su alcance, formas de expresión que sí son legítimamente acreedoras de la protección constitucional.

En lo que respecta a la discriminación de género, nota la Sala que no existen prohibiciones expresas comparables plasmadas en tratados internacionales vinculantes para Colombia. Ello, sin perjuicio de la existencia de disposiciones bajo las cuales se podrían limitar expresiones contrarias a la dignidad de la mujer y al pleno ejercicio de sus derechos humanos; por ejemplo, el artículo 2-(f) de la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer, en virtud del cual los Estados Parte se obligan a "adoptar todas las medidas adecuadas, incluso de carácter legislativo, para modificar o derogar leyes, reglamentos, usos y prácticas que constituyen discriminación contra la mujer". No obstante, estas disposiciones internacionales no comparten el nivel de especificidad y precisión de las otras prohibiciones a las que se ha aludido. Las categorías de expresiones cuyo contenido está expresamente excluido de la presunción de cobertura por el derecho a la libertad de expresión pueden variar a medida que el consenso internacional plasmado en instrumentos jurídicos evolucione. En este sentido, cabe señalar que el concepto de "discriminación contra la mujer" enunciado en el artículo 1º de la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer (ratificada por Colombia mediante Ley 51 de 1981) es amplio y comprende tanto el objeto como el resultado de menoscabar el ejercicio de los derechos de las mujeres.[12] No obstante, ningún instrumento jurídico internacional ha incluido prohibiciones semejantes a las mencionadas anteriormente en este ámbito de la igualdad de género. Lo anterior no significa que la comunidad internacional, al definir la Plataforma de Beijing, no haya expresado su posición sobre la importancia de fomentar una imagen equilibrada y no estereotipada de la mujer en los medios de difusión, advirtiendo que las medidas que se adopten para alcanzar este objetivo "no atenten contra la libertad de expresión".[13]

Con excepción de estas formas de expresión, estrictamente definidas, la presunción constitucional de cobertura por la libertad de expresión, y la sospecha correlativa de inconstitucionalidad de toda limitación –legislativa, administrativa o judicial- a la expresión, se aplican en principio, en tanto presunciones *de hecho*, a *toda forma de expresión humana*.

4.2.2.3. Existen diferentes grados de protección constitucional en los variados ámbitos de la

4.2.2.3. Existen diferentes grados de protección constitucional en los variados ámbitos de la expresión humana protegidos por la libertad de expresión *stricto senso*, por lo cual hay tipos de discurso que reciben una protección más reforzada que otros – lo cual tiene efectos directos sobre la regulación estatal admisible y el estándar de control constitucional al que se han de sujetar las limitaciones.

Pages 303 130 720
Online 400
Visits today 20 530
(http://www.histats.com/viewstats/?sid=1206326&ccid=605)

4.2.2.3.1. Dentro del rango de tipos de discursos protegidos por la libertad de expresión en sentido estricto, el mayor grado de protección se provee al discurso *político*, al debate sobre asuntos de interés público, y a los discursos que constituyen un ejercicio directo e inmediato de derechos fundamentales adicionales que se vinculan necesariamente a la libertad de expresión para poder materializarse. Las expresiones de contenido político, o que contribuyen al debate abierto sobre asuntos de interés público o general, reciben –y han recibido tradicionalmente- un nivel especialmente alto de protección constitucional frente a todo tipo de regulación. Es claro que el discurso de contenido político, o que forma parte del debate público, no se agota en las publicaciones y discursos políticos relacionados con temas electorales; esta categoría cubre toda expresión relevante para el desarrollo de la opinión pública sobre los asuntos que contribuyan a la vida pública de la nación. Por otra parte, existe una serie de modos de expresión que constituyen, en sí mismos, el ejercicio de otros derechos fundamentales distintos a la libertad de expresión *stricto senso*, la cual por lo tanto es una condición necesaria para su ejercicio y ha de recibir especial protección en estos ámbitos particulares. Se trata, en resumen, de ocho tipos de discurso: (a) la correspondencia y demás formas de comunicación privada, (b) los discursos estéticos, morales, emotivos o personales, manifestados a través de expresiones verbales, artísticas, o de conductas simbólicas o expresivas, sin perjuicio de la protección constitucional explícita de la libre expresión artística; (c) la exposición de convicciones y la objeción de conciencia; (d) el discurso religioso; (e) el discurso académico, investigativo y científico; (f) las expresiones realizadas en el curso de manifestaciones públicas pacíficas; (g) el discurso cívico o de participación ciudadana, y (h) el discurso de identidad, que expresa y refuerza la propia adscripción cultural y social. Cada uno de estos tipos de discurso corresponde al ejercicio de un derecho constitucional fundamental específico.

4.2.2.3.2. Otras formas de expresión pueden estar sujetas a limitaciones de mayor alcance –con cumplimiento estricto de las condiciones constitucionales expuestas más adelante para desvirtuar la sospecha de inconstitucionalidad de tales limitaciones-, bien sea porque el ejercicio de la libertad de expresión a través de dichos modos de discurso implica cargas, deberes o responsabilidades constitucionales expresas, o porque su ejercicio ha de armonizarse satisfactoriamente con el ejercicio de los derechos constitucionales de los demás, como es el caso de la expresión comercial y publicitaria o la expresión que puede resultar socialmente ofensiva, en particular cuando están de por medio los derechos de los niños. Resalta la Corte que la existencia de estas categorías de protección diferencial dependiendo del tipo de discurso del cual se trate, no obsta para que en principio, la presunción constitucional de cober-

tura y la sospecha de inconstitucionalidad de las limitaciones a la libertad de expresión operen, a un nivel básico, respecto de *todos* los modos de expresión en cada uno de estos ámbitos.

Online 400
Vis. today 20 530
(http://www.histats.com/viewstats/?sid=1206326&ccid=605)

4.2.2.4. La expresión protegida por esta libertad puede ser tanto la del lenguaje convencional, como la manifestada a través de conducta simbólica o expresiva, convencional o no convencional. Las comunicaciones cubiertas por la libertad de expresión *stricto senso* pueden ser efectuadas tanto a través del lenguaje oral o escrito como a través de conductas con contenido expresivo o implicaciones expresivas. Tanto las unas como las otras reciben protección constitucional, puesto que es claro que la "expresión" cubierta por la libertad en comento no se restringe a las comunicaciones verbales.

4.2.2.5. La expresión puede efectuarse a través de cualquier medio elegido por quien se expresa, teniendo en cuenta que cada medio en particular plantea sus propias especificidades jurídicamente relevantes. Tal como se señaló anteriormente, uno de los elementos constitutivos de la libertad de expresión *stricto senso*, en su dimensión individual, es el derecho de quien se expresa a transmitir y difundir su mensaje de la manera en que mejor considere hacerlo, y a través del medio que elija para el propósito. En consecuencia, la expresión puede efectuarse a través de cualquier medio seleccionado por quien se expresa, y la protección constitucional se extiende a dicho proceso de transmisión y difusión, así como al medio utilizado, ya que la libertad constitucional que se estudia protege tanto el *contenido* de la expresión como su *forma*. A este respecto, ha de tenerse en cuenta que cada medio expresivo en particular, además de gozar de un nivel básico de protección constitucional compartido por todas las formas de transmisión y difusión de las expresiones, plantea a la vez sus propios problemas y especificidades constitucionalmente relevantes, que inciden sobre el alcance de esta libertad en casos concretos. Lo dicho anteriormente no significa que cualquier persona pueda exigir el derecho de acceder a determinado medio de comunicación masiva, público o privado, creado por otros cuya libertad también está protegida. Así, los directores o editores de un medio masivo son los titulares del derecho a decidir qué se ha de divulgar a través de dicho medio, sin perjuicio del derecho de rectificación y, en ciertos ámbitos definidos por la ley en desarrollo de la Constitución, del derecho de réplica.

4.2.2.6. La libertad constitucional protege tanto las expresiones socialmente aceptadas como las que son inusuales, alternativas o diversas, lo cual incluye las expresiones ofensivas, chocantes, impactantes, indecentes, escandalosas, excéntricas o simplemente contrarias a las creencias y posturas mayoritarias, ya que la libertad constitucional protege tanto el contenido de la expresión como su tono. Así, lo que puede parecer chocante o vulgar para unos puede ser natural o elocuente para otros, de tal forma que el hecho de que alguien se escandalice con un determinado mensaje no es razón para limitarlo, mucho menos si el que se escanda-

liza es un funcionario público.

Online 400
Vis. today 20 530
(http://www.histats.com/viewstats/?sid=1206326&ccid=605)

4.2.2.7. Su ejercicio conlleva, en todo caso, deberes y responsabilidades para quien se expresa. El alcance de estos deberes y responsabilidades variará, dependiendo del tipo de discurso que se exprese, el ámbito en el cual se haga uso de él y los medios utilizados. Tales deberes y responsabilidades han de estar definidos con previsión en la ley, sin perjuicio de la aplicación directa de los derechos fundamentales de terceros, como el buen nombre y la intimidad.

4.2.2.8. La libertad de expresión impone claras obligaciones constitucionales a todas las autoridades del Estado, así como a los particulares. Como todo derecho humano, la libertad de expresión impone a las autoridades estatales –de cualquier nivel, en cualquier rama del poder público- cuatro tipos básicos de obligaciones: las de *respeto*, las de *garantía y protección*, las de *promoción* y la de *provisión de condiciones jurídicas y materiales para su goce efectivo*, sobre la base de la no discriminación.

El contenido y fundamento jurídico de cada uno de estos elementos se estudian en el Acápite IV-4 de la presente providencia (p. 153), el cual aparece adjunto para facilitar la lectura de la misma y organizar con mayor claridad las premisas de la decisión.

4.3. El derecho fundamental a la libertad de información

El segundo derecho fundamental específico que forma parte de la libertad de expresión en sentido genérico es la *libertad de información*. Para efectos del caso presente, la Corte considera necesario resaltar algunas características de la libertad de información, que resultan pertinentes porque a través del programa "El Mañanero de La Mega", objeto de la acción de tutela que se estudia, también se transmite información de distintos tipos a la audiencia, además de manifestaciones de la libertad de expresión *stricto senso*. Las características de la libertad de información a tener en cuenta son las siguientes: (1) su objeto jurídico específico, (2) la complejidad de su objeto y su titular, (3) su importancia central para la democracia, (4) los deberes y responsabilidades específicos implícitos en su ejercicio, con derechos correlativos para el receptor de la información, (5) la necesidad de aplicar el método de ponderación y armonización concreta en caso de conflicto con otros derechos o valores constitucionales, y (6) la existencia de obligaciones específicas de respeto, protección y promoción para el Estado.

Pages 303 130 720
Online 400
Vis. today 20 530
(http://www.histats.com/viewstats/?sid=1206326&ccid=605)

4.3.1. *Objeto jurídico específico*. El objeto jurídico de protección de esta libertad es la *información*. Se trata de un objeto conexo pero diferenciable del que protege la libertad de expresión *stricto senso*, ya que la libertad de expresión en sentido estricto protege la transmisión de todo tipo de pensamientos, opiniones, ideas e informaciones *personales* de quien se expresa, mientras que la libertad de información protege la comunicación de versiones sobre hechos, eventos, acontecimientos, gobiernos, funcionarios, personas, grupos y en general situaciones, en aras de que el receptor se entere de lo que está ocurriendo. Por eso, en la libertad de información el interés del receptor de la misma es crucial, puesto que sin información no está en condiciones de ejercer efectivamente su ciudadanía. En esa medida, con miras a promover la mayor difusión de información, la libertad de información está sujeta a una mayor regulación por parte de las autoridades que la libertad de expresión en sentido estricto. Por otra parte, una y otra libertad se diferencian por los supuestos con los que se materializa su ejercicio; así mientras que para la libertad de expresión basta que su titular cuente con las facultades físicas y mentales necesarias para expresarse, la libertad de información supone, además, que exista una infraestructura material apta para captar y difundir la información.

4.3.2. *Complejidad en su objeto y en su titular.* En atención a las distintas fases del proceso comunicativo, la libertad de información abarca las actividades de buscar información e investigar en las fuentes donde puede estar la información, procesar la información descubierta y transmitirla a través de un medio determinado, y recibir tal información. En esa misma medida, al igual que la libertad de expresión *stricto senso*, la libertad de información es un derecho de titularidad universal y compleja, puesto que está en cabeza de todas las personas por mandato del artículo 20 de la Carta, pero al mismo tiempo tiene contenidos distintos dependiendo de si la ejerce quien busca la información, quien la transmite, o quien la recibe – característica que ha llevado a esta Corporación a calificar esta libertad como un derecho de doble vía. Por las características especiales de esta libertad y su trascendencia para el funcionamiento de la democracia, el énfasis jurisprudencial se pone usualmente sobre los derechos del receptor de la información.

4.3.3. *Importancia central para la democracia.* Por el lugar central que ocupa el libre flujo de informaciones de todo tipo dentro del funcionamiento ordinario de una sociedad política democrática, la libertad de información ocupa un lugar especial dentro del ordenamiento estatal colombiano, particularmente cuando su ejercicio se apareja con el de la libertad de prensa – es decir, cuando se ejerce a través de los medios masivos de comunicación. Las funciones democráticas de la libertad de expresión en sentido genérico se manifiestan con especial fuerza en la libertad de información.

Pages 303 130 720
Online 400
Vis. today 20 530
(http://www.histats.com/viewstats/?sid=1206326&ccid=605)

4.3.4. *Deberes y responsabilidades específicos implícitos en su ejercicio, con derechos correlativos para el receptor de la información*. Por su importancia para la democracia y el impacto que puede surtir sobre su audiencia, así como por la existencia de un derecho específico en cabeza del receptor de la información, el ejercicio de la libertad de información conlleva claros deberes y responsabilidades para su titular. Las principales obligaciones que impone el ejercicio de esta libertad, así como los derechos correlativos de los receptores de la información, se refieren a las características de la información que se transmite – dicha información ha de ser "veraz e imparcial", y respetuosa de los derechos fundamentales de terceros, particularmente a la intimidad y al buen nombre. A este respecto, en particular cuando se ejerce la libertad de información a través de los medios de comunicación, la jurisprudencia ha trazado una distinción entre la transmisión de información fáctica y la emisión de opiniones o valoraciones de hechos. La información sobre hechos, en tanto ejercicio de la libertad de información, ha de ser veraz e imparcial, mientras que la expresión de opiniones sobre dichos hechos, cubierta por la libertad de expresión *stricto senso*, no está sujeta a estos parámetros. Las opiniones equivocadas y parcializadas gozan de la misma protección constitucional que las acertadas y ecuánimes.

4.3.5. *Ponderación y armonización concreta en caso de conflicto de la libertad de información con otros derechos o valores constitucionales.* En los casos frecuentes en que puede entrar en colisión con otros derechos o valores constitucionales, la libertad de información ha de ser objeto de un ejercicio de **ponderación** que derive en la maximización concreta y armónica de todos los derechos e intereses enfrentados, pero sobre la base inicial de la primacía de la libertad de información dentro de una sociedad democrática.

4.3.6. *Existencia de obligaciones específicas de respeto, protección y promoción para el Estado.* La libertad de información, como la libertad de expresión en sentido estricto, también impone al Estado obligaciones de respeto, garantía, protección y promoción, en particular cuando su ejercicio se efectúa a través de los medios masivos de comunicación y se apareja, por lo tanto, con la libertad de prensa. Esto significa, por ejemplo, que no le basta al Estado con no atentar contra la libertad de información, puesto que además de respetarla, debe proteger su ejercicio libre y garantizar la circulación amplia de información, aun de aquella que revele aspectos negativos del propio Estado o la sociedad.

El contenido y fundamento jurídico de cada uno de estos elementos se estudian en el Acápite IV-5 de la presente providencia (p. 181), el cual aparece adjunto para facilitar la lectura de la misma y organizar con mayor claridad las premisas de la decisión.

Pages 303 130 720
Online 400
Vis. today 20 530
(http://www.histats.com/viewstats/?sid=1206326&ccid=605)

4.4. El derecho fundamental a la libertad de prensa. Los medios de comunicación y su responsabilidad social.

El tercer elemento del ámbito de protección de la libertad de expresión en sentido genérico consagrada en el artículo 20 Superior, es la libertad de prensa, que se refiere no solo a los medios impresos sino a todos los medios masivos de comunicación. Esta incluye tanto la libertad de fundar medios masivos de comunicación como la libertad de estos medios de funcionar sin interferencias indebidas, de forma tal que puedan cumplir sus cruciales funciones dentro de la sociedad democrática. El ejercicio de las libertades de expresión e información adquiere características distintivas cuando se realiza a través de un medio de comunicación masivo, características que variarán dependiendo de cada tipo de medio. Estas variaciones repercuten, a su vez, sobre el alcance de los derechos que se ejercen, su contenido, y las posibles limitaciones de las que eventualmente son susceptibles. No en vano se consagra en el artículo 20 superior la responsabilidad social de los medios de comunicación. Para los efectos del caso que se examina, considera pertinente la Corte resaltar ciertos rasgos particulares de la libertad de prensa: (1) su importancia medular para la democracia; (2) su trascendencia para el desarrollo de la personalidad individual; (3) el poder social de los medios de comunicación, con los riesgos implícitos y conflictos potenciales que conlleva; (4) el hecho de que el funcionamiento de los medios de comunicación involucra el ejercicio de derechos fundamentales por distintos sujetos, y tiene el potencial de lesionar derechos fundamentales ajenos; (5) la responsabilidad social adscrita, por lo mismo, al ejercicio de la libertad de prensa; (6) la previsión expresa de un margen para la regulación estatal de esta libertad en la Carta Política, y la posibilidad de establecer limitaciones puntuales con cumplimiento estricto de las condiciones constitucionales, y sujetas a un control estricto de constitucionalidad; (7) su potencial para entrar en conflicto con otros derechos fundamentales, los cuales estarán sujetos a ponderación y armonización concreta sobre la base inicial de la primacía de la libertad de prensa; y (8) el carácter de servicio público que tiene el funcionamiento de algunos medios de comunicación, con sus efectos constitucionales.

4.4.1. *Importancia medular de la libertad de prensa para la democracia.* Las mismas razones que explican la importancia de la libertad de expresión en sentido genérico para la democracia, se manifiestan con particular fuerza en el ejercicio de la libertad de prensa, que por lo mismo cumple una función política clave dentro del ordenamiento colombiano.

4.4.2. *Trascendencia para el desarrollo de la personalidad individual.* Como manifestación

Pages 309 130 720
Online 400
Vis. today 20 530
(http://www.liistats.com/viewstats/?sid=1206326&cid=605)

de la libertad de expresión, la libertad de prensa también es fundamental para el ejercicio del derecho al libre desarrollo de la personalidad, dado que para que una persona pueda definir y seguir la orientación que 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, lo cual es difícil sin el pluralismo expresado a través de diversos medios masivos de comunicación.

4.4.3. *Poder social de los medios de comunicación: riesgos implícitos y conflictos potenciales.* La difusión masiva que alcanzan las informaciones transmitidas a través de ellos, su poder de penetración, el impacto profundo que pueden tener sobre la audiencia y, en general, el poder social de los medios de comunicación, lleva implícitos ciertos riesgos y puede eventualmente entrar en conflicto con otros derechos, valores o intereses constitucionalmente protegidos. No obstante, cada medio masivo tiene unos rasgos distintivos, lo cual conduce a que su poder social sea también diferente. Esta Corporación ha indicado que ciertos medios de comunicación tienen un mayor impacto que otros en la audiencia, habida cuenta de su penetración, de la forma y el momento en que le llegan a su audiencia o al permitir, por ejemplo, un espacio fugaz para la reflexión personal y generar así "audiencias cautivas", por lo cual están sujetos a una mayor responsabilidad y a regulaciones específicas a las características del medio.

4.4.4. *El funcionamiento de los medios involucra el ejercicio de derechos fundamentales por distintos sujetos, y tienen el potencial de afectar derechos fundamentales ajenos*. La libertad de prensa involucra, en su ejercicio, a distintos sujetos, puesto que en los actos de comunicación que se realizan a través de los medios masivos toman parte: los medios en tanto personas jurídicas que ejercen su libertad de expresión, los periodistas y comunicadores sociales que operan a través de los medios y que ejercen tanto su libertad de expresión como su derecho al trabajo, las personas que sin ser periodistas o comunicadores transmiten a través de estos canales sus expresiones, y la audiencia. Además, está de por medio el ejercicio de la libertad de empresa y del derecho a la propiedad de sus dueños, y la preservación de los derechos fundamentales de terceros potencialmente afectados por las publicaciones o transmisiones realizadas. Cada uno de estos sujetos, así como los distintos derechos en juego, deben ser cuidadosamente considerados en cada caso particular para efectos de lograr una armonización concreta de todos.

4.4.5. *La libertad de prensa conlleva una responsabilidad social.* Por mandato expreso del artículo 20 Superior, los medios de comunicación tienen responsabilidad social; esta responsabilidad se hace extensiva a los periodistas, comunicadores y particulares que se expresan a través de los medios, en atención a los riesgos que éstos plantean y su potencial de lesionar derechos de terceros, así como por su poder social y su importancia para el sistema democrá-

Pages: 1 - 100 - 200 - 300 - 400
Online: 20 530
Vis. today: (http://www.histats.com/viewstats/?sid=1120276&idd=0,0)

tico. La responsabilidad social de los medios de comunicación tiene distintas manifestaciones. En relación con la transmisión de informaciones sobre hechos, los medios están particularmente sujetos a los parámetros de (i) veracidad e imparcialidad, (ii) distinción entre informaciones y opiniones, y (iii) garantía del derecho de rectificación.

4.4.6. *Regulaciones estatales expresamente previstas en la Carta Política, y sujeción a limitaciones concretas respetuosas de la totalidad de las condiciones constitucionales.* Como contrapeso al poder social de los medios y en tanto efecto de las importantes responsabilidades que pesan sobre ellos, la Constitución Política admite que el ejercicio de la libertad de prensa esta sujeto a dos tipos de limitaciones.

(a) Por una parte, existen ciertas limitaciones expresamente previstas en la Constitución respecto de ciertos tipos de medios de comunicación, que facultan a las autoridades para establecer algunas regulaciones de su funcionamiento -como lo son (i) el artículo 20, en el sentido de que los medios de comunicación son libres pero tienen responsabilidad social, disposición que la jurisprudencia constitucional ha interpretado como facultad para que el legislador determine los alcances de dicha responsabilidad posterior; (ii) el artículo 7, que leído en conjunción con el artículo 20 superior permite al Estado regular para asegurar la equidad y pluralidad en el manejo de la información por los medios de comunicación, según ha interpretado esta Corporación; (iii) el artículo 75, que atribuye al espectro electromagnético el carácter de *"bien público inenajenable e imprescriptible sujeto a la gestión y control del Estado"*, con garantía constitucional de *"la igualdad de oportunidades en el acceso a su uso en los términos que fije la ley"*, y con atribución constitucional expresa al Estado para intervenir, por mandato de la ley, en el uso de dicho espectro, lo cual ha sido interpretado por la Corte como una autorización para el establecimiento de un régimen diferenciado de regulaciones estatales para los distintos medios de comunicación, según hagan uso o no del espectro electromagnético, con cumplimiento de ciertas condiciones por el Legislador; (iv) los artículos 76 y 77, que facultan al Estado para regular los servicios de televisión a través de un organismo especial encargado de esta función; y (v) el artículo 365, que sujeta la prestación de los servicios públicos a la regulación del Estado por medio de la fijación del régimen legal correspondiente, según el tipo de medio de comunicación-.

(b) Por otra parte, la libertad de prensa, como los otros dos elementos constitutivos de la libertad de expresión en sentido genérico, puede estar sujeta a limitaciones concretas que sean plenamente respetuosas de la totalidad de condiciones constitucionales que se examinan en el capítulo siguiente, con la cualificación adicional de que, por tratarse del ejercicio de una libertad tan cara a la democracia, las autoridades tienen un margen de apreciación menor para determinar la existencia de una necesidad social imperativa que justifique el establecimiento de una limitación a este derecho. Como se indicará, cualquier limitación concreta

Pages 303 130 720
Online 400
(http://www.histats.com/viewstats/?sid=1206326&ccid=605)

está sujeta a un control constitucional particularmente estricto, ya que la prohibición constitucional de la censura adquiere un carácter marcadamente agudo en este ámbito y proscribe tajantemente cualquier tipo de control previo sobre la actividad de los medios que pueda equivaler a censura, por lo cual toda limitación de la libertad de prensa, efectuada por cualquier autoridad a través de un acto general o particular, se ha de asumir, de entrada, como sospechosa, y se ha de someter a un examen exigente de concordancia con la Carta Política, especialmente si tiene el potencial de desestimular el vigoroso y sólido funcionamiento de la libertad de prensa en una sociedad abierta y pluralista.

4.4.7. *Potencial de colisión con otros derechos fundamentales, sujetos a ponderación y armonización concreta sobre la base de la primacía de la libertad de prensa.* La presunción de primacía de la libertad de expresión en sentido genérico sobre los otros derechos, valores o intereses constitucionalmente protegidos con los que pueda entrar en conflicto –y con los que, de hecho, entra en colisión frecuentemente-, cobra una especial dimensión en el caso de los medios de comunicación. No obstante, para efectos de armonizar su ejercicio con el de los derechos que pueden verse afectados, existen ciertas soluciones constitucionales tales como el derecho de rectificación en condiciones de equidad, así como ciertos criterios elementales a respetar por los medios para efectos de prevenir las violaciones de los derechos ajenos, tales como el cuidado en el manejo de la información y el respeto a los parámetros fijados mediante autorregulación, por el propio medio o por una asociación de medios de comunicación.

4.4.8. *Carácter de servicio público de algunos medios de comunicación.* Por último, es relevante el carácter de *servicio público* que se adscribe al funcionamiento de ciertos medios masivos de comunicación, entre los cuales sobresalen la radiodifusión, la televisión, la telefonía celular y satelital, y el Internet. El hecho de que estos medios se clasifiquen como servicios públicos les ubica bajo el campo de aplicación del artículo 365 Superior, con las consecuencias constitucionales que ello conlleva: es deber del Estado garantizar su prestación eficiente a todos los habitantes del país, están sometidos al régimen jurídico establecido en la ley, y a la regulación estatal. A pesar de que cada medio tiene rasgos específicos, en lo que resulta pertinente para el caso presente, la Corte resalta que la regulación estatal únicamente puede estar orientada a garantizar la calidad y eficiencia de los aspectos técnicos, de cobertura en la prestación del servicio y accesibilidad en condiciones de igualdad y pluralismo, pero *jamás* puede recaer sobre el contenido de las expresiones e informaciones que a través de dichos medios se transmiten. En otras palabras, ni la calidad ni la eficiencia de los servicios públicos que se prestan a través de cierto tipo de medios masivos de comunicación se pueden evaluar con base en criterios que se relacionan con el contenido de las expresiones e informaciones que a través de ellos se comunican; sólo pueden hacer referencia a los aspec-

Pages 303 130 720
Visitors 20 530
(http://www.histats.com/viewstats/?sid=1206326&ccid=605)

informaciones que a través de ellos se comunican, solo pueden hacer referencia a los aspectos técnicos, de cobertura y de accesibilidad que se han referido. La regulación estatal de la materia, así como las decisiones adoptadas por parte de las autoridades, deben respetar el elemento crucial de libertad de expresión que está presente en este tipo de servicios públicos, y por lo tanto no puede, ni directa ni indirecta ni consecuencialmente, llegar a constituir un modo proscrito de censura o de control previo sobre los contenidos de la comunicación. La naturaleza de servicio público de estos medios de comunicación no puede invocarse, en ningún caso, como justificación para intervenir sobre el contenido de la expresión, y mucho menos para restringirla o limitarla en su alcance – al contrario, por medio de la promoción de la eficacia, calidad y accesibilidad de estos medios, se ha de promover el libre flujo de expresiones diversas en la sociedad colombiana.

El contenido y fundamento jurídico de cada uno de estos elementos se estudian en el Acápite IV-6 de la presente providencia (p. 188), el cual aparece adjunto para facilitar la lectura de la misma y organizar con mayor claridad las premisas de la decisión.

4.5. Condiciones constitucionales para la limitación de la libertad de expresión, en cualquiera de sus manifestaciones, por parte de las autoridades.

4.5.1. La libertad de expresión, a semejanza de los demás derechos, no es un derecho absoluto, en ninguna de sus manifestaciones específicas (libertad de expresión *stricto senso*, libertad de información o libertad de prensa); puede eventualmente estar sujeta a limitaciones, adoptadas legalmente para preservar otros derechos, valores e intereses constitucionalmente

protegidos con los cuales puede llegar a entrar en conflicto. Sin embargo, como se ha enfatizado en los apartes precedentes, el carácter privilegiado de la libertad de expresión tiene como efecto directo la generación de una serie de presunciones constitucionales – la presunción de cobertura de toda expresión por el ámbito de protección constitucional, la sospecha de inconstitucionalidad de toda limitación de la libertad de expresión, la presunción de primacía de la libertad de expresión sobre otros derechos, valores o intereses constitucionales con los cuales pueda llegar a entrar en conflicto y la presunción de que los controles al contenido de las expresiones constituyen censura.

4.5.2. Se tiene, pues, que toda limitación –a través de actos jurídicos de alcance particular o general, proferidos en ejercicio de la función legislativa, administrativa, jurisdiccional, de policía u otra cualquiera desempeñada por el Estado- de la libertad de expresión en cualquiera de sus manifestaciones (libertad de expresión en sentido estricto, libertad de información o libertad de prensa) ha de presumirse, en principio, constitucionalmente sospechosa,

Pages 303 130 720
Online 400
Hits today 20 560
(http://www.histats.com/viewstats/?sid=1206326&ccid=605)

como una invasión del derecho protegido. Esta presunción es de hecho, y admite prueba en contrario; sin embargo, compete a la autoridad que establece la limitación la carga de demostrar que están dados los exigentes requisitos constitucionales para poder fijar una limitación en este ámbito. Dada la trascendencia de la libertad de expresión en el ordenamiento constitucional, las limitaciones de las que es susceptible, según están plasmadas en los tratados internacionales aplicables, deben interpretarse de manera restrictiva, en forma tal que se preserve el máximo campo posible de expresión libre de interferencias estatales. Por su parte, el juez constitucional al considerar toda limitación de la libertad de expresión como una actuación *sospechosa*, debe someterla en consecuencia a un juicio estricto de revisión constitucional, verificando que estén rigurosamente satisfechos los requisitos que la Corte pasará a explicar a continuación.

La Corte considera necesario enfatizar que *cualquier* acto jurídico o actuación de hecho, de carácter general o particular, que de manera directa o indirecta limite el ejercicio de la libertad de expresión en cualquiera de sus manifestaciones, realizado por *cualquier autoridad* estatal colombiana independientemente de su jerarquía o su posición dentro de la estructura del Estado, ha de considerarse como una invasión sospechosa del ejercicio de este derecho y, por ende, someterse a revisión constitucional estricta para efectos de determinar si están dados los requisitos que hacen admisible una limitación estatal al ejercicio de esta importante libertad.

4.5.3. El marco general de las limitaciones admisibles a la libertad de expresión, lo proveen los artículos 19 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, y 13 de la Convención Americana de Derechos Humanos, que orientan la interpretación del artículo 20 de la

Carta y demás normas concordantes. Una lectura detenida de estas disposiciones revela que las limitaciones a las libertades de expresión (en sentido estricto), información y prensa, para ser constitucionales, deben cumplir con los siguientes requisitos básicos: (1) estar previstas de manera precisa y taxativa por la ley, (2) perseguir el logro de ciertas finalidades imperiosas, (3) ser necesarias para el logro de dichas finalidades, (4) ser posteriores y no previas a la expresión, (5) no constituir censura en ninguna de sus formas, lo cual incluye el requisito de guardar neutralidad frente al contenido de la expresión que se limita, y (6) no incidir de manera excesiva en el ejercicio de este derecho fundamental.

4.5.3.1. *Las limitaciones deben estar formuladas precisa y taxativamente en una Ley de la República.* De conformidad con los tratados internacionales de derechos humanos aplicables y en virtud del principio de legalidad, las limitaciones sobre la libertad de expresión deben ser establecidas en la ley, de manera clara, expresa, taxativa, previa y precisa, por lo cual las autoridades que establecen dichas limitaciones por fuera de la autorización legal, o sin ella, violan la

Online 400
Vis. today 20 530
(http://www.vhistats.com/?ev=stats/site=c206326&cid=605)

libertad constitucionalmente protegida. El nivel de precisión con el cual se han de formular las leyes correspondientes debe ser lo suficientemente específico y claro como para permitir que los individuos regulen su conducta de conformidad con ellas. Este requisito se identifica con la prohibición de limitar la libertad de expresión con base en mandatos legales vagos, ambiguos, amplios o indeterminados. Si bien por las características mismas del lenguaje humano, en el que se han de redactar forzosamente las leyes nacionales, es imposible lograr un nivel absoluto de certeza en su formulación, el grado de precisión, especificidad y claridad en la definición legal de la limitación debe ser tal que evite la discriminación, la persecución o la arbitrariedad de las autoridades que habrán de hacer cumplir las leyes al respecto. También debe la definición de la limitación estar en la misma ley para evitar que sea la administración o la autoridad judicial la que llene su contenido. Estas consideraciones sobre las proyecciones del principio de legalidad en este ámbito son especialmente pertinentes, dado que buena parte de las leyes sobre la materia son anteriores a la Carta de 1991 y no son leyes estatutarias.

4.5.3.2. *Las limitaciones deben perseguir el logro de ciertas finalidades imperiosas definidas de manera concreta y específica.* La segunda condición constitucional que han de satisfacer las limitaciones de la libertad de expresión, es la de perseguir la materialización de ciertas finalidades constitucionales imperiosas, que se han enumerado en términos abstractos en los tratados aplicables -la protección de los derechos de los demás, la protección de la seguridad y el orden público, la protección de la salud pública y la protección de la moral pública- pero que deben ser concretadas y especificadas en una ley.

Sobre estas finalidades, la Corte considera necesario efectuar cinco advertencias generales, antes de explicar su contenido individual. (a) En primer lugar, deben ser objeto de una interpretación restringida, para efectos de maximizar el ámbito de la libertad de expresión. (b) Segundo, se trata de una enumeración taxativa, por fuera de la cual no caben justificaciones o finalidades adicionales para limitar la libertad de expresión. (c) Tercero, en consonancia con el principio de legalidad, no es suficiente con invocarlas en forma abstracta para justificar una limitación determinada; debe demostrarse que, en cada caso particular, están dados los elementos para considerar que efectivamente está presente un interés público concreto, específico e imperioso que se encuadre dentro de esta enumeración de finalidades abstractas. En otras palabras, el interés público que se pretende materializar mediante una limitación a la libertad de expresión, debe ser enunciado en forma concreta y específica en cada caso, con referencia a las características propias del mismo, y no recurriendo a una simple formulación abstracta y vaga, que en sí misma equivaldría a una forma de cheque en blanco para lesionar la libertad constitucionalmente protegida. (d) La formulación concreta y específica del interés público que se persigue mediante la limitación, debe ser compatible con los principios esenciales de una sociedad democrática y del Estado Social de Derecho (C.P., art. 1). (e) La

esenciales de una sociedad democrática y del Estado Social de Derecho (C.P., art. 1). (e) La referida formulación concreta y específica de las finalidades perseguidas con la limitación también debe ser compatible con el principio de la dignidad humana.

Pages 303 130 720
Online 40
Vis. today 20 530
(http://www.histats.com/viewstats/?sid=1206326&ccid=605)

4.5.3.2.1. *Limitaciones adoptadas para preservar los derechos de los demás.* Se trata de la categoría más obvia entre las finalidades que justifican limitar la libertad de expresión; pero su importancia es evidente, dado que el ejercicio de la libertad de expresión puede llegar a entrar en conflicto con los derechos constitucionales de terceras personas, que son objeto de protección constitucional. A este respecto, debe tenerse en cuenta que la libertad de expresión, por su trascendencia dentro del orden constitucional colombiano, sólo puede ser limitada para efectos de preservar derechos que tengan un rango comparable: en otras palabras, esta finalidad se refiere únicamente a derechos constitucionales *fundamentales,* como la intimidad, el buen nombre y la prohibición de la discriminación. La libertad de expresión no puede estar sujeta a limitaciones para efectos de preservar derechos de rango infraconstitucional que no gozan de un nivel de protección comparable en la Carta Política. Así mismo, precisa la Corte que el método a aplicar en estos casos de conflicto entre la libertad de expresión y otros derechos fundamentales, es el de la **ponderación**, sobre la base inicial de la presunción de primacía de la libertad de expresión sobre los demás derechos. Es decir, de entrada se debe adscribir a la libertad de expresión un valor prioritario dentro del método de ponderación. En cualquier caso, el equilibrio entre los derechos en conflicto variará, dependiendo del tipo de discurso del que se trate, y del contexto en el cual se ejerza – así, (i) el discurso político está sujeto a menores limitaciones y quienes se vean afectados por él, concretamente las figuras públicas, deben soportar una carga mayor en el ámbito de sus derechos a la honra, intimidad y buen nombre, más cuando la expresión se ejerce a través de la prensa; (ii) el discurso religioso, por la protección constitucional reforzada de la que es objeto al constituir el ejercicio de la libertad de cultos, admite dentro de su órbita de protección expresiones que, en otro ámbito, serían consideradas como excesivas y lesivas de la honra y reputación ajenas; o (iii) como se vió, el uso de los medios masivos de comunicación para transmitir expresiones a una pluralidad indeterminada de receptores, dadas las características específicas de estos medios –incluyendo su diferente capacidad de penetración y su impacto inmediato sobre la audiencia-, admite regulaciones apropiadas a las especificidades de cada tipo de medio masivo. (iv) Por su parte, las expresiones cuya audiencia incluye niños están sujetas a especiales condiciones constitucionales orientadas a preservar el interés superior, el desarrollo integral y los derechos fundamentales de los menores. Son pertinentes en este sentido las disposiciones del artículo 44 Superior, en el sentido de que (a) los niños tienen derecho fundamental al cuidado, la educación, la cultura, la recreación y al libre expresión de su opinión; (b) *"[l]a familia, la sociedad y el Estado tienen la obligación de asistir y proteger al niño para garantizar su desarrollo armónico e integral y el ejercicio pleno de sus derechos"*; y (c) *"[l]os derechos de los niños prevalecen sobre los derechos de los demás".* Deben tenerse en cuenta a este respecto, además, ciertas obligaciones específicas impuestas al Estado colombiano por la Convención sobre los Derechos del Niño: (1) la obligación estatal de promover, en toda actuación que les concierna, su interés superior, atender a su desarrollo

Pages 303,130,720
Online 400
Vis. today 20,539
(http://www.histats.com/viewstats/?sid=1206326&sid=605)

integral y su bienestar y proteger sus derechos fundamentales prevalecientes, (2) la obligación estatal de respetar las responsabilidades, derechos y deberes de los padres o de quienes están legalmente encargados del niño, en el sentido de impartirle, de conformidad con su etapa de desarrollo, la dirección y orientación necesarias para el ejercicio de sus derechos, y de cumplir con sus obligaciones primordiales en materia de crianza y desarrollo del menor, (3) la consagración expresa de los derechos de los niños a la libertad de recibir informaciones y opiniones diversas, al descanso, esparcimiento y participación en la vida cultural y artística, y (4) la obligación estatal de respetar los derechos y deberes de los padres, o representantes legales del niño, en el sentido de guiarlo, conforme a su etapa de desarrollo, en el ejercicio de sus libertades de pensamiento, conciencia y religión. Más aún, la Corte ha de tener en cuenta lo dispuesto en el artículo 17 de la Convención sobre los Derechos del Niño que se cita:

> *"Artículo 17. Los Estados Partes reconocen la importante función que desempeñan los medios de comunicación y velarán por que el niño tenga acceso a información y material procedentes de diversas fuentes nacionales e internacionales, en especial la información y el material que tengan por finalidad promover su bienestar social, espiritual y moral y su salud física y mental. Con tal objeto, los Estados Partes:*
>
> *a) Alentarán a los medios de comunicación a difundir información y materiales de interés social y cultural para el niño, de conformidad con el espíritu del artículo 29;*
>
> *(...) e) Promoverán la elaboración de directrices apropiadas para proteger al niño contra toda información y material perjudicial para su bienestar, teniendo en cuenta las disposiciones de los artículos 13 y 18."*

En consecuencia, en casos en los que potencialmente esté de por medio la preservación de los derechos de menores de edad, en particular ante transmisiones de imágenes a través de los medios de comunicación que pueden ser perjudiciales para su bienestar y desarrollo integral, los jueces han de prestar especial atención a su protección, y a la armonización concreta de los derechos enfrentados, sobre la base de la prevalencia de los derechos de los niños –que puede vencer, por mandato expreso del artículo 44 de la Constitución, la primacía *ab initio* de la libertad de expresión-. En ocasiones anteriores, la Corte Constitucional ha explicado que los conflictos entre la libertad de expresión y los derechos de los niños se han de abordar constitucionalmente sobre la base de la prevalencia de los segundos. Sin embargo, el carácter prevaleciente de los derechos de los menores de edad no otorga a las autoridades completa discrecionalidad para limitar la libertad de expresión a su agrado; las limitaciones

Pages 33 131 210
Online 400
Vis. today 20 530
(http://www.histats.com/viewstats/?sid=1206326&cid=605)

establecidas para proteger a los menores de edad también deben cumplir con la totalidad de las condiciones constitucionales que se explican en el presente capítulo, y no pueden invocarse como un comodín para limitar la libertad de expresión cada vez que se anticipe que quizás algún niño sea receptor de la información, las opiniones y las imágenes divulgadas por un medio masivo de comunicación. Se debe recordar que en este tipo de casos, el juez constitucional ha de garantizar que, por virtud de la protección de los derechos de los niños, no se termine restringiendo indebidamente la libertad de expresión.

4.5.3.2.2. *Limitaciones adoptadas para preservar la seguridad y el orden público.* En ciertas ocasiones los valores de una democracia, incluida la libertad de expresión, sólo se pueden preservar mediante el mantenimiento de condiciones propicias para el ejercicio de los derechos fundamentales. Sin embargo, como en nombre de la seguridad y el orden público se han cometido numerosos atropellos contra la libertad de expresión, es particularmente importante que en este ámbito, los intereses que justificarían la limitación sean celosamente respetuosos del principio de legalidad y de la definición concreta y específica de los fines imperiosos de orden público y seguridad que es necesario alcanzar. Además, el concepto de seguridad a precisar, especificar y concretar ha de ser compatible con la democracia abierta y pluralista, no con un concepto autoritario de seguridad. En estas hipótesis, se debe establecer un punto de equilibrio entre el orden público y la libertad de expresión; los jueces usualmente aplican el método de ponderación para reconciliar los intereses en conflicto, pero partiendo de la base inicial de primacía de la libertad de expresión. La Corte Constitucional ha aceptado tan solo en algunas ocasiones, desde una óptica protectora de la libertad de expresión, que las necesidades concretas y específicas de orden público pueden justificar limitaciones puntuales al alcance de este derecho fundamental, que sean proporcionadas y razonables según las circunstancias, y declaró inconstitucional que en aras de un concepto abstracto e indeterminado de seguridad nacional se autorizara limitar los derechos fundamentales (ver sentencia C-251/02, M.P. Eduardo Montealegre Lynett y Clara Inés Vargas Hernández). El conflicto que se puede suscitar entre el ejercicio de la libertad de expresión en cualquiera de sus manifestaciones y la preservación del orden público ha dado lugar a importantes líneas jurisprudenciales en el derecho comparado, que son pertinentes en tanto herramientas para la delimitación de las posibles circunstancias en que se puede invocar una necesidad de orden público para limitar la libertad de expresión. A modo de ejemplo, se pueden citar las categorías jurisprudenciales de “incitación”, “palabras agresivas” y “audiencias hostiles”, y los casos –particularmente estudiados por la Corte Europea de Derechos Humanos- de limitaciones de la libertad de expresión ante amenazas presentes y claras o actos de terrorismo.

4.5.3.2.3. *Limitaciones adoptadas para preservar la moralidad pública.* De conformidad con el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y la Convención Americana de Derechos Humanos, uno de los objetivos cuya consecución justificaría establecer limitaciones a la libertad de expresión es el de proteger la moralidad pública, finalidad que resulta de particular relevancia para el caso presente. Sin embargo, al igual que sucede con las demás finali-

Visitors: 1,277,200
Online: 400
Vis. today: 20 530
(http://www.histats.com/viewstats/?sid=1207632&pid=608)

dades legítimas previstas en estos tratados internacionales para limitar la libertad de expresión, la noción de "moralidad pública" (a) debe ser objeto de una interpretación especialmente restringida, y ser definida de manera previa, clara y precisa en una ley nacional; (b) no puede invocarse en forma abstracta para justificar una limitación, sino debe especificarse y concretizarse de forma tal que sea claro, en cada caso, que existen intereses puntuales en juego que encuadran con la definición previa y precisa establecida en la ley nacional; y (c) esta formulación concreta y específica de aspectos determinados de la moralidad pública en cada caso particular, con referencia a intereses puntuales en juego, debe ser compatible con los principios esenciales de una sociedad democrática pluralista, con el Estado Social de Derecho no confesional y con el principio de dignidad humana (C.P., art. 1). Además, según ha expresado la jurisprudencia constitucional, la carga de demostrar el peso del interés estatal en proteger la moralidad pública en cada caso particular corresponde a la autoridad que busca establecer la limitación sobre el ejercicio de la libertad de expresión; en caso de no cumplirse adecuadamente con esta carga, priman las presunciones constitucionales que amparan los actos expresivos. Por otra parte, tal y como ha expresado el Relator Especial para este derecho de las Naciones Unidas, las limitaciones a la libertad de expresión no deben aplicarse de modo que fomenten los prejuicios y la intolerancia. En resumen, la invocación abstracta de "razones de moralidad pública", o de la "moral pública" para justificar limitaciones de la libertad de expresión, constituye una violación del ámbito constitucionalmente protegido de este derecho fundamental por no cumplir con los requisitos anteriormente mencionados.

4.5.3.3. *Las limitaciones deben ser necesarias para el logro de la finalidad que persiguen y proporcionadas.* El tercer requisito establecido en los tratados internacionales para que las limitaciones de la libertad de expresión sean aceptables, es que deben ser *necesarias* y *proporcionadas* para el logro de la finalidad que se persigue. En este sentido, toda limitación de

la libertad de expresión en cualquiera de sus manifestaciones debe ser sometida por el juez constitucional a un test estricto, en virtud del cual la autoridad que busca adoptar la limitación debe demostrar el cumplimiento de todos y cada uno de los siguientes elementos:

(a) la finalidad invocada, como se indicó, debe puntualizarse para el caso particular de manera tal que se demuestre que, dentro de las circunstancias en las cuales se está realizando una expresión determinada, existe la necesidad **imperiosa**, **apremiante, específica** y **concreta** de preservar un derecho ajeno, un elemento previamente definido -de manera precisa y clara- del orden público, de la salud pública o de la moralidad pública. El adjetivo "necesario" no es sinónimo de "indispensable", pero tampoco tiene la flexibilidad de expresiones como "admisible", "ordinario", "útil", "razonable" o "deseable" – implica una necesidad social apremiante o *imperiosa*, más que simplemente útil, importante, legítima u oportuna. Además, se ha precisado que el margen con el que cuentan las autoridades para establecer la necesidad de una limitación a la libertad de prensa es más restringido que aquel con el que

cuentan para determinar si es necesario establecer limitaciones a otros elementos de la libertad de expresión en sentido genérico, por la importancia de los medios de comunicación en la democracia.

Online 400
Vis. today 20 530
(http://www.histats.com/viewstats/?sid=1206326&ccid=605)

(b) la limitación concreta a adoptar debe estar permitida –en el sentido de no desconocer la prohibición de la censura (directa, indirecta o por consecuencia), que forma parte del ámbito de cobertura del artículo 20 Superior, y a la cual se hará referencia detallada posteriormente-;

(c) la relación entre la limitación a adoptar, en tanto medio para alcanzar el fin que se persigue, y la finalidad imperiosa, concreta y específica invocada para justificar la limitación, ha de ser no solo apta, apropiada o efectivamente conducente para el logro de dicha finalidad, sino cumplir un requisito más exigente. En efecto, la limitación que se pretende justificar para desvirtuar las presunciones anteriormente mencionadas, debe ser un medio (i) *materialmente necesario* –en el sentido de que no hay otro medio disponible para el logro de la finalidad perseguida en las circunstancias concretas-, y (ii) *lo menos restrictivo posible* del ejercicio de la libertad de expresión –por lo tanto, de existir un medio alternativo menos restrictivo para alcanzar la finalidad imperiosa, concreta y específica, la limitación de la libertad de expresión será contraria a este derecho fundamental y tenerse por violatoria de la libertad de expresión-;

(d) la incidencia de la limitación sobre la libertad de expresión debe ser proporcionada, de tal forma que son inadmisibles las limitaciones excesivas. El requisito de *proporcionalidad* exige una particular atención por parte de las autoridades, tanto de aquella que adopta la limitación como de la que revisa su constitucionalidad. Esta proporcionalidad se determina, no solo evaluando si no existe una desproporción manifiesta entre la limitación y la finalidad que se busca, sino estableciendo en forma *positiva* que la relación entre ambos extremos –el fin buscado y el alcance de la limitación- logra un equilibrio adecuado. Entonces, la limitación que se pretende justificar ha de maximizar la armonización entre la finalidad buscada y el ejercicio de la libertad de expresión, de tal forma que el grado de incidencia sobre dicha libertad sea menor o igual al peso de la finalidad imperiosa, concreta y específica invocada como justificación de la limitación sospechosa de dicha libertad. Al analizar si se logra en el caso concreto dicha armonización, son pertinentes criterios que permitan verificar si (1) se ha establecido un **equilibrio** entre **todos** los diferentes valores en conflicto, (2) que los promueve de manera simultánea, (3) armonizándolos concretamente dentro de las circunstancias del caso en particular, (4) sobre la base de una apreciación aceptable de los hechos relevantes vistos como un todo, partiendo del **contexto** en el cual tuvieron lugar tanto las expresiones como la limitación, y factores tales como el tipo específico de libertad de expresión que se está limitando, la naturaleza y severidad de las limitaciones adoptadas y su duración en el tiempo, así como las circunstancias particulares de las personas involucradas en el acto ex-

Pages 303 130 720
Online 400
Vis. today 20 830
(http://www.histats.com/viewstats/?sid=1206326&ccid=605)

presivo y cualquier elemento de interés público que esté presente dentro de las circunstancias generales de la expresión limitada, (5) prestando atención a los efectos que tendrá la limitación sobre el libre flujo de ideas, informaciones y expresiones en la sociedad, de manera que éste no sea desestimulado, en particular en lo atinente a asuntos de interés público, (6) asegurándose de que el impacto de la limitación es compatible con el funcionamiento de una sociedad democrática abierta y pluralista, y (7) verificando que la limitación no tiene un *animus* persecutorio o retaliatorio ni un impacto discriminatorio.

4.5.3.4. *Las limitaciones deben ser posteriores, y no pueden constituir censura.* Por mandato expreso del artículo 13-2 de la Convención Americana de Derechos Humanos, el ejercicio del derecho a la libertad de expresión *"no puede estar sujeto a previa censura sino a responsabilidades ulteriores".* La única excepción parcial a esta regla, establecida en el numeral 4 del mismo artículo, se refiere al sometimiento de espectáculos públicos a clasificaciones *"con el exclusivo objeto de regular el acceso a ellos para la protección moral de la infancia y la adolescencia".* De esta forma, en Colombia son inadmisibles todas las formas de limitación *previa* a la expresión, salvo por la posibilidad de establecer normas legales que *regulen* el acceso de menores de edad a espectáculos públicos – excepción que, en virtud de la prohibición constitucional de la censura, es de interpretación estrictamente restringida, se refiere a la clasificación de tales espectáculos y no puede comprender la prohibición de proyectar cintas cinematográficas, realizar obras de teatro o efectuar espectáculos públicos. Como se verá en el capitulo siguiente, la censura previa se diferencia de las prohibiciones legales previas con establecimiento de responsabilidades posteriores.

4.5.3.5. Finalmente, subraya la Corte que la carga de demostrar que se han cumplido estos requisitos recae sobre la autoridad que adoptó la limitación a la libertad de expresión, de conformidad con lo señalado en la sección 4.1.4. sobre las cargas definitoria, argumentativa y probatoria.

El contenido y fundamento jurídico de cada uno de estos elementos se estudian en el Acápite IV-7 de la presente providencia (p. 201), el cual aparece adjunto para facilitar la lectura de la misma y organizar con mayor claridad las premisas de la decisión.

4.6. El alcance de la prohibición constitucional de la censura

Pages 303 130 720
Online 400
Vis. today 20 530
(http://www.histats.com/viewstats/?sid=1206326&ccid=605)

4.6.1. *Carácter absoluto de la prohibición*. La censura, en términos generales, supone el control previo de lo que se va a expresar y el veto de ciertos contenidos expresivos antes de que la información, opinión, idea, pensamiento o imagen sea difundida, impidiendo tanto al individuo, cuya expresión ha sido censurada, como a la totalidad de la sociedad potencialmente receptora del mensaje censurado ejercer su derecho a la libertad de expresión. La prohibición constitucional e internacional de la censura es absoluta. Dice el artículo 20 Superior, en términos tajantes, que *"No habrá censura."*-, y no deja margen de regulación al legislador ni admite interpretaciones que reduzcan su alcance. La prohibición de la censura se establece en el artículo 20 de la Carta de manera perentoria, sin matices, sin excepciones y sin confiar al legislador la regulación de la materia.

4.6.2. *La censura afecta a todos los titulares del derecho a la libertad de expresión.* Los actos de censura violan los derechos de todos los titulares de la libertad de expresión, tanto del emisor como del receptor, por lo cual constituye, además de un cercenamiento de la libertad individual de expresarse, un desconocimiento del derecho del público a recibir informaciones y opiniones.

4.6.3. *Diferencia entre la censura previa y las prohibiciones con responsabilidad ulterior.* Ahora bien, la Carta Política admite el establecimiento de responsabilidades posteriores por los efectos negativos que pueda surtir una determinada expresión; en este sentido, ha precisado la jurisprudencia que la censura previa, proscrita por la Convención Americana y por la Carta Política, es distinta a las limitaciones previamente definidas con precisión en la ley (prohibiciones legales previas) con establecimiento de responsabilidades posteriores, las cuales sí pueden ser acordes con la Constitución si cumplen con los requisitos constitucionales propios de las limitaciones a este derecho fundamental. Las prohibiciones previas que no cumplan con los requisitos estrictos aplicables a cualquier limitación de la libertad de expresión, constituyen violaciones de la libertad de expresión. El control constitucional al que se sujetan tales prohibiciones previas es particularmente estricto, en especial si la limitación incide en el ejercicio de la libertad de prensa. La proscripción de la censura previa, unida a la admisibilidad de cierto tipo de responsabilidades posteriores, ha llevado a esta Corporación a concluir que no puede establecerse ningún tipo de control previo sobre la actividad expresiva, en particular la que se realiza a través de los medios de comunicación. Como conse-

Pages 303 130 720
Online 400
Visitoday 20 [illegible]
(http://www.histats.com/viewstats/?sid=12063268&ccid=605)

cuencia de esta distinción entre censura previa y limitaciones con responsabilidades posteriores, se tiene que el libre ejercicio de la libertad de expresión de los medios de comunicación, que debe garantizarse plenamente en un Estado Social y Democrático de Derecho, no riñe con la responsabilidad social de tales medios, ni con los derechos de los destinatarios de los mensajes transmitidos, quienes pueden reclamar posteriormente, por las vías legales, la protección a que haya lugar por los eventuales perjuicios causados por la actividad de comunicación masiva.

4.6.4. *Ninguna autoridad estatal puede incurrir en censura.* Los actos de censura no pueden ser efectuados por ninguna autoridad, sin importar su jerarquía o su posición dentro de la estructura del Estado, ni la función estatal concreta que ejerce –sea legislativa, administrativa, jurisdiccional, policiva u otra-, por medio de actos de contenido general o particular. Si bien tradicionalmente la censura va asociada a comités de la administración pública, la Constitución en su artículo 20 prohíbe cualquier acto de censura, provenga del órgano estatal de donde provenga. Así, la ley que crea un comité de censura viola la prohibición constitucional, al igual que la orden judicial que exija cumplir dicha ley inconstitucional. En el mismo sentido, la acción policial de cierre de un medio para impedir la divulgación de críticas o informaciones incómodas, aunque no esté amparada en ningún acto jurídico, constituye materialmente censura efectuada mediante vías de hecho.

4.6.5. *Diversos modos de censura prohibida.* Los actos de censura proscrita pueden asumir diversas formas, desde los tipos más burdos de frenos estatales sobre lo que se puede publicar y los regímenes de autorización previa más expresos, hasta métodos más sutiles e indirectos de control previo que surten, sin embargo, el mismo efecto perverso que la censura

sobre la expresión y quedan, por lo tanto, cobijados por la prohibición. Además, la censura prohibida puede tener un contenido negativo –en el sentido de obstaculizar el flujo comunicativo o prohibir una publicación, bien sea en su totalidad o exigiendo que ésta se recorte- o un contenido positivo –en el sentido de exigir la adecuación del contenido de una determinada expresión a los parámetros del censor, o la introducción de informaciones u opiniones adicionales impuestos por éste-. La categoría de "censura" proscrita cobija actos tales como la censura previa, las autorizaciones administrativas para divulgar ciertos contenidos informativos, la interferencia estatal directa o indirecta contra la divulgación de ciertas expresiones a través de cualquier medio de comunicación, al igual que las restricciones en la circulación libre de ideas y opiniones, como así también la imposición arbitraria de información y la exigencia de adecuar contenidos expresivos a la voluntad estatal. La Corte Constitucional ha explicado que la prohibición de la censura cobija todas las formas y grados de control previo sobre la libertad de expresión, información, prensa y los demás tipos de comunicación, y todas las formas y grados de interferencias, obstáculos o restricciones orientadas a limitar la circulación de ideas, informaciones y opiniones. Dentro de esta amplia tipología de formas de censura proscritas, la censura en su sentido clásico es la más aberrante y grave de

Pages 303 130 720
Online 400
Visitors 20 530
(http://www.histats.com/viewstats/?sid=1206326&fcid=605)

todas, pero hay múltiples modos de control previo directo e indirecto que también están prohibidos. La jurisprudencia constitucional ha explicado detalladamente que la tipología del control previo sobre la libertad de expresión abarca cuatro formas principales, que sin embargo no agotan el espectro posible de intervenciones proscritas: el control previo sobre los medios de comunicación y su funcionamiento, el control previo sobre el contenido de la información, el control previo sobre el acceso a la información y el control previo sobre los periodistas. Además de estas cuatro categorías genéricas, resalta la Corte que la prohibición de la censura cobija **cualquier** tipo de control, obstaculización, interferencia o restricción previa, que tenga por propósito o por efecto, directo o indirecto, intencional o accidental, limitar o restringir el libre flujo social de comunicaciones. Así, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos ha efectuado, en la Declaración de Principios sobre la Libertad de Expresión, una enumeración de actos estatales que, a título enunciativo, ilustran el tipo de controles políticos y económicos directos e indirectos, distintos a los modos de control anteriormente enunciados, que atentan contra la independencia de los medios de comunicación y están igualmente proscritos por la prohibición constitucional de la censura: la utilización del poder del Estado y los recursos de la hacienda pública; la concesión de prebendas arancelarias; la asignación arbitraria y discriminatoria de publicidad oficial y créditos oficiales; el otorgamiento privilegiado o la negación retaliatoria de frecuencias de radio y televisión, entre otros, con el objetivo de castigar o premiar a los comunicadores sociales y a los medios de comunicación en función de sus líneas informativas. Compete al juez constitucional determinar en cada caso si se está ante una forma de censura proscrita, o ante una responsabilidad posterior que satisface las condiciones anteriormente enunciadas para limitar, dentro de parámetros de razonabilidad y proporcionalidad, la libertad constitucional de expresión.

4.6.6. Neutralidad frente al contenido de lo expresado y admisibilidad de las regulaciones de modo, tiempo y lugar. Un componente integral de la prohibición de la censura es la regla según la cual toda regulación estatal en el ámbito de la libertad de expresión debe ser *estrictamente neutral* frente al contenido de lo expresado. Esta regla cobija no sólo las limitaciones que privilegian un determinado punto de vista, sino también aquellas que restringen la expresión sobre determinados temas o determinadas formas de tratar un tema en particular; el supuesto subyacente es que en una sociedad democrática, abierta y pluralista, no pueden existir instancias encargadas de determinar cuáles contenidos son “correctos” o “legítimos”. En aplicación de esta regla, ha establecido la jurisprudencia constitucional que se configura una censura proscrita cuando las autoridades estatales, invocando el ejercicio de sus funciones, supervisan el contenido de lo que los medios de comunicación quieren informar, publicar, transmitir o expresar, para efectos de supeditar la divulgación del contenido a su permiso, autorización, examen previo, o al recorte, adaptación o modificación del contenido – la Corte ha resaltado que las autoridades no pueden entrar a evaluar ni mucho menos recortar o modificar los contenidos de la programación de los medios de comunicación, las publicacio-

Pages 303,130,720
Online 400
Visitors Now
(http://www.histats.com/viewstats/?sid=12063268&ccid=605)

nes impresas o cualquier modalidad de comunicación o de expresión para decidir si se difunden o no, y que se configura censura cuando se prohíbe, recoge, suspende, interrumpe o suprime la emisión o publicación de un determinado contenido expresivo, así como cuando se exige una inspección oficial previa, visto bueno o supervisión por parte de la autoridad de los contenidos que se emiten, o una modificación, alteración, adaptación o recorte de los mismos. A la luz de la regla sobre neutralidad frente al contenido de la expresión, entonces, tanto las prohibiciones de comunicar determinados contenidos como las exigencias positivas de modificarlos o adaptarlos quedan cobijadas, en tanto interferencias inadmisibles de las autoridades, por la prohibición constitucional de la censura.

Por otra parte, se ha distinguido entre regulaciones que versan sobre el contenido de lo expresado, de un lado, y regulaciones relativas al tiempo, modo y lugar en que el emisor ejerce libremente sus derechos, de otro lado. La regla de neutralidad frente al contenido de las expresiones no impide que las autoridades establezcan limitaciones razonables que se refieran, no al contenido de la expresión, sino al modo, tiempo y lugar en que ésta se realiza, siempre y cuando estas limitaciones cumplan con los demás requisitos constitucionalmente exigibles, que se señalaron en la sección 4.5. de esta sentencia; algunos ejemplos de este tipo de limitaciones neutrales frente al contenido serían las normas que limitan los decibeles de sonido amplificado permitido en barrios residenciales (independientemente del contenido o los mensajes de tal sonido), o las órdenes que mantienen a quienes protestan públicamente a cierta distancia de un edificio especialmente protegido, en forma independiente del sentido o impacto comunicativo de la expresión.

El contenido y fundamento jurídico de cada uno de estos elementos se estudian en el Acápite IV-8 de la presente providencia (p. 235), el cual aparece adjunto para facilitar la lectura de la misma y organizar con mayor claridad las premisas de la decisión.

4.7. Las expresiones cuyo contenido es sexualmente explícito, indecente, chocante o socialmente ofensivo: situación constitucional en el ordenamiento colombiano.

Una vez delimitado, en lo pertinente para el caso presente, el contenido del ámbito de protección del artículo 20 Superior, explicadas las características de los elementos normativos que lo conforman y las formas admisibles de limitación de los derechos que allí se consagran, procede la Sala a examinar el status constitucional de expresiones sexualmente explícitas, indecentes, chocantes o socialmente ofensivas en Colombia, con particular atención a los

efectos jurídicos de su transmisión por los medios de comunicación masivos, como la radio, el medio empleado en este presente caso de tutela.

Pages 303,130,720 Online 400 Today (http://www.histats.com/viewstats/?sid=1206326&ccid=605)

Para el estudio de este tema son de especial pertinencia para el caso concreto las siguientes consideraciones efectuadas en las secciones precedentes: (a) las presunciones constitucionales de cobertura de toda expresión por el ámbito de protección del artículo 20, y de primacía de la libertad de expresión en cualquiera de sus manifestaciones, en principio, sobre los otros derechos, valores o intereses constitucionales con los que pueda entrar en conflicto; (b) la libertad de expresión protege tanto los mensajes socialmente convencionales, como los que son inocuos o merecedores de indiferencia, y también los que son diversos, inusuales o alternativos – lo cual incluye expresiones chocantes, impactantes, que perturban, se consideran indecentes, inapropiadas, escandalosas, inconvenientes, incómodas, excéntricas, vergonzosas o contrarias a las creencias y posturas mayoritarias; (c) el discurso de contenido sexual explícito, aunque está protegido por la libertad constitucional que se estudia, está sujeto a un margen de regulación mayor por el hecho de que su ejercicio puede entrar en conflicto con otros derechos, valores e intereses constitucionalmente tutelados, especialmente los de los menores de edad – aunque con cumplimiento estricto de todas y cada una de las condiciones que hacen legítimas las limitaciones en cuestión, y buscando la armonización concreta de los derechos, valores e intereses enfrentados; (d) la especial situación de los medios por su poder social y su impacto, especialmente sobre los niños y adolescentes -el cual es mayor cuando el medio emplea ciertas tecnologías-, y su consecuente responsabilidad social; (e) la prohibición constitucional de la censura, que incluye el requisito de neutralidad de toda limitación de la libertad de expresión frente al contenido comunicado; y (f) la exigencia de definir de manera precisa, puntual, concreta y específica los elementos de "moralidad pública" cuando-

quiera que se invoque como justificación para el establecimiento de limitaciones sobre la libertad de expresión, así como el requisito de efectuar un juicio estricto de constitucionalidad sobre tales limitaciones.

Además de estos elementos de juicio, la Corte considera pertinente detenerse en el estudio de los siguientes puntos para adoptar una solución informada en este caso: (i) la existencia de un amplio y decantado debate en los sistemas jurídicos extranjeros, particularmente los de la tradición anglosajona, sobre el tema de la obscenidad y su protección bajo la libertad de expresión, y la relevancia constitucional de ese debate en Colombia; igualmente, la existencia de sólidas líneas jurisprudenciales extranjeras en relación con los materiales sexualmente explícitos que no constituyen obscenidad ni pornografía; (ii) la relevancia de la transmisión de este tipo de discursos a través de los medios de comunicación, y el efecto jurídico de optar por tales medios para transmitir mensajes sexualmente explícitos, en particular a través de la radiodifusión de programas recreativos en horas diurnas; y (iii) la existencia de varias deci-

Pages 303 [illegible]
Online 400
Vis. today 20 530
(http://www.histats.com/viewstats/?sid=1206326&cod=605)

siones judiciales previas a nivel internacional, comparado y nacional sobre la relación entre la libertad de expresión y la transmisión de expresiones sexualmente explícitas, chocantes, soeces o escandalosas a través de distintos medios de comunicación, cuya apreciación conjunta contribuye a la delimitación de la cuestión que estudia la Corte. A continuación se hará referencia suscinta a cada uno de estos puntos. Sin embargo, para situar este debate de derecho comparado cabe distinguir entre diversos tipos de expresiones sexualmente explícitas.

4.7.1. *Los tipos de expresiones sexualmente explícitas.* Es necesario aclarar previamente que el concepto de lo sexualmente explícito abarca múltiples fenómenos desde, en un extremo, un chiste inocente hasta, en otro extremo, la pornografía con violencia. Entonces, hay diferentes tipos de expresiones sexualmente explícitas, según diversos criterios entre los cuales cabe destacar las características de la expresión, el lenguaje empleado y el contexto del emisor y el receptor. Por eso, los criterios sobre pornografía no son automáticamente trasladables a toda expresión sexualmente explícita, ya que las características de la pornografía y la obscenidad permiten distinguirla. Además, en el derecho comparado al abordar este tema se ha subrayado la diferencia entre imágenes, es decir, el lenguaje visual, y palabras, o sea lenguaje verbal, dado que en lo que respecta a lo sexualmente explícito, una cosa es una imagen visual (i.e. escenas que muestran órganos sexuales) otra bien distinta una palabra que denomina el objeto de la imagen (i.e. el vocablo empleado para nombrar los órganos sexuales). Adicionalmente, el contexto dentro del cual se emite cierta expresión sexualmente explícita también es relevante, en la medida en que el significado y la connotación de la misma expresión varían según el ámbito en que ésta sea recibida. Así, cierta expresión sexualmente explícita comunicada en un contexto académico o artístico puede ser recibida de manera diferente a si ésta misma expresión se emite en un contexto publicitario. Incluso imágenes idénticas

tienen alcances diversos dependiendo del contexto en que sean exhibidas, v.gr., una fotografía de un desnudo completo expuesta en una galería y la misma fotografía empleada como base de una propaganda comercial.

Subraya la Corte que en el presente caso la expresión sexualmente explícita dista mucho de lo pornográfico y de lo obsceno. Se trata de expresiones verbales que aluden a temas sexuales, y estas expresiones son ocasionales dentro de un programa radial que abarca múltiples materias, como se verá posteriormente.

4.7.2. *El debate jurídico en el derecho comparado sobre la obscenidad, la pornografía y los materiales sexualmente explícitos no obscenos ni pornográficos. Relevancia constitucional en Colombia.* La regulación estatal de las expresiones de contenido sexual, y su cobertura

Pages 305 130 720
Online 440
Vis. today 20 530
(http://www.histats.com/viewstats/?sid=1206326&ccid=605)

por la clausula de libertad de expresión, son algunos de los temas que mayor debate y análisis han generado en el derecho comparado, particularmente en los sistemas de derecho anglosajón; ello se explica, en parte, por el rango excepcionalmente amplio de temas y problemas específicos que cubre la regulación estatal de este tipo de expresión. El desarrollo de estos debates en cada una de las jurisdicciones extranjeras en los que han tenido lugar, obedece a las particularidades jurídicas, políticas e históricas de sus respectivas sociedades; por ello, se trata de controversias y doctrinas jurisprudenciales que no pueden incorporarse directamente al ordenamiento colombiano, sin examinar críticamente su sustento y sus razones subyacentes. Sin embargo, el estudio de estas controversias y doctrinas, así sea somero, contribuye a iluminar las condiciones constitucionales que pueden justificar una mayor o menor protección a formas de expresión sexualmente explícitas. Se trata de un tema directamente relevante para la resolución del caso que se estudia, por los aspectos del programa "El Mañanero de La Mega" que dieron pie a la acción de tutela de la referencia, v.gr., el uso de un lenguaje sexualmente explícito que, a juicio de las sentencias que decidieron la acción popular, exigía "adecuar los contenidos" de dicho programa radial.

4.7.2.1. Lo primero que salta a la vista después de un examen atento de los debates sobre obscenidad y pornografía en el derecho extranjero, es que éstos han surgido por causa de las especificidades jurídicas, políticas e históricas de sus respectivos sistemas sociales. Así, en los Estados Unidos y en el Reino Unido se puede explicar la criminalización de la obscenidad por una serie de factores sociales, políticos y religiosos que marcan una determinada actitud social hacia la sexualidad, que ha sido privilegiada por los legisladores y los jueces en tanto parámetro para excluir expresiones contrarias, a través de dispositivos penales y reglas jurisprudenciales, como se aprecia en el Acápite IV-9 de esta providencia (p. 250), el cual aparece adjunto para facilitar la lectura de la misma y organizar con mayor claridad las premisas de la decisión. Igualmente, las reglas jurisprudenciales han sido diferentes según se

trate de imágenes o palabras, así como han sido distintas según se trate de sexo o pornografía. Son las imágenes pornográficas las que han sido objeto de mayor limitación, mientras que las palabras relativas al sexo han sido protegidas ampliamente, aun en dichos países.

La Corte Constitucional considera indispensable resaltar en este punto que, en Colombia, **no están presentes dichas especificidades**. Por una parte, la legislación colombiana no penaliza ni la obscenidad ni la pornografía, por lo cual no existe en nuestro país una decisión político-legislativa que suscite debates jurisprudenciales tan álgidos como los existentes en dichos países. En aplicación del principio constitucional de legalidad, las conductas que no estén expresamente prohibidas a los particulares, se han de entender permitidas (art. 6, C.P.). Por otra parte, la sociedad colombiana, que constitucionalmente se ha caracterizado como una estructura plural basada en el respeto de la diversidad, no comparte una sola postura o actitud frente a las expresiones de contenido sexualmente explícito, y mal harían tanto el Congreso como los administradores y los jueces en privilegiar una determinada perspectiva

de la sexualidad humana, que sirva de parámetro de juicio y exclusión de las expresiones que reflejen perspectivas diversas en este complejo y sensible tema. En consecuencia, **la caracterización de lo sexualmente explícito como una forma de expresión excluida de protección constitucional, no es un elemento que esté presente en el ordenamiento constitucional colombiano.** Sin embargo, en lo que respecta a los menores de edad, la Convención sobre los Derechos del Niño contiene disposiciones específicas en su artículo 17, orientadas a resguardarlos de la exposición a expresiones que puedan ser lesivas para su proceso de desarrollo, norma que es relevante al momento de establecer el ámbito de protección constitucional de este tipo de expresiones. Además, precisa la Sala que la ausencia de estos elementos específicos del contexto colombiano no obsta para que en el futuro se desarrollen parámetros, criterios o medidas legales o jurisprudenciales específicamente referidos a las categorías de "obscenidad", "pornografía", "materiales sexualmente explícitos", etc., siempre dentro del respeto de la diversidad y el pluralismo democrático.

El efecto primordial de esta particularidad del ordenamiento colombiano, es que **el lenguaje sexualmente explícito está amparado, en principio, por la presunción constitucional de cobertura de la libertad de expresión, por la sospecha de inconstitucionalidad de toda limitación estatal de su divulgación, y por la presunción de primacía frente a otros derechos con los cuales puedan entrar en conflicto.** El orden plural establecido por el Constituyente de 1991, el respeto por la diversidad y el posicionamiento crucial de la libertad de expresión en nuestro país justifican esta postura, fundamentada en el principio *pro-libertate* y respetuosa de las razones filosóficas, históricas y prácticas que compelen a las autoridades colombianas a privilegiar la libertad de expresión entre los demás derechos, valores e intereses constitucionalmente protegidos.

Por otra parte, concluir que lo sexualmente explícito no está desprovisto de protección constitucional, no quiere decir que el Estado no tenga derecho a regular su disponibilidad o incluso limitar el acceso al mismo, si hay razones imperativas para hacerlo, como proteger los derechos de los menores. Corresponde a los jueces apreciar estas razones y sopesarlas a la luz de la libertad de expresión y de los tipos de expresión sexualmente explícita. Por ejemplo en los casos en los que se trata de imágenes pornográficas que, por su nivel de violencia, pueden encuadrar bajo el tipo de expresiones que los cuerpos científicos expertos mencionados en el Acápite IV-9 de esta providencia (p. 250) han considerado como potenciales detonadores de comportamientos violentos, podrían llegar a caber limitaciones aun frente a ciertos adultos. La Corte Constitucional, en la sentencia T-505 de 2000, se pronunció sobre los potenciales conflictos que se pueden llegar a generar entre los derechos de los menores de edad y la transmisión de expresiones de contenido sexualmente explícito a través de los medios de comunicación, afirmando que si bien existe un margen estatal para proteger los derechos prevalecientes de los menores, ello no puede condonar el establecimiento de medidas que equivalgan a censura o que carezcan de un fundamento legal claro y específico. Ver, a este respecto, el Acápite IV-10 de la presente providencia (p. 265).

este respecto, el Acápite IV-10 de la presente providencia (p. 265).

Pages 303 130 720
Online 400
Vis. today 20 530
(http://www.histats.com/viewstats/?sid=1206326&ccid=605)

Precisa la Corte a este respecto que cuando se trata de proteger los derechos de los niños de los daños específicos que puedan sufrir por la exposición a este tipo de materiales –hipótesis que, reitera la Corte, se distingue de la de la pornografía infantil, que está completamente prohibida en toda circunstancia y modalidad-, no hay duda sobre la legitimidad de las autoridades para establecer limitaciones razonables, proporcionadas y respetuosas de los requisitos constitucionales en comento; hay aceptación general del hecho de que los menores de edad, en tanto posibles consumidores de materiales sexualmente explícitos, sí necesitan protección jurídica, porque se pueden generar efectos negativos específicos sobre su proceso de formación y desarrollo que lesionan el ejercicio autónomo de su libertad, su bienestar y su interés superior, así como los derechos de sus padres a orientar su proceso de formación de conformidad con los parámetros que consideren más convenientes, resguardándolos del acceso a materiales que en su criterio son incompatibles con las pautas formativas que han escogido, y que estos intereses justifican el establecimiento de limitaciones razonables y proporcionadas a la circulación de materiales sexualmente explícitos en la sociedad. Sin embargo, estas limitaciones en el acceso de los menores a materiales sexualmente explícitos deben formularse con la suficiente precisión como para impedir que, con base en criterios sobre lo que es apropiado o benéfico para los niños, se termine midiendo o valorando el tipo de expresiones e informaciones a las que tienen acceso los adultos. En cambio, en lo que respecta a materiales pornográficos u obscenos, se ha ido más lejos en el derecho comparado. Algunos ejemplos de limitaciones sobre el acceso a materiales pornográficos que han resultado, en el derecho comparado, acordes con la libertad de expresión según los jueces constitucionales respectivos, son: (i) la sección 184 del Código Penal de Alemania –que prohíbe la oferta o distribución de materiales pornográficos a personas menores de 18 y prohíbe la publicación y venta por medios o en lugares a los que los menores tengan acceso-, o la ley alemana para la protección de la juventud que prohíbe la distribución por correo de revistas pornográficas; o (ii) las limitaciones, implementadas en Estados Unidos, sobre el número de locales comerciales que venden revistas pornográficas y otros materiales similares, mediante controles de planeación o de licenciamiento, diseñados para preservar zonas residenciales.

4.7.2.2. En resumen, las expresiones sexualmente explícitas no han sido excluidas de protección constitucional. Estas, sin embargo, tienen diversas manifestaciones, lo cual permite distinguir conceptualmente lo obsceno y pornográfico, de otras expresiones sexualmente explícitas. Los casos en los cuales se ha abordado el tema, han versado generalmente sobre materiales con imágenes, que a su turno han sido clasificadas en imágenes de desnudez y sexo, de un lado, e imágenes pornográficas u obscenas, de otro lado. En lo que respecta al lenguaje verbal sexualmente explícito, la situación constitucional es diferente por ser claramente distinguible de la pornografía y la obscenidad. La regulación del lenguaje verbal sexualmente explícito podría estimarse ajustada a la Constitución cuando se verifique, en cada caso, que se han establecido limitaciones puntuales, plenamente respetuosas de las condiciones señala-

Pages 1 Online 400 Vis. today 20 530 (http://www.histats.com/viewstats/?sid=1206326&cod=605)

das en el capítulo correspondiente de esta sentencia, para efectos de armonizar proporcionada y razonablemente el ejercicio de esta manifestación del derecho a la libertad de expresión con los derechos ajenos con los cuales pueda entrar en conflicto, principalmente, los derechos de los niños y los derechos de los adultos que no han dado su consentimiento para acceder a estos materiales a no verse ofendidos en sus convicciones íntimas por los mismos. Pero, como se dijo, toda limitación debe asumirse como sospechosa de entrada y sujetarse a un control estricto de constitucionalidad, en el cual quien pretenda limitar la libertad de expresión debe cumplir las cargas definitoria, argumentativa y probatoria mencionadas en esta sentencia.

4.7.3. *Otras imágenes sexualmente explícitas.*

Ahora bien, aun en el plano de las imágenes, cabe distinguir entre contextos artísticos y otros ámbitos, incluso respecto de imágenes sexuales fuertes. Trazar la línea entre lo erótico y lo pornográfico puede ser difícil, por lo cual el contexto dentro del cual se presenta la imagen sexual fuerte ha resultado un criterio pertinente para garantizar la libertad artística. La Corte Constitucional ha protegido resueltamente estas formas de expresión, concretamente en el ámbito de las artes plásticas.

Como se verá más adelante, las expresiones sexualmente explícitas que se transmiten a través de medios de comunicación reciben un tratamiento constitucional especial, como lo han recibido en la jurisprudencia comparada, según la especificidad de cada tipo de medio.

4.7.4. *Expresiones soeces, groseras, vulgares, chocantes o escandalosas.*

La regla sobre protección de las expresiones socialmente diversas, inusuales o alternativas, se aplica también a las expresiones que son consideradas como soeces, groseras, vulgares, chocantes o escandalosas, de conformidad con los parámetros de decencia que rigen en un momento determinado a cierto sector de la sociedad. Según ha explicado la jurisprudencia constitucional, dentro de una sociedad plural como la colombiana el Estado–en cumplimiento de la regla de neutralidad frente al contenido de las expresiones- no puede privilegiar un determinado criterio de decencia o de estética, como no puede tampoco adoptar un determinado patrón de “buen gusto” o “decoro”, ya que no hay parámetros uniformemente aceptados para delimitar el contenido de estas categorías, que en consecuencia constituyen limitaciones demasiado vagas de la libertad de expresión como para ser constitucionalmente admi-

Pages 303 130 720
Visits 40
Vis. today 20 530
(http://www.histats.com/viewstats/?sid=1206326&cid=605)

sibles. El Estado no tiene un título constitucional para regular la calidad o la decencia del lenguaje verbal que se utilice en público, en ausencia de riesgos inminentes y serios para el orden público o de derechos de terceros amenazados por el uso de dicho lenguaje, como sucede con los descalificativos discriminatorios con connotación sexual.

El contenido y fundamento jurídico de cada uno de estos elementos se estudian en el Acápite IV-9 de la presente providencia (p. 250), el cual aparece adjunto para facilitar la lectura de la misma y organizar con mayor claridad las premisas de la decisión.

4.8. Difusión de expresiones sexualmente explícitas, soeces o chocantes a través de los medios masivos de comunicación, particularmente de la radio.

4.8.1. Consideraciones generales

4.8.1.1. Una vez establecido lo anterior –o sea, que (a) las formas de expresión de contenido sexualmente explícito, soez o chocante gozan de protección constitucional en nuestro país, y que (b) aunque están sujetas a un margen mayor de limitación estatal para efectos de armonizar su ejercicio con los derechos de los demás, toda limitación se ha de asumir como constitucionalmente sospechosa de entrada, y sujetarse a un control de constitucionalidad estricto para verificar el cumplimiento de todas y cada una de las condiciones para limitar la libertad

de expresión antes enunciadas-, procederá la Corte a examinar cuál es el status constitucional de las transmisiones que se hagan de expresiones de esta índole a través de los medios de comunicación, con particular atención a los casos en que la audiencia incluye menores de edad. En efecto, una cosa es el status de las expresiones soeces, chocantes, sexualmente explícitas, escandalosas o vulgares en sí mismas consideradas, y otra distinta es el status de su transmisión a través de los medios masivos de comunicación, la cual –aunque forma parte integrante de la libertad de expresión que a través de ellas se manifiesta- les imprime unos rasgos característicos, con relevancia constitucional clara por su impacto.

4.8.1.2. Son directamente pertinentes para el estudio de este tema las reglas que se enunciaron en el capítulo sobre libertad de prensa, particularmente las relativas al poder de penetración e impacto de los medios de comunicación, su responsabilidad social consiguiente, y el especial cuidado que han de demostrar en relación con los derechos de los menores de edad que pueden formar parte potencialmente de su audiencia. Además se debe tener en cuenta la

especificidad de cada medio de comunicación, que impide trazar reglas generales sobre el margen admisible de limitación de este tipo de expresiones en todos y cada uno de ellos.

Online 400
Vie today 20 530
(http://www.histats.com/viewstats/?sid=1206326&ccid=605)

4.8.1.3. El ejercicio de ponderación que está llamado a efectuar el juez constitucional en estos casos se puede facilitar si se tienen en cuenta las soluciones a las que han llegado los tribunales nacionales, extranjeros e internacionales en casos similares o comparables, en los que se ha hecho uso de un determinado medio de comunicación para transmitir mensajes sexuales, soeces o potencialmente ofensivos. La Corte se detendrá a hacer este ejercicio por considerarlo útil y relevante en este caso, porque fue un programa radial que empleó lenguaje sexualmente explícito el que fue objeto de las sentencias de la jurisdicción contencioso-administrativa. Para estos efectos, se aludirá brevemente a una serie de casos internacionales, extranjeros y nacionales en los que la resolución de problemas jurídicos comparables a los que ocupan la atención de la Sala ha desembocado en soluciones que armonizan los derechos confrontados, según las circunstancias de cada caso específico.

La jurisprudencia nacional, internacional y comparada ha examinado el alcance de la protección de expresiones con contenidos sexuales, soeces, ofensivos y chocantes, difundidos a través de diferentes medios de comunicación: libros, correspondencia, películas de cine, servicios telefónicos, exhibiciones artísticas, transmisiones radiales, programas de televisión, páginas de internet. El alcance de la libertad de expresión, los intereses y derechos con los cuales se ha de ponderar, y la solución concreta, varía en función de cada medio, porque sus características específicas imprimen al mensaje que se transmite unas características, un impacto y un alcance particulares. Estas diferencias son jurídicamente significativas, por lo cual la Corte ha examinado con algún detalle los casos en que se han resuelto problemas jurídicos de esta índole en relación con cada medio en particular, y haciendo énfasis en la radiodifusión. El examen de tales casos proporciona las siguientes guías interpretativas sobre la forma de resolver el conflicto planteado entre libertad de expresión y otros intereses constitucionalmente protegidos en casos de transmisión de contenidos sexuales, soeces o chocantes por los medios de comunicación:

(a) Las expresiones con contenido sexualmente explícito, soez o chocante, cuando se difunden públicamente a través de los medios de comunicación, gozan de protección constitucional por las libertades de expresión, información y prensa, pero éstas admiten un mayor margen de regulación para efectos de armonizar su ejercicio con el de los derechos ajenos que pueden verse afectados, margen que variará en su amplitud dependiendo de dos factores principales: el impacto del medio de comunicación utilizado, y las características de la audiencia a la cual se dirige. En otras palabras, las autoridades gozan de un margen constitucional para establecer limitaciones razonables y proporcionadas sobre la difusión social de este tipo de expresiones, para efectos de proteger simultáneamente los derechos de los demás,

pero sin que ello implique que están facultadas para suprimir estas expresiones o impedir su transmisión a través de los medios de comunicación mediante censura.

Online: 400
Vis. today 20 530
(http://www.histats.com/viewstats/?sid=1206326&ccid=605)

(b) El *impacto* del medio, en tanto factor que amplía o reduce el margen de limitación del que es susceptible este tipo de expresiones, varía de conformidad con los siguientes rasgos concretos de cada medio de comunicación en particular: (i) su carácter intrusivo, y la posibilidad que tiene la audiencia de controlar o evitar la recepción del mensaje (es decir, la existencia de "audiencias cautivas"); (ii) el margen de reflexión que el medio de comunicación permite al receptor de la información; (iii) el espacio público o privado al cual llega el mensaje a través de cada medio de comunicación en particular; y (iv) la posibilidad del receptor de optar por otras alternativas de mensajes a través del mismo medio de comunicación. La incidencia sobre los derechos de los receptores de la información se torna más severa a medida que aumentan o disminuyen estos factores en relación con cada medio de comunicación concreto; así, entre más intrusivo sea un determinado medio –como sucede con la radio o la televisión- y menos posibilidad admita de control por parte del receptor del tipo de información que se recibe, existirá un mayor margen de regulación, para efectos de preservar el derecho de la audiencia a no ser expuesta a expresiones a las cuales no desea estar expuesta, y de las cuales solo puede resguardarse privándose de acceder al medio masivo de comunicación correspondiente; por el contrario, entre menos intrusivo sea el medio de comunicación y mayor margen de escogencia ofrezca a su receptor –como sucede con los libros o los signos expuestos en lugares públicos-, menor será el margen admisible de limitación de la libertad de expresión por parte del Estado. En igual sentido, entre mayor sea el margen de reflexión que permite el medio de comunicación a los receptores, menor será el margen de limitación de las autoridades; este margen de regulación se hace mayor cuando el medio de comunicación surte su impacto directa y esencialmente en el espacio privado del hogar; y disminuirá

entre más alternativas u opciones tengan los receptores de acceder a otro tipo de expresiones a través del mismo medio de comunicación, por ejemplo, cambiando de canal de televisión o de emisora de radio, o accediendo a otra página de Internet.

(c) El *carácter* de la audiencia se refiere, fundamentalmente, a la presencia de menores de edad o de adultos que no consienten y que no están en condiciones de resistir la exposición a las expresiones que pueden considerar seriamente ofensivas de sus derechos. En la medida en que aumente la probabilidad de que este tipo de sujetos de especial protección constitucional estén presentes de manera predominante en la audiencia o en el grupo de receptores de un medio de comunicación determinado, aumentará el margen con el que cuentan las autoridades para establecer limitaciones razonables y proporcionadas encaminadas a armonizar el ejercicio de la libertad de expresión con los otros derechos que pueden estar en juego.

Pages 303 130 720
Online 400
Vis. today 20 530
(http://www.histats.com/viewstats/?sid=12063268&ccid=605)

(d) En cualquier caso, independientemente del impacto del medio y del carácter de la audiencia, toda limitación establecida sobre el ejercicio de las libertades de expresión, información y prensa en los casos de difusión de expresiones explícitamente sexuales, soeces o chocantes a través de los medios de comunicación, está sujeta a un control constitucional estricto por parte de los jueces para determinar el cumplimiento de los requisitos que debe reunir este tipo de limitaciones –según se reseñaron en las secciones 4.5 y 4.6 precedentes-, y está sometida a la sospecha de inconstitucionalidad correspondiente y a la prohibición de la censura.

4.8.2. *Rasgos específicos de la radiodifusión que inciden sobre el impacto del mensaje transmitido.*

Al considerar el caso específico de la radiodifusión de mensajes sexualmente explícitos, soeces o chocantes, resultan relevantes las siguientes características de la radio en tanto medio de comunicación, que a su vez delimitan el margen con el que cuentan las autoridades para introducir limitaciones, que no impliquen censura, a su ejercicio en casos concretos:

4.8.2.1. Se trata de un medio de comunicación significativamente intrusivo, que admite un espacio de reflexión reducido a los oyentes sobre las expresiones que reciben, en comparación con otros medios de comunicación como la prensa escrita.

4.8.2.2. Su impacto se surte tanto en los espacios privados como en los públicos.

4.8.2.3. Por las facilidades tecnológicas existentes hoy en día, se trata de un medio que es altamente accesible a toda la población, incluidos los menores de edad; sobre el acceso de los menores a este medio de comunicación cabe la posibilidad de supervisión por parte de los padres de familia y educadores, pero no se trata de una supervisión que siempre sea oportuna y/o eficaz.

4.8.2.4. Los desarrollos tecnológicos de los últimos años han marcado un aumento exponencial en el número y diversidad de estaciones de radio a las que tienen acceso los ciudadanos en general, tanto a través de las distintas amplitudes y frecuencias de las ondas transmitidas a través del espectro electromagnético, como a través de transmisiones por Internet o por ca-

Pages 303,130,720
Online 400
(http://www.histats.com/viewstats/?sid=12063268&ccid=605)

ble. Esta mayor diversidad marca un contraste importante con la situación predominante durante las primeras décadas del desarrollo de la radio y hasta hace pocos años, en las cuales la escasez de frecuencias justificaba cierto tipo de regulaciones estatales. Esta mayor diversidad también reduce el alcance de las regulaciones y potencia la libertad de emisores y receptores.

4.8.2.5. La radiodifusión tiene una dimensión de servicio público que es relevante, pero que no hace desaparecer su dimensión esencial de ser un medio para difundir ideas, opiniones e informaciones constitucionalmente protegidas, de tal forma que no se puede invocar el interés estatal en promover la eficiencia o calidad del servicio como justificación para intervenir sobre el contenido de la programación radial; como se indicó anteriormente, la potestad de regulación, inspección y vigilancia que asiste al Estado respecto de la radiodifusión en tanto servicio público que utiliza el espectro electromagnético, se agota en los aspectos meramente técnicos de la prestación del servicio y en la garantía de igualdad y pluralismo en el acceso a las ondas radiales, y no se proyectan sobre el contenido de la programación como tal para establecer qué se puede decir y qué no se puede decir.

El contenido y fundamento jurídico de cada uno de estos elementos se estudian en el Acápite IV-10 de la presente providencia (p. 265), el cual aparece adjunto para facilitar la lectura de la misma y organizar con mayor claridad las premisas de la decisión.

III. EXAMEN DEL CASO CONCRETO

1. Identificación de los derechos en juego, de su alcance específico en el contexto concreto del caso, y del estándar de control constitucional a aplicar sobre las limitaciones establecidas por las autoridades judiciales y administrativas.

En este caso, un medio radial controvierte mediante una acción de tutela la legitimidad constitucional de las sentencias judiciales que reprocharon el contenido de un programa transmitido de 5:30 am a 10:00 am, de lunes a viernes, en el cual a veces se había usado lenguaje verbal sexualmente explícito, en ocasiones soez o chocante para la Fundación que acudió a una acción popular para impedir que el programa continuara. También se atacan las medidas que adoptó el Ministerio de Comunicaciones como consecuencia de las órdenes impartidas

Pages 303,130,720
Online 400
(http://www.histats.com/viewstats/?sid=1206326&cid=605)

en tales sentencias. Según la tipología mencionada en la sección 4.7.1. de esta sentencia, las palabras en ocasiones empleadas por quienes conducen dicho programa no pueden tenerse como pornográficas ni obscenas. Aluden a manifestaciones de la sexualidad, pero el que puedan parecerle a alguien chocantes o soeces no permite asimilarlas a expresiones obscenas ni mucho menos a la pornografía. Tales manifestaciones, cabe resaltar, no son el objeto mismo del programa radial, por lo cual el lenguaje verbal sexualmente explícito es ocasional y se inscribe en un contexto de un programa radial matutino.

1.1. *Derechos constitucionales en juego.* El primer paso a adoptar para resolver los problemas jurídicos planteados por el presente caso, es el de identificar los derechos constitucionales fundamentales cuya protección está de por medio. Dado que se examina, en últimas, una serie de actos comunicativos realizados a través de un espacio radial determinado, la Corte examinará los derechos en juego desde las perspectivas del emisor y del receptor del mensaje controvertido.

1.1.1. Desde la perspectiva del *emisor* de los mensajes transmitidos a través del programa, existen en este caso tres sujetos de derecho distintos que ejercen, simultáneamente, tres libertades constitucionales diferentes:

(i) El medio de comunicación como tal, es decir, RCN radio, que controla materialmente –según informó a la Corte Constitucional- a la empresa concesionaria de la frecuencia 90.9 FM y produce el programa objeto de la acción de tutela de la referencia; este medio ejerce, a través de dicho programa, sus derechos constitucionales a la libertad de expresión stricto senso –puesto que produce y transmite contenidos de carácter recreativo, humorístico y de entretenimiento-, la libertad de información –puesto que el programa "El Mañanero de La Mega" no es exclusivamente de entretenimiento, sino que según se ha demostrado en el presente proceso, también incluye segmentos de información- y a la libertad de prensa –ya que el programa forma parte de las transmisiones radiales ordinarias realizadas por RCN a través de la frecuencia de la que es concesionaria-;

(ii) Los periodistas y comunicadores sociales que se expresan durante el programa "El Mañanero de La Mega", quienes ejercen sus derechos constitucionales a la libertad de expresión *stricto senso* –mediante la expresión de sus pensamientos, opiniones, ideas e informaciones personales sobre los más variados temas que se tratan en el programa-, la libertad de información –a través de los segmentos informativos y pedagógicos que presentan en dicho programa además de los contenidos de entretenimiento- y participan de la libertad de prensa –puesto que ejercen sus libertades de expresarse e informar al público a través de la radio-; y

Pages 303 130 720
Online 400
Vis. today 20 530
(http://www.histats.com/viewstats/?sid=1206326&ccid=605)

(iii) las personas que, en su calidad de oyentes, invitados o similares, expresan sus puntos de vista o transmiten información en el curso del programa "El Mañanero de La Mega", directamente –a través de llamadas puestas al aire o mensajes de internet, por ejemplo- o indirectamente –por medio de los presentadores del programa-, quienes ejercen sus libertades de expresión *stricto senso*, información y prensa, de la misma manera en que lo hacen los periodistas y comunicadores sociales que presentan el programa.

1.1.2. Desde la perspectiva del *receptor* del contenido del programa "El Mañanero de La Mega", está de por medio la protección de las libertades de expresión stricto senso, información y prensa, todas en su dimensión pasiva o colectiva, es decir, entendidas como el derecho de las personas que integran la audiencia a recibir los pensamientos, ideas, opiniones e informaciones que se transmiten a través de dicho programa radial, sin interferencias indebidas de parte de las autoridades.

Al caracterizar los sujetos de derecho que forman parte de la audiencia del programa y, por ende, ven involucrados sus derechos fundamentales en su transmisión, la Corte hace hincapié en el componente de menores de edad que eventualmente pueden formar parte de los receptores de este programa, dado el horario en el que se transmite y los factores de popularidad e interés social que se asocian a él. Existe debate sobre el porcentaje específico de menores en la audiencia, pero es claro, por hechos públicos y notorios atinentes al horario en el cual se transmite y a la popularidad de la que goza, que los menores de edad componen un segmento de la misma. El hecho de que los menores de edad conformen un segmento de la audiencia de este programa, obliga a la Corte a examinar los componentes específicos de sus derechos, que como se indicó en capítulos precedentes de esta sentencia, incluyen el derecho a la protección de su proceso de desarrollo, mediante la fijación de estándares nacionales, frente a expresiones que, transmitidas a través de los medios de comunicación, les puedan resultar perjudiciales, así como el derecho de sus padres a no sufrir interferencias indebidas con su opción por un determinado tipo de educación para sus hijos, que incluye el derecho a seleccionar la información a la que tienen acceso, dentro de sus posibilidades materiales de ejercer este tipo de supervisión sobre sus hijos. Igualmente, ambos tienen el derecho a no ser obligados a escuchar expresiones por ellos indeseadas. Por supuesto, a medida que la edad de los menores se acerca a los 18 años, su autonomía aumenta, práctica y jurídicamente, y su libertad de elegir si desean escuchar ciertas expresiones adquiere un mayor alcance frente al control ejercido por sus padres.

1.2. *Tipo de expresiones que se transmiten a través del programa "El Mañanero de La*

Mega”. A pesar de la diversidad de contenidos que se pueden transmitir en un programa radial que dura varias horas diarias de lunes a viernes, y que para el caso concreto de “El Mañanero de La Mega” incluye contenidos informativos, recreativos, pedagógicos, musicales, comerciales, de opinión y de interacción con la audiencia, se tiene que, según se ha resaltado por la Fundación que promovió la acción popular contra este programa y por los jueces que adoptaron decisiones en su decurso, este programa también transmite ciertos contenidos de carácter claramente sexual, y cuyo tono, según ellos, se puede clasificar como soez, vulgar, en ocasiones chocante o escandaloso. Una muestra de estos contenidos expresados de manera verbal fue incluida, como pieza decisiva según los jueces contencioso-administrativos, dentro de las pruebas que dieron lugar a la decisión del Tribunal Administrativo de Cundinamarca al resolver la acción popular interpuesta con ocasión del programa. No se dice en la sentencia qué tan frecuentes son estas expresiones sexualmente explícitas, qué función cumplen dentro de todo el programa, ni si los integrantes de la audiencia pueden reaccionar a las expresiones sexualmente explícitas. Se transcribe a continuación dicha muestra –aunque nota la Sala que no se especifica quién habla, a qué horas, o en qué contexto específico, ya que se trata de una muestra aleatoria seleccionada por los jueces que conocieron de la acción popular, y que aparentemente corresponde a breves fragmentos de emisiones realizadas en diferentes fechas-:

> *‘…la virginidad después de los 15 es un desaseo, cochinas, mano de cochinas… la primera que muestre que está con hilo dental… la primera que le tire un brasier a Mauricio en la cara se gana las boletas… yo les voy a enseñar a todos, uno coge la vieja y la mira y le dice: mechas, mechas, la vieja que? mechas una mamadita…, yo soy amante del porno, amante total, me declaro amante furibundo del porno, es mi única, es mi única afición…, o sea yo que odio los fanáticos a cualquier cosa, pero yo soy fanático del porno y de…, me llegó un artículo de las cosas que uno llega a creerse de verdad después de ver películas de porno, …este es el mejor sexo por teléfono que tendrás, quédate en la línea para el mejor sexo por teléfono, el más caliente, el más sucio, el mundo está lleno de promesas La Mega te pega al cielo, …es en los colegios donde empieza mucho el jueguito… porque no nos llaman niñas de colegio y nos cuentan ese jueguito porque comienza… no estamos hablando de relaciones homosexuales porque bueno eso ya es otro rollo sino de las relaciones incidentales que suceden de repente, que suceden en plan de rumba y a lo mejor al otro día te despiertas y dices bueno bacano pero no se yo no soy homosexual…, les quiero recordar que estamos entregando las 10 primeras boletas del concierto… a las 5 parejas de niñas que se acerquen a la calle 37 13ª-19 a la mega a nuestro estudio, a las mejores 5 parejas que se den un beso, llamen y cuéntenos… las mujeres que tienen ganas de besarse con otras mujeres, que ya lo han hecho, que lo hacen por amor, o por simple curiosidad, o por fiesta o por diversión o por lo que sea…, aquí no estamos diciendo que imiten a Madona estamos diciendo que se den un beso, …no es un pico…, un beso en la boca un poco sensual un poco erótico…’ entre otros.*

Pages 303 130 720
Online 400
Vis. today 20 530
(http://www.histats.com/viewstats/?sid=1206326&ccid=605)

Advierte de entrada la Sala que esta breve muestra no fue calificada en las sentencias contencioso administrativas desde el punto de vista de la representatividad de las expresiones verbales empleadas en dicho programa. Es decir, no consta en tales providencias si las expresiones de la muestra son las empleadas usualmente a lo largo de todas las horas del programa, un día de la semana o todos los días de la semana o si, por el contrario, son ocasionales, incidentales, y dependen del tema específico que se está abordando, sin que se pueda entonces considerar que la característica esencial y definitoria del programa es transmitir mensajes sexualmente explícitos de forma chocante, vulgar o soez. Dicha carga no fue cumplida en tales sentencias.

Nota además la Sala que, a pesar de sus contenidos sexualmente explícitos -que para algunas personas podrían resultar chocantes, vulgares, soeces, groseros o de mal gusto-, este programa no transmite materiales propiamente pornográficos ni obscenos. Tampoco se transmiten a través de él contenidos que encuadren bajo alguna de las cuatro categorías que no están cubiertas por la presunción de protección de la libertad de expresión –v.gr. incitación a la guerra o la violencia, discurso del odio, pornografía infantil o instigación al genocidio-, ni que por su carácter e impacto puedan categorizarse como incitación a la comisión de delitos sexuales con menores de edad como partícipes en tanto sujetos activos o víctimas.

La Sala concluye que los contenidos del programa "El Mañanero de La Mega" son, dentro de su variedad y a pesar de incluir elementos sexuales, soeces y chocantes, **expresiones protegidas por la libertad de expresión consagrada en el artículo 20 Superior**. En consecuencia, **en relación con la totalidad de los contenidos del programa "El Mañanero de La Mega" se aplican las tres presunciones constitucionales a las que da lugar la aplicación del artículo 20 Superior**: (i) la presunción de cobertura de la expresión en cuestión por el ámbito de protección de la libertad constitucional, (ii) la sospecha de inconstitucionalidad de cualquier limitación del ejercicio de esta libertad por las autoridades, y (iii) la presunción de primacía de la libertad de expresión sobre los derechos con los que pueda entrar en conflicto en relación con este proceso comunicativo en concreto.

Por lo tanto, las intervenciones estatales sobre el contenido del programa "El Mañanero de La Mega", que han dado lugar al proceso de tutela de la referencia, se han de asumir de entrada por el juez constitucional como sospechosas, y sujetarse a un estándar estricto de escru-

tada por el juez constitucional como sospechosas, y sujetarse a un estándar estricto de escrutinio a la luz de la Carta Política, sin que el hecho de que tales intervenciones provengan de una autoridad judicial las haga inmunes al control constitucional. Así, para desvirtuar dicha sospecha, es necesario para el que adoptó la limitación de la libertad de expresión cumplir los requisitos y cargas analizadas en la presente sentencia.

Pages 303 130 720
Online 460
Vis. today 20 530
(http://www.histats.com/viewstats/?sid=1206326&ccid=605)

1.3. *Impacto y audiencia del medio de comunicación a través del cual se transmite el programa "El Mañanero de La Mega".* Como se indicó, las autoridades cuentan con un mayor margen para establecer limitaciones sobre las expresiones con contenido sexualmente explícito, soez o chocante, cuando éstas se difunden públicamente a través de los medios de comunicación, puesto que pueden entrar en conflicto con otros derechos – lo cual no obsta para que, en tanto discurso constitucionalmente protegido, cualquier limitación al respecto esté sujeta a un estándar estricto de control sobre el cumplimiento de todos los requisitos constitucionales aplicables. Sin embargo, para determinar el margen de regulación con el que cuentan las autoridades para efectos de armonizar el ejercicio de esta libertad con los derechos ajenos que pueden verse afectados o con otros valores constitucionalmente protegidos, se han de tener en cuenta dos factores principales: el impacto del medio de comunicación utilizado, y las características de la audiencia a la cual se dirige.

En cuanto al impacto del medio, se trata de la radio, que tal y como se señaló anteriormente en la sección 4.8.3., es un medio de comunicación significativamente intrusivo, que admite un espacio de reflexión reducido a los oyentes sobre las expresiones que reciben -en comparación con otros medios de comunicación como la prensa escrita-, surtiendo su impacto sobre espacios privados y públicos indistintamente. Es altamente accesible a toda la población, especialmente los menores de edad. Su recepción de los contenidos radiodifundidos puede ser objeto de supervisión por sus padres y educadores, aunque no siempre de manera oportuna y eficaz. Aunque existe un sinnúmero de alternativas a disposición de los oyentes que no deseen recibir los contenidos del programa "El Mañanero de La Mega" -quienes simplemente deben cambiar de emisora bien sea en su radio o en su computador-, es innegable que se trata de un programa de alta popularidad y audiencia, factor que incide sobre el interés que pueden tener los menores de edad en sintonizarlo. No obstante, en las sentencias contencioso administrativas no se cumple la carga de probar que la audiencia de dicho programa está compuesta predominantemente de personas menores de edad.

Así, "El Mañanero de La Mega" es un programa de alto impacto, transmitido a través de un medio de comunicación considerablemente intrusivo tanto en espacios públicos como privados, que por su horario y su popularidad social es particularmente accesible y atractivo para la audiencia joven, sin que ello signifique que los jóvenes en la audiencia sean predominantemente menores de edad. Estas características confieren a las autoridades el margen corres-

Pages 603 [illegible]
Online 400
Vis. today 20 530
(http://www.histats.com/viewstats/?sid=1206326&ccid=605)

pondiente para adoptar regulaciones siempre que no constituyen censura y éstas sean estrictamente necesarias para armonizar su transmisión con los derechos de los jóvenes que potencialmente pueden verse afectados por dichos contenidos, así como con los derechos de los padres de los menores que constituyen dicha audiencia, quienes tienen derecho a que el proceso educativo que han seleccionado para sus hijos no sea objeto de interferencias externas, y que pueden surtir un alto impacto por las características mencionadas del programa. Sin embargo, al determinar la necesidad y fijar el alcance de tales limitaciones, las autoridades deben cumplir con las cargas indispensables para desvirtuar las distintas presunciones constitucionales que amparan el contenido de este programa, y satisfacer adecuadamente todos y cada uno de los requisitos constitucionales que deben respetar las limitaciones de la libertad de expresión, así como llenar las cargas definitoria, argumentativa y probatoria, para ser consideradas constitucionalmente legítimas, como se pasará a verificar.

Procederá la Corte a determinar, a continuación, cuáles fueron los actos concretos de las autoridades que constituyeron limitaciones de la libertad de expresión ejercida a través del programa "El Mañanero de La Mega", para luego establecer, en aplicación de un juicio constitucional estricto, si tales limitaciones cumplieron con las condiciones que les son constitucionalmente exigibles o si, por el contrario, constituyen una violación de la libertad de expresión protegida por la Constitución. No obstante, es necesario precisar con anterioridad cuáles son los parámetros provistos por el ordenamiento jurídico colombiano para armonizar los posibles conflictos que se puedan suscitar entre la transmisión radial de expresiones que incluyan elementos sexualmente explícitos, soeces o chocantes, y los derechos de los niños que potencialmente puedan formar parte de su audiencia.

2. Advertencia sobre la protección de los derechos de los niños frente al ejercicio de la libertad de expresión en circunstancias que les puedan ser lesivas. Interpretación de las disposiciones pertinentes de la Ley 1098 de 2006, Código de Infancia y Adolescencia.

La Sala enfatiza que el juez constitucional no puede avalar la exposición de menores de edad a materiales radiodifundidos que pueden resultar potencialmente lesivos de sus derechos ni de su interés superior, el cual es objeto de una tutela constitucional reforzada y no puede, bajo ninguna circunstancia, sustraerse de la protección ejercida por la familia, la sociedad y el Estado. Estos tienen –de acuerdo con el artículo 44 de la Constitución- *"la obligación de asistir y proteger al niño para garantizar su desarrollo armónico e integral y el ejercicio pleno de sus derechos"*, que son prevalecientes. Además, el hecho de que no se hubiera de-

Pages 1 303 130 720
Online 400
Vis. today 20 530
(http://www.hiftats.com/viewstats/?sid=1206326&ccid=605)

mostrado adecuadamente por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca o por el Consejo de Estado que la audiencia del programa "El Mañanero de La Mega" incluía menores de edad en una proporción significativa, no obsta para que, en caso de demostrarse efectivamente la presencia de menores de edad en dicha audiencia, se activen inmediatamente los deberes constitucionales de especial protección que pesan sobre las autoridades en relación con los niños, por mandato expreso de la Carta. En tal sentido, no se puede descartar que por el horario en el que se transmite el programa haya, en su audiencia, menores de 18 años; pero tampoco se puede asumir como un hecho cierto sin que obre una prueba específica sobre el particular que la audiencia es predominantemente infantil y adolescente. Sin embargo, la consecución de esta trascendental finalidad constitucional –la protección de los menores de edad- no puede buscarse a través de medios inconstitucionales –como lo es el establecimiento de limitaciones a la libertad de expresión que no satisfacen los requisitos explicados en esta sentencia, y que equivalgan a una forma de censura-. Como se señaló, las autoridades contaban con un margen significativo para ejercer sus facultades de regulación de la radio, en atención al poder de penetración de este medio de comunicación y al carácter de la audiencia, la cual potencialmente podía estar compuesta por algunos menores de edad. Sin embargo, en ejercicio de dicho margen de regulación, las autoridades no contaban con un título constitucional para establecer restricciones sobre el contenido mismo de las expresiones que equivalen a establecer una censura a dichos contenidos.

Observa la Corte que la Ley 1098 de 2006, Código de Infancia y Adolescencia, adoptado con posterioridad a los hechos que dieron fundamento a la acción de tutela de la referencia y a las decisiones de los jueces de instancia, contiene una disposición relevante sobre el tema

de la responsabilidad de los medios de comunicación ante los menores de edad, en los términos siguientes:

> *"Artículo 47. Responsabilidades especiales de los medios de comunicación. Los medios de comunicación, en el ejercicio de su autonomía y demás derechos, deberán:*
>
> *(...) 6. Abstenerse de realizar transmisiones o publicaciones que atenten contra la integridad moral, psíquica o física de los menores, que inciten a la violencia, que hagan apología de hechos delictivos o contravenciones, o que contengan descripciones morbosas o pornográficas.*

Pages 303 130 720
Online 400
Vis. today 20 830
(http://www.vistats.com/view_tats?sid=1206326&uid=605)

(...) Parágrafo. Los medios de comunicación serán responsables por la violación de las disposiciones previstas en este artículo. El Instituto Colombiano de Bienestar Familiar podrá hacerse parte en los procesos que por tales violaciones se adelanten contra los medios."

Sin que ello implique pronunciamiento sobre la constitucionalidad de esta disposición, cuestión que es competencia de la Sala Plena de esta Corporación en los eventos en que se activen los mecanismos de control constitucional de la legislación, considera esta Sala de la mayor importancia efectuar las siguientes observaciones: (1) se trata de una prohibición sujeta a una responsabilidad posterior que, sin embargo, no precisa el contenido ni el alcance de la prohibición y tampoco ofrece parámetros específicos para armonizar los derechos en conflicto; (2) en virtud de lo dispuesto en el primer inciso, se defiere en primer lugar a la autonomía de los medios de comunicación determinar el alcance y la forma en que habrán de cumplir con su responsabilidad social, entre otras para respetar la prohibición en referencia; (3) la prohibición de transmitir o publicar materiales "que contengan descripciones morbosas o pornográficas" debe ser interpretada en forma restringida en virtud del artículo 20 Superior, por lo cual (i) el término "descripciones morbosas" no puede interpretarse en forma tal que abarque discursos cubiertos por la libertad de expresión, sino que ha de comprender esencialmente las descripciones de actos con connotación sexual que contengan elementos

que apelen a despertar un interés libidinoso en la audiencia y (ii) la prohibición únicamente ha de entenderse referida a las transmisiones efectuadas a audiencias en las cuales se haya demostrado con certeza que existen predominantemente menores de edad, y no puede hacerse extensiva a transmisiones dirigidas a otro tipo de audiencias.

En esta medida, habiendo constatado que -a pesar de la existencia del artículo 47-6 de la Ley 1098 de 2006- el ordenamiento jurídico colombiano carece, en este momento, de una norma legal en la cual se establezcan regulaciones orientadas a armonizar de manera detallada, clara y específica el ejercicio de la libertad de expresión a través de la radio con los derechos de los menores de edad que puedan formar parte de la audiencia, la Sala ha de determinar cuáles son los parámetros constitucionales aplicables para resolver los posibles conflictos que surjan entre estos dos importantes bienes constitucionales, desde la perspectiva de la

que surjan entre estos dos importantes bienes constitucionales, desde la perspectiva de la ponderación de los derechos en colisión y su armonización concreta en cada caso. Según ha expresado en anteriores oportunidades esta Corporación, el juez constitucional debe aplicar el método de ponderación para evitar el sacrificio desproporcionado de la libertad de expresión cuando ésta entre en conflicto con otros derechos fundamentales[14], y la ausencia de un mandato legal específicamente diseñado para resolver el conflicto no impide que el juez de tutela adopte una decisión luego de ponderar los derechos en juego, para armonizar su ejercicio en atención a las circunstancias concretas del caso sometido a su estudio. En el caso presente, la colisión entre el ejercicio de la libertad fundamental de expresión y la preservación de los derechos constitucionalmente prevalecientes de los menores de edad surje del expediente de tutela sujeto a consideración de los jueces, por lo cual éstos están en el deber de resolver el conflicto a la luz de las reglas trazadas por la Carta Política. Esto en razón de que en la audiencia del programa hay menores de edad, así no se haya demostrado que la audiencia sea predominantemente infantil o adolescente.

Pages 303 130 720
Online 401
Vis. today 20 530
(http://www.histats.com/viewstats/?sid=1206326&cid=605)

Según se expuso en las secciones precedentes, el contenido específico de la libertad constitucional de expresión incluye ciertos elementos centrales a los que el juez de tutela debe prestar especial atención, principalmente la prohibición de la censura, el mandato conexo de estricta neutralidad estatal frente al contenido de las expresiones –que impide exigir a quien se expresa modificar o adaptar sus mensajes a lo ordenado por la autoridad-, y la admisibilidad de regulaciones de modo, tiempo y lugar que sean razonables y cumplan con los demás requisitos aplicables a las limitaciones constitucionales de la libertad de expresión. El juez constitucional, así, al ponderar los derechos en controversia y establecer una armonización concreta de su alcance, no debe obrar en forma tal que su decisión final equivalga a censura, interfiera sobre el contenido de las expresiones, o exija su adecuación a pautas por él fijadas. Así, por ejemplo, en los numerosos casos relativos al derecho a la rectificación, reseñados en los acápites correspondientes de la presente providencia, esta Corte se ha abstenido de ordenar que las afirmaciones que contraríen la honra o reputación de terceros sean censuradas o restringidas, ordenando en cambio que se genere un mayor nivel de discurso a través del derecho a la rectificación en condiciones de equidad, con cumplimiento de las demás condiciones trazadas por la jurisprudencia constitucional, que aluden no al contenido de la rectificación sino a las condiciones de modo, tiempo y lugar en que ésta se ha de cumplir.

En este orden de ideas, en el ámbito concreto de la ponderación de la libertad de expresión y los derechos de los niños, la experiencia comparada revela que existen múltiples alternativas

Pages 303 130 720
Online 696
Vis. today 20 530
(http://www.histats.com/viewstats/?sid=1206326&ccid=605)

los derechos de los niños, la experiencia comparada revela que existen múltiples alternativas de armonización que, sin interferir sobre el contenido de lo expresado, logran preservar los intereses constitucionalmente amparados de los menores de edad con el ejercicio de la libre expresión: así, por ejemplo, existen regulaciones de *tiempo* –de las cuales el establecimiento de franjas horarias en televisión es el ejemplo prototípico-, regulaciones *de modo* –como la supresión de la identidad de menores víctimas de delitos sexuales al informar sobre tales hechos- o regulaciones de *lugar* –mediante la exigencia de que en los establecimientos de comercio de venta de revistas y otros impresos haya un lugar separado y de dificil acceso en el cual se coloquen los materiales pornográficos cuyo consumo por los adultos es legítimo pero puede afectar los derechos constitucionales de menores de edad que se vean expuestos a ellos sin control-. Nota la Sala que la adopción de soluciones armónicas de este estilo por el juez constitucional no implica impedir la difusión de ciertos contenidos expresivos y por lo tanto no choca con la prohibición de la censura. Además, procede únicamente cuando del expediente del caso judicial surja nítidamente un conflicto constitucional a resolver; y las soluciones de armonización judicial de derechos en colisión no obstan para que en los foros deliberativos y democráticos donde se formulan las políticas públicas, principalmente el Congreso, se debata a profundidad el tema y se plasmen soluciones detalladas en instrumentos legales, respetuosas de la prohibición de la censura y demás elementos constitutivos del ámbito de aplicación de la libertad de expresión.

3. Identificación de los actos estatales que tienen incidencia sobre las libertades de expresión *stricto senso*, información y prensa.

Los siguientes son los actos estatales que tuvieron incidencia sobre el ejercicio de las libertades de expresión stricto senso, información y prensa de los distintos sujetos involucrados, como emisores o receptores, en el programa "El Mañanero de La Mega":

(a) La sentencia adoptada en primera instancia por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Primera, Sub-Sección B, el 25 de noviembre de 2003 (M.P. Carlos Enrique Moreno Rubio), dentro del proceso de acción popular promovido por la Fundación Un Sueño Por Colombia. Aunque este fallo fue objeto de un recurso de apelación y una posterior decisión en segunda instancia por el Consejo de Estado, la decisión de segunda instancia sólo modificó algunas de sus partes y dejó otras intactas, por lo cual continúa surtiendo efectos. La decisión adoptada limitó el ejercicio de las libertades mencionadas y ordenó lo siguiente: *"1) Ampárense los derechos colectivos a una eficiente prestación del servicio público de radiodifusión y derechos de los consumidores y usuarios de la radio colombiana. // 2) En consecuencia, ordénase: 2.1.) Al Ministerio de Comunicaciones cumplir con sus fun-*

Pages 303 130 720
Online 400
Vis. today 20 530
(http://www.histats.com/viewstats/?sid=1206326&ccid=605)

2) En consecuencia, ordénase: 2.1.) Al Ministerio de Comunicaciones cumplir con sus funciones de vigilancia y control, conforme lo dispuesto en la parte motiva. 2.2.) A Radio Cadena Nacional R.C.N. adecuar el contenido del programa "El Mañanero de La Mega" a la normatividad que regula la materia, con el fin de que los usuarios reciban un servicio de radiodifusión de calidad tanto a nivel de temas como de lenguaje". Si bien esta providencia no fue objeto de la acción de tutela que se estudia, la Sala analizará su contenido porque ello es necesario para comprender el alcance del fallo de segunda instancia adoptado, respecto de dicha sentencia, por el Consejo de Estado, el cual modificó parcialmente su contenido y no la revocó integralmente.

(b) La sentencia adoptada por el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, el 29 de julio de 2004 (M.P. Germán Rodríguez Villamizar), al conocer de la apelación interpuesta por ambas partes contra el fallo del Tribunal Administrativo de Cundinamarca que se acaba de reseñar. La decisión confirmó la sentencia de primera instancia, pero modificó algunos de sus fundamentos y ciertas órdenes. Por eso, ordenó lo siguiente: *"1) Ampárense los derechos colectivos a una eficiente prestación del servicio público de radiodifusión y derechos de los consumidores y usuarios de la radio colombiana. // 2) En consecuencia, ordénase: 2.1.) Al Ministerio de Comunicaciones cumplir con sus funciones de vigilancia y control, conforme lo dispuesto en la parte motiva. 2.2.) A Radio Cadena Nacional R.C.N. adecuar el contenido del programa "El Mañanero de La Mega" a la normatividad que regula la materia, con el fin de que los usuarios reciban un servicio de radiodifusión de calidad tanto a nivel de temas como de lenguaje"* Recuerda la Sala que en la parte motiva de la sentencia, el Consejo de Estado (i) invocó algunas normas que regulan el servicio de radiodifusión, concretamente aquellas que le definen como un servicio público de telecomunicaciones (D. 1447/95, art. 1), las que establecen que este servicio debe orientarse a difundir la cultura y afirmar los valores nacionales (Ley 74/66, art. 2), las que clasifican los tipos de programas radiales que pueden ser transmitidos (Ley 72/89 y D. 1900/90) y las que asignan a las telecomunicaciones el objetivo de fomentar el desarrollo del país y elevar el nivel de vida de sus habitantes (Ley 72/89 y D. 1900/90), así como aquellas normas que atribuyen facultades de inspección, vigilancia y sancionatorias al Ministerio de Comunicaciones en este ámbito; (ii) recordó que la libertad de expresión no es un derecho absoluto y está sujeto a limitaciones para preservar, entre otras, la moral pública y los derechos de los demás, (iii) afirmó que el mandato de pluralismo informativo justifica intervenciones estatales en la radiodifusión, (iv) tuvo en cuenta un dictamen pericial psicológico que afirmaba que "El Mañanero de La Mega", por su contenido sexualmente explícito e indecente, surtía un impacto negativo sobre su audiencia infantil y juvenil, (v) recordó que dicho programa también debe cumplir con las finalidades legales de la radiodifusión, que incluyen la difusión de la cultura y el afianzamiento de los valores nacionales, así como la educación de la audiencia, e (vi) invocó el derecho de la audiencia a recibir un servicio de radiodifusión de calidad cuyo contenido sea coherente con la función social de los medios de comunicación. El Consejo de Estado dijo que no estaba incurriendo en censura, que no estaba controlando el contenido de la programación o las preferencias de los locutores ni vulnerando la libertad de expresión, sino preservando el derecho de los usuarios a recibir una radiodifusión de calidad, haciendo

Pages 103 130 720
Online 400
Visit today 29 360
(http://www.histats.com/viewstats/?sid=12063268&ccid=505)

efectiva la responsabilidad social del medio de comunicación que transmitía "El Mañanero de La Mega", y preservando los derechos de terceros afectados por su emisión. Afirmó además que el Ministerio de Comunicaciones había incurrido en omisión en el cumplimiento de sus funciones de vigilancia y control del contenido del programa, permitiendo y tolerando la transmisión de contenidos contrarios a las normas que rigen la radiodifusión.

(c) La resolución 000810 del 29 de abril de 2005 adoptada por el Ministerio de Comunicaciones, imponiendo una sanción administrativa pecuniaria en cumplimiento del fallo del Consejo de Estado.

(d) La constitución y el funcionamiento de un comité de verificación del cumplimiento de los fallos adoptados en el curso del proceso de la acción popular interpuesta por la Fundación "Un Sueño por Colombia" con ocasión del programa "El Mañanero de La Mega", de conformidad con lo establecido en el artículo 34 de la Ley 472 de 1998, integrado por la fundación demandante, el Ministro de Comunicaciones y el Procurador Décimo Judicial ante el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, comité que debía velar por la correcta adecuación de los contenidos del programa.

En relación con cada una de estas actuaciones, es necesario establecer el cumplimiento de (a) la carga de las autoridades en el sentido de desvirtuar las presunciones constitucionales que amparan las expresiones transmitidas a través del programa "El Mañanero de La Mega", y

(b) los distintos requisitos constitucionales de las limitaciones a la libertad de expresión en sus diferentes manifestaciones. A continuación la Corte procederá a estudiar individualmente cada acto a la luz de tales cargas y requisitos.

4. Verificación del cumplimiento de los requisitos de las limitaciones sobre la libertad de expresión por cada uno de los actos controvertidos, y de la derrota de las presunciones constitucionales que protegen dicha libertad en cada caso concreto.

4.1. Fallo de primera instancia del Tribunal Administrativo de Cundinamarca dentro del proceso de acción popular.

Pages 303 130 720
Online 4
Vis. today 20 530
(http://www.histats.com/viewstats/?sid=1206326&ccid=605)

En el fallo del Tribunal Administrativo de Cundinamarca se efectúa un reproche, no del horario del programa, sino del contenido mismo de las expresiones divulgadas. Las órdenes impartidas también recaen directamente sobre el contenido de lo que se dice en el programa radial, no sobre las circunstancias de tiempo, modo o lugar, en lo que fuere pertinente. De tal forma que la decisión judicial tiene una incidencia alta en el ejercicio de la liberad de expresión, y para que las limitaciones establecidas sobre este derecho sean admisibles, deben respetar los requisitos constitucionales analizados anteriormente.

Entonces, ha de establecer la Sala si la limitación establecida sobre las libertades constitucionales que se ejercen a través del programa "El Mañanero de La Mega" por el fallo de primera instancia adoptado por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca el 25 de noviembre de 2003, reseñado en la sección 1.3.1. de la Sección I ("Antecedentes") de la presente providencia, cumplió con los requisitos aplicables, a saber: (1) estar prevista de manera precisa y taxativa por la ley, (2) perseguir el logro de ciertas finalidades imperativas definidas de manera concreta y específica, (3) ser necesaria para el logro de dichas finalidades, (4) ser posterior y no previa a la expresión, y (5) no constituir censura en ninguna de sus formas, lo cual incluye el requisito de guardar neutralidad frente al contenido de la expresión que se limita, y (6) no incidir de manera excesiva en el ejercicio de este derecho fundamental, es decir, ser proporcionada. Como se trata de una providencia judicial, la carga de demostración –definitoria, argumentativa y probatoria- de que se cumplieron tales requisitos se apreciará a partir de la motivación de la correspondiente sentencia. Como se indicó anteriormente, la providencia del Tribunal Administrativo de Cundinamarca no fue objeto de la acción de tutela que se estudia, pero la Sala abordará su análisis porque ello es necesario para comprender el alcance del fallo de segunda instancia adoptado, respecto de dicha sentencia, por el Consejo de Estado, el cual modificó solo parcialmente su contenido y no la revocó integralmente.

4.1.1. El fundamento legal preciso de la limitación establecida por el Tribunal Administrativo a las libertades de expresión stricto senso, información y prensa está ausente en la sentencia del Tribunal.

La medida adoptada por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca para limitar las libertades de expresión, información y prensa, carece de justificación constitucional suficiente para desvirtuar las presunciones que protegen las expresiones emitidas en "El Mañanero de La Mega", por dos razones: (a) se basó en derechos colectivos cuyo contenido y violación no fueron ni siquiera mencionados en la parte motiva de la providencia, como la moralidad pública –concepto abstracto que, de hecho, no corresponde a la moralidad administrativa que se protege legalmente como derecho colectivo en Colombia-, la defensa del patrimonio público –cuyo desmedro en ningún momento fue siquiera indicado y no guarda relación con los he-

Pages 303 130 720
Online 400
Vis. today 20 530
(http://www.histats.com/viewstats/?sid=1206326&ccid=605)

cuyo desmedro en ningún momento fue siquiera indicado y no guarda relación con los hechos del caso-, el patrimonio cultural de la nación –cuyos elementos integrantes no están presentes en las circunstancias fácticas que se han estudiado-, la seguridad pública –que no resultó amenazada por las transmisiones del programa restringido-, la salubridad pública –que tampoco fue involucrada siquiera tangencialmente por el caso- y los derechos de los consumidores y usuarios de radio en Colombia –cuyo contenido específico no fue explicado por el Tribunal-; y (b) no invocó ningún fundamento legal para impartir la orden que se dirigió al Ministerio de Comunicaciones, en el sentido de ejercer sus competencias para controlar directamente el contenido del programa "El Mañanero de La Mega" y "restringir el formato" a la luz de unos parámetros vagos como los mencionados. Las normas citadas en la parte motiva de dicha sentencia son únicamente las relacionadas con la educación sexual y contenidas en la Ley General de Educación, cuya aplicabilidad al caso concreto que se estudia es remota.

De esta forma, la medida adoptada por el Tribunal Administrativo no contaba con una previsión legal clara, expresa, taxativa, previa y precisa que definiera el límite a este derecho fundamental. No está dado el primer requisito al que han de sujetarse las limitaciones de la libertad de expresión para desvirtuar las presunciones que la amparan en un Estado Social y Democrático de Derecho.

4.1.2. *Las finalidades buscadas con la medida no fueron definidas como imperativas de manera concreta y específica.*

Por otra parte, el Tribunal Administrativo de Cundinamarca no señaló cuál era la finalidad imperiosa, concreta y específica que se buscaba materializar mediante la limitación de las libertades constitucionales que adoptó en su fallo. Si bien se mencionan a lo largo de la parte motiva diversos bienes, intereses, derechos y valores constitucionalmente protegidos, y aunque se alude a la enumeración de finalidades contenida en la Convención Americana de Derechos Humanos y el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, no hay en la motivación del Tribunal una demostración concreta de que estén dados los elementos, en este caso particular, para considerar que se ha presentado o bien una lesión de derechos de terceros, o bien una afectación de la moralidad pública que conlleva el desconocimiento de derechos fundamentales. En otras palabras, está ausente la definición concreta y específica de cuál es el interés público que se persigue mediante la limitación; no basta para llenar esta condición la mera referencia general a derechos de los menores de edad que podrían llegar a estar dentro de la audiencia. Al respecto, la sentencia tan sólo dice que "*el manejo de la sexualidad en los medios de comunicación tiene un impacto importante en la persona, en el sistema familiar, en el sistema educativo, y por lo tanto, en la sociedad",* que *"un presentador de farándula que expresa sus tendencias sexuales a través de un medio masivo de infor-*

Pages 303 130 720
Vis. today 20 530
(http://www.histats.com/viewstats/?sid=1206326&ccid=605)

dor de jurisprudencia que expresa sus tendencias sexuales a través de un medio masivo de información está transmitiendo una información distorsionada y parcializada que ataca de manera flagrante a quienes lo escuchan", y que *"Cuando un medio de comunicación haciendo uso del 'humor irreverente' acude a la sexualidad como gancho para atraer audiencia y no con el propósito explícito de informar y orientar sobre sexualidad, amenaza de manera evidente derechos de la colectividad".* El segundo elemento de la carga definitoria para justificar la constitucionalidad de esta limitación a la libertad de expresión está, así, ausente.

4.1.3. *Examen detallado de los elementos de la parte motiva que tuvo en cuenta el Tribunal Administrativo de Cundinamarca para llegar a su decisión, con miras a identificar aspectos que pudieran llegar a suplir las cargas incumplidas anteriormente señaladas.*

4.1.3.1. Observa esta Sala que el cumplimiento de las cargas definitoria, argumentativa y probatoria que compete a las autoridades que buscan limitar la libertad de expresión está ausente en el caso del fallo adoptado en primera instancia por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca: no invoca el fundamento legal de la limitación a establecer, ni la finalidad concreta y específica de carácter imperioso que con ella se persigue, ni las razones que señalan la necesidad de la medida a adoptar, ni su proporcionalidad, ni las pruebas en que se fundan las afirmaciones sobre la audiencia y el impacto del programa. Por respeto a la providencia judicial, ante la ausencia explícita de tales requisitos y cargas, es pertinente determinar si éstos se pueden inferir de los elementos decisivos de la parte motiva del fallo.

4.1.3.2. Una lectura detenida de la parte motiva del fallo del Tribunal Administrativo revela que, en primer lugar, éste declara su escándalo por el tono de los programas cuyas grabaciones fueron escuchadas[15], calificando el lenguaje allí expresado como *"soez"*, valorando la utilización de dicha terminología como "*evidente, indiscriminada e imprudente",* y describiendo el contenido sexual de los comentarios de los presentadores como *"distorsionado y prosaico"*; para proceder luego a invocar toda suerte de razones subjetivas para efectos de justificar su reproche intuitivo del contenido del programa, y establecer la medida restrictiva que se terminó por adoptar. Luego de esta descalificación inicial del lenguaje y el contenido del programa como soez, distorsionado y prosaico –sin detenerse a establecer si se trata de expresiones constitucionalmente protegidas o no-, el Tribunal siguió la línea de motivación plasmada en los puntos (a)-(s) siguientes – que la Corte examinará detenidamente en aplicación del control estricto de constitucionalidad que está llamada a ejercer, por tratarse de la justificación que dio un tribunal administrativo de la República para una limitación significativa de importantes libertades constitucionales-. Este análisis, como se dijo, apunta a verificar si en la motivación del fallo hay argumentos que puedan llegar a suplir el incumpli-

miento de los requisitos anteriormente mencionados.

Pages 303 130 720
Online 400
Vis. today 20 530
(http://www.histats.com/viewstats/?sid=1206326&ccid=605)

MOTIVACION – FALLO DE PRIMERA INSTANCIA DEL TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CUNDINAMARCA	
(a)	El programa objeto de la medida se caracteriza por usar un *"estilo de humor irreverente para la presentación de la información variada dentro del cual utiliza como pilar el tema de la sexualidad de los jóvenes"*.
(b)	El Ministerio de Comunicaciones tiene competencia para controlar, vigilar y sancionar a quienes transmitan información por radio[16], en el marco de sus funciones de regulación y control de la adecuada prestación de los servicios públicos de telecomunicaciones[17], y tiene *"la obligación de velar porque en su gestión se respete dicho régimen"*.
(c)	El control y vigilancia que está llamado a ejercer el Ministerio de Comunicaciones sobre los programas radiales *"debe abarcar de manera integral la forma y el contenido de las transmisiones radiales y por lo mismo debe tener en cuenta qué dice, cómo se dice y quién dice la información"*.
(d)	La transmisión de contenidos sexuales por los medios de comunicación tiene un impacto importante a nivel personal, familiar, educativo y social.[18]

(e)	La responsabilidad de la educación de los niños y jóvenes recae sobre la familia y el sistema educativo; pero también los medios masivos de comunicación, dentro de su ámbito de operancia, deben contribuir "*al fomento de valores relacionados con la concepción del ser humano y su sexualidad."* Todos los colombianos, especialmente quienes se expresan a través de los medios, están en el "deber moral" de "*orientar en la formación de los niños y jóvenes en general en busca de promover espacios de enseñanza para la familia y su entorno de manera que nos integremos de manera armónica a un sistema de valores en el cual sobresalga el orgullo de nuestra cultura, de nuestra idiosincrasia y nuestras costumbres."*
(f)	Los presentadores de programas radiales que expresan sus tendencias sexuales al aire transmiten *"una información distorsionada y parcializada que ataca de manera flagrante a quienes lo escuchan"*. Al hacerlo, "*además de ejercer su derecho a expresarse libremente al locu-*

Pages 303 130 720
Online 44
Vis. today 20 530
(http://www.histats.com/viewstats/?sid=1206326&ccid=605)

	cero, *además de ejercer su derecho a expresarse libremente el locutor está dejando de lado su deber de utilizar los medios de comunicación como instrumento para impulsar el desarrollo social del país para sobreponer intereses de índole personal que invaden la esfera de la intimidad de las personas a quienes se dirige".*
(g)	A pesar del lugar preferente que ocupan las libertades de expresión e información en el orden constitucional colombiano, no son derechos absolutos y, según ha expresado la Corte Constitucional en la sentencia C-010 de 2000, es susceptible de limitaciones para buscar las finalidades consagradas en la Convención Americana de Derechos Humanos y el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos[19], y en el caso de los medios de comunicación implica responsabilidad social.[20]
(h)	Por lo tanto, "*los programas radiales que transmiten informaciones y opiniones sobre ellos deben orientar a los autores de los distintos conceptos y comentarios que se emiten a fin de transmitir una cultura armónica, fiel a lo que somos, rica en valores, que no atropelle el idioma castellano."*
(i)	El director de dichos programas radiales debe velar por el cumplimiento de *"las obligaciones legales"*, y si no cumple su función, puede ser legalmente responsable, para hacer efectivas las normas que regulan la actividad de los medios y proteger a las personas afectadas de los ataques y agresiones injustificados que pueden haber recibido.[21]

(j)	La ley general de educación (Ley 115 de 1994) establece, entre otras, *"las características y condiciones del recurso humano encargado de formar en la sexualidad".* La educación debe ser una tarea fundamental de los medios de comunicación, por tener a su disposición herramientas idóneas para transmitir conocimientos y desarrollar el proceso de formación humana.[22]
(k)	"C*uando un medio de comunicación haciendo uso del 'humor irreverente' acude a la sexualidad como gancho para atraer audiencia y no con el propósito explícito de informar y orientar sobre sexualidad, amenaza de manera evidente derechos de la colectividad."* Esta amenaza se traduce en el incumplimiento de la obligación pedagógica de los medios de comunicación: "*Entonces, no es que se deba apagar la radio o cambiar el dial sino que se quieren escuchar despropósitos; es que los medios, así como los padres y la familia en general, deben es-*

Pages 303,130,720
Online 400
Vis. 220,450
(http://www.histats.com/viewstats/?sid=1206326&cid=605)

	tar sintonizados en la labor constante de educar, ya que no sería lógico decirle a un hijo que se tape los oídos si no quiere escuchar las agresiones de quien tiene la obligación de enseñarle". También refleja una falta de idoneidad en los agentes educadores, en este caso, los presentadores del programa radial: "*Es por esto que el agente educador debe ser una persona idónea, ha de poseer una personalidad estructurada, madura y responsable, equilibrio e integración de su propia sexualidad, claridad en sus valores y actitudes sexuales y conocimientos adecuados sobre sexualidad humana, con características de liderazgo, creatividad, iniciativa, sociabilidad, flexibilidad, autoaceptación y bienestar personal (PNES, Ministerio de Educación Nacional, 1999).*"
(l)	Se plantea un ejemplo hipotético de sintonización de un programa radial con contenidos sexuales en un bus escolar por la mañana, en el cual se describen las ventajas de la pornografía y se invita a la audiencia a probar actos homosexuales[23]. "*En este evento hay diferentes aspectos que aumentan la capacidad de penetración del medio, para el caso la radio como el hecho de llegar a la población de manera no selectiva sin distingos de edad, sexo, clase social, nivel ocupacional educativo y que se transmite en un horario en el que la persona se prepara para iniciar su jornada educativa, laboral, o en camino a esta, es decir, lo puede escuchar.*"
(m)	"Lo ideal" en estos casos, sería que el locutor fuera consciente de su responsabilidad, como agente educador, sobre lo que transmite y el impacto que sus expresiones surten.[24]

(n)	El Tribunal no cuestiona las tendencias personales de los presentadores, sino la amenaza que representa para niños y jóvenes la forma como éstos las expresan[25]
(o)	Se indica que, según la ley de educación, la sociedad también es responsable del proceso educativo, y se reseñan las características que según dicha ley, debe tener la educación sexual.[26]
(p)	Según el dictamen pericial que tuvo en cuenta el Tribunal, el programa refuerza los valores "inadecuados" en el proceso de desarrollo de la juventud que lo recibe, por la forma "unilateral" como se transmite la información a través de dicho programa, por la popularidad social del programa y por el efecto de "modelamiento" e "imitación" que generan los presentadores en la conducta de la audiencia juvenil.[27]

	los presentadores en la conducta de la audiencia juvenil.
(q)	Por lo tanto, es claro para el Tribunal que los medios de comunicación son responsables por la transmisión de información *"eficaz, apta para jóvenes y niños que se están formando en valores y que necesita ser bien orientados"*, y también es claro que el Ministerio de Comunicaciones ha omitido cumplir "*su función de vigilancia y control permitiendo la consecución de espacios radiales nocivos para una audiencia indefensa ante los medios de comunicación."*

Pages 303 130 720
Online 400
Vis. Today 29 530
(http://www.histats.com/viewstats/?sid=1206326&cid=605)

(r)	En consecuencia, la acción popular promovida contra el programa "El Mañanero de La Mega" ha de prosperar "*en lo que corresponde a la protección de los derechos colectivos a la moralidad pública, defensa del patrimonio público, patrimonio cultural de la nación, seguridad y salubridad pública y de los consumidores y usuarios de radio en Colombia por lo que así se declarará."* Se ordenará, por lo tanto, "*al Ministerio de Comunicaciones adelantar las gestiones necesarias para garantizar el respeto a la moral pública, las buenas costumbres, los valores, la integridad física y psíquica de la sociedad amenazada en los derechos colectivos anteriormente citados de que han sido objeto por parte del programa radial 'El Mañanero de la Mega'."* La medida final a adoptar se describe así: "*En consecuencia, en el término de cuarenta y ocho (48) horas contadas a partir de la ejecutoria de esta sentencia el Ministerio de Comunicaciones estará en la obligación de iniciar la correspondiente investigación que determine si se debe o no restringir el formato utilizado por la sociedad R.C.N. en la emisión del*

Pages 303 190 720
Online 400
Vis. today 20 530
(http://www.histats.com/viewstats/?sid=1206326&ccid=605)

	restringir el formato utilizado por la sociedad R.C.N. en la emisión del programa radial 'El Mañanero de La Mega', en especial la forma como transmiten información referente al sexo los señores Alejandro Villalobos Mejía, Mauricio Duque Jaramillo, Alexandra Mariño Rico y Alejandra Azcárate Naranjo y si es del caso imponer las sanciones que en derecho correspondan, ejerciendo para tales efectos las funciones de inspección, control, vigilancia y sancionatoria de las cuales se entra investido (sic). // Lo anterior con el objeto de determinar la responsabilidad por la conducta desplegada por sus presentadores en las condiciones y bajo los parámetros de orden constitucional y legal establecidos y determinados en la parte motiva de esta sentencia, los cuales está en la obligación de hacer cumplir a cabalidad."
(s)	Por último, la Sala reitera que las condiciones en cuestión *"están relacionadas con la implementación de los procedimientos de información que orienten la formación de los niños y jóvenes en general en busca de promover espacios de enseñanza para la familia y su entorno de manera que se integre de manera armónica a un sistema de valores en el cual sobresalga el orgullo de nuestra cultura idiosincrasia y costumbres"*, y que "*la implementación de tales procedimientos deberá ser adelantada en forma permanente por el Ministerio de Comunicaciones, como autoridad competente".*

4.1.3.3. Como se infiere a partir del anterior cuadro analítico, el cumplimiento de las cargas argumentativa, definitoria y probatoria por el Tribunal Administrativo para efectos justificar la gravosa limitación que efectivamente estableció sobre las libertades constitucionales afectadas es, a todas luces, *inexistente.* De tal forma, el análisis de la parte motiva no reveló aspectos que pudieran llegar a suplir el incumplimiento de los requisitos constitucionales señaladas en los párrafos 3.1.1. y 3.1.2. de la presente sentencia. Por el contrario, la Sala observa que, individualmente consideradas, las distintas proposiciones que configuran esta motivación tienen serios problemas de constitucionalidad, si se les examina a la luz de la doctrina plasmada en los capítulos precedentes de esta providencia. Entonces, lejos de suplir la carga de desvirtuar las presunciones que amparan las expresiones emitidas por el programa radial, las afirmaciones centrales de la motivación ponen de presente que la sentencia se fundamentó en apreciaciones personales de los magistrados, derivadas de su visión subjetiva sobre lo que deberían ser los programas radiales con audiencia de jóvenes, que ellos asumen está conformada predominantemente de menores de edad. Dada la trascendencia del tema, la Sala se detendrá en algunas de estas afirmaciones.

4.1.3.3.1. Es cierto, como se afirma en la proposición (a), que el programa "El Mañanero de La Mega" utiliza un estilo humorístico irreverente, y que con ese tono presenta información

Pages: 3[illegible]
Online 400
Vis. today 20 530
(http://www.histats.com/viewstats/?sid=1[illegible]&ccid=605)

variada. **No** es cierto que este programa, en dicho tono jocoso, utilice como pilar la sexualidad de los jóvenes. El hecho de que dentro de la amplia gama de contenidos de entretenimiento, informativos, musicales, comerciales y pedagógicos que se transmiten a través del programa "El Mañanero de La Mega" se incluyan, en forma notoria y chocante, ciertos contenidos sexualmente explícitos, no se puede convertir en fundamento de una afirmación general, como la que efectuó el Tribunal, sobre el contenido de este programa. Al momento de apreciar las expresiones que pueden ser susceptibles de limitaciones para preservar bienes de valor constitucional, las autoridades de un Estado Social de Derecho deben esforzarse por ser particularmente **precisas, minuciosas y cuidadosas** en sus valoraciones y conclusiones fácticas y jurídicas; efectuar una afirmación general de este talante sobre un programa radial que se pretende limitar, desconociendo la especificidad y diversidad de sus contenidos y la proporción específica que, dentro de ellos, ocupan las expresiones sexualmente explícitas o indecentes, riñe con este deber de precisión y, por lo tanto, contradice las cargas argumentativa, definitoria y probatoria que pesan sobre las autoridades en estos casos. Más aún, resalta la Sala que *tanto el tono humorístico al que han recurrido los presentadores del programa ocasionalmente para referirse a estos temas, como sus expresiones sexualmente explícitas, indecentes, escandalosas o chocantes, gozan en principio de protección constitucional bajo el artículo 20 Superior*, por lo cual estos rasgos no pueden ser, en sí mismos, motivo de reproche ni mucho menos de censura – reproche que subyace a la forma como el Tribunal Administrativo se aproximó a las expresiones transmitidas por "El Mañanero de La Mega".

4.1.3.3.2. Es cierto, como se afirma en la proposición (b), que el Ministerio de Comunicaciones tiene competencias regulatorias y de inspección y vigilancia sobre la radio en Colombia, tanto en su aspecto de servicio público como en su aspecto de medio de comunicación masiva sujeto a la intervención del Estado, por los fines de interés público que satisface. Sin embargo, es a todas luces inconstitucional afirmar, como se hace en la proposición (c), que el

control que este Ministerio está llamado a ejercer sobre la radio *"debe abarcar de manera integral la forma y el contenido de las transmisiones radiales y por lo mismo debe tener en cuenta qué dice, cómo se dice y quién dice la información"*. Por las razones explicadas en todo detalle en los capítulos anteriores de esta sentencia, conferir a una autoridad estatal este tipo de poderes de intervención sobre el contenido de las expresiones constitucionalmente protegidas equivaldría a legitimar la censura, la represión y la imposición de modos oficiales de pensamiento sobre los ciudadanos, ya que precisamente el *qué*, el *cómo* y el *quién* de un acto expresivo determinado son algunos de los aspectos amparados por el ámbito de protección de los derechos fundamentales en juego. Las únicas limitaciones posibles a las libertades de expresión, información y prensa protegidas por el artículo 20 de la Constitución, son aquellas que cumplen con las condiciones enunciadas en esta sentencia, para efectos de materializar, en casos concretos, finalidades imperativas de interés público, con estricta neutralidad frente al contenido y acatamiento de la proscripción absoluta de la censura.

Pages: 303 180 125
Online: 400
Vis. today: 20 530
(http://www.histats.com/viewstats/?sid=1206326&cid=605)

4.1.3.3.3. Es cierto que, según afirma la proposición (d), la transmisión de expresiones de contenidos sexuales a través de los medios surte impactos importantes a distintos niveles. Sin embargo, este impacto no se puede asumir de entrada como negativo, puesto que los contenidos sexualmente explícitos también son susceptibles de expresarse de forma positiva, constructiva y pedagógica, y no existen títulos constitucionales para limitarlos en estos casos. Por ello, no es cierto que, según establece la proposición (f), los presentadores de programas radiales que expresen sus preferencias sexuales al aire estén transmitiendo informaciones distorsionadas o parcializadas que constituyen, per se, ataques a la audiencia. Esta es una apreciación subjetiva, formulada desde una subjetividad especialmente sensible a las expresiones personales de contenido sexual, que no se puede generalizar como criterio de juicio sobre la validez constitucional de tales expresiones, ni mucho menos validar como justificación para establecer una limitación sobre su alcance.

4.1.3.3.4. Llama la atención de la Corte, por constituir un desconocimiento abierto y *sui generis* de la libertad de expresión, el que el Tribunal Administrativo asemeje a los presentadores de programas radiales a educadores sexuales de su audiencia juvenil e infantil. En efecto, en las proposiciones (e), (f), (j), (k) y (m), se asume que quienes expresan contenidos sexualmente explícitos al aire asumen la posición, los deberes y las responsabilidades de quienes imparten en forma profesional educación sexual a los menores de edad. A través de esta equiparación, el Tribunal atribuye a quienes emiten sus expresiones de contenido sexual ciertos *deberes* inconstitucionalmente vagos e indeterminados que claramente no les corresponde asumir a quienes no tienen la condición específica de educadores sexuales, como los de *"contribuir al fomento de valores relacionados con la concepción del ser humano y su sexualidad"* -proposición (e)-, cumplir con el deber moral de *"orientar en la formación de los niños y jóvenes en general en busca de promover espacios de enseñanza para la familia y su entorno de manera que nos integremos de manera armónica a un sistema de valores en el cual sobresalga el orgullo de nuestra cultura, de nuestra idiosincrasia y nuestras costumbres"* –curiosa invocación nacionalista incluida en la proposición (e)-, asumir el deber de *"utilizar los medios de comunicación para impulsar el desarrollo social del país"* –proposición (f)-, y cumplir con la carga de "*orientar a los autores de los distintos conceptos y comentarios que se emiten a fin de transmitir una cultura armónica, fiel a lo que somos, rica en valores, que no atropelle el idioma castellano"* –proposición (h)-.

Para la Corte Constitucional, al no serles atribuibles estas obligaciones a quienes expresan contenidos sexuales al aire -por no ser necesariamente educadores sexuales en el sentido estricto de esta categoría-, el razonamiento del Tribunal, consistente en señalar el incumplimiento de dichas obligaciones como fundamento para restringir las expresiones difundidas en "El Mañanero de La Mega", carece por completo de sustento jurídico, y equivale a una decisión arbitraria y subjetiva que limita inconstitucionalmente las libertades de expresión stricto senso, información y prensa. En particular, carecen de sustento las afirmaciones si-

guientes contenidas en las proposiciones (k) y (m):

Online 400
Vis. today 20 530
(http://www.histats.com/viewstats/?sid=1206326&ccid=605)

- "C*uando un medio de comunicación haciendo uso del 'humor irreverente' acude a la sexualidad como gancho para atraer audiencia y no con el propósito explícito de informar y orientar sobre sexualidad, amenaza de manera evidente derechos de la colectividad."* Por el contrario, resalta la Sala que quien hace uso de un discurso sexualmente explícito, sea a través de los medios de comunicación masivos o no, no debe hacerlo con el propósito exclusivo de informar y orientar sobre la sexualidad a sus oyentes. Este es un propósito legítimo y loable, pero no es bajo ningún punto de vista el único que se puede perseguir al usar expresiones de contenido sexual; éstas son, independientemente de sus finalidades, formas de discurso constitucionalmente protegidas cuyo uso no impone deberes de educador sexual al emisor. Además, prohibir ciertos contenidos o restringir el formato de un programa radial con base en el motivo que animó al emisor de las expresiones –"gancho para atraer audiencia"- está lejos de cumplir la carga probatoria constitucionalmente exigida y se asemeja a un acto de censura de las expresiones que personalmente el juzgador estima chocante.

- "*Entonces, no es que se deba apagar la radio o cambiar el dial sino que se quieren escuchar despropósitos; es que los medios, así como los padres y la familia en general, deben estar sintonizados en la labor constante de educar, ya que no sería lógico decirle a un hijo que se tape los oídos si no quiere escuchar las agresiones de quien tiene la obligación de enseñarle".* Independientemente de su insuficiencia probatoria en cuanto al impacto agresivo, resalta la Corte que quienes expresan contenidos sexuales a través de los medios de comunicación no asumen por ello la obligación de enseñar contenidos propios de la educación sexual a sus oyentes. Afirmar lo contrario, y atribuir estas cargas a quien ejerce una libertad constitucional, equivale a desconocer el artículo 20 Superior.

- "*Es por esto que el agente educador debe ser una persona idónea, ha de poseer una personalidad estructurada, madura y responsable, equilibrio e integración de su propia sexualidad, claridad en sus valores y actitudes sexuales y conocimientos adecuados sobre sexualidad humana, con características de liderazgo, creatividad, iniciativa, sociabilidad, flexibilidad, autoaceptación y bienestar personal (PNES, Ministerio de Educación Nacional, 1999)."* Estas cualidades, predicables de los educadores sexuales, no son constitucionalmente exigibles a quienes, careciendo de esta profesión, expresan contenidos sexualmente explícitos a través de un medio de comunicación. De lo contrario, se abriría paso a la censura de los comunicadores que el juez estime que no son "estructurados o maduros".

- "*Lo ideal sería que el locutor o presentador de información fuera conciente de su papel de agente educador, modelo y ejemplo de quienes lo escuchan, responsable de lo que transmite*

Pages 305 130 720
Origin 409
Vis. today 20 530
(http://www.histats.com/viewstats/?sid=1206326&ccid=605)

agente educador, modelo y ejemplo de quienes lo escuchan, responsable de lo que transmite, de la forma en que lo transmite y a quien lo transmite, ya que no es suficiente con decir que esa información debe ser escuchada en compañía de adultos responsables." Por el contrario, por las razones reiteradas anteriormente, resalta la Sala que quien ejerce sus libertades constitucionales de expresión stricto senso, información y prensa, no ha de asumir por ello cargas pedagógicas, definidas a partir del ideal personal del juzgador, que no le compete soportar y que, al ser ajenas al ámbito de sus deberes constitucionales, configuran limitaciones excesivas e injustificadas del derecho protegido por el artículo 20 de la Carta.

4.1.4. *Test de necesidad y proporcionalidad.*

Dado que no están presentes en el caso ni una definición legal precisa y clara de las limitaciones adoptadas por el Tribunal Administrativo, ni una concreción específica de los intereses públicos que se busca materializar mediante su establecimiento, la Sala considera improcedente detenerse a examinar la necesidad de la limitación en cuestión, ni su proporcionalidad.

4.2. Sentencia de segunda instancia del Consejo de Estado

A continuación, debe determinar la Sala si el Consejo de Estado, en el fallo de segunda instancia adoptado el 29 de julio de 2004 al conocer de la apelación interpuesta por ambas partes contra el fallo del Tribunal Administrativo de Cundinamarca, dio cumplimiento a las cargas argumentativa, definitoria y probatoria que le competen para desvirtuar las presunciones constitucionales que amparan las expresiones de "El Mañanero de La Mega", y si satisfizo las condiciones constitucionales predicables de las limitaciones a la libertad de expresión: (1) estar prevista de manera precisa y taxativa por la ley, (2) perseguir el logro de ciertas finalidades imperativas definidas de manera concreta y específica, (3) ser necesaria para el logro de dichas finalidades, (4) ser posterior y no previa a la expresión, y (5) no constituir censura en ninguna de sus formas, lo cual incluye el requisito de guardar neutralidad frente al contenido de la expresión que se limita, y (6) no incidir de manera excesiva en el ejercicio de este derecho fundamental, es decir, ser proporcionada.

4.2.1. Fundamento legal de la limitación adoptada por el Consejo de Estado a las libertades

7.2.1. Fundamento legal de la limitación adoptada por el Consejo de Estado a las libertades de expresión stricto senso, información y prensa

Pages 303 130 720
Online 400
Vis. today 20 530
(http://www.histats.com/viewstats/?sid=1206326&ccid=605)

En primer lugar, la Sala considera que la medida adoptada por el Consejo de Estado en el fallo de segunda instancia carece, en cuanto a su contenido específico, de un fundamento legal claro, expreso, taxativo, previo y preciso. Si bien el Consejo de Estado en la parte inicial de su razonamiento invoca diversas normas aplicables al servicio de radiodifusión, ninguna de ellas, ni las que establecen las finalidades vagas a las que ha de apuntar dicho servicio ni las que atribuyen funciones de inspección, vigilancia, control y sanción al Ministerio de Comunicaciones, contemplan con el grado de precisión y claridad requerido la adopción de una medida de limitación como la que se ordenó en la sentencia de segunda instancia – a saber, la modificación del contenido del programa con el concurso de las autoridades para efectos de preservar el cumplimiento de las finalidades vagas de afianzar la cultura y los valores de la nacionalidad colombiana. Tampoco se puede concluir que exista una previsión legal de esta medida, con las características reseñadas, en las normas genéricas que atribuyen al Gobierno facultades de inspección, vigilancia y control sobre el servicio público de radiodifusión. Estas competencias generales no bastan para fundamentar la adopción de una medida directamente restrictiva de los contenidos comunicativos, como la que se estudia.

Ahora bien, como se señaló anteriormente, el ordenamiento colombiano no provee a la fecha una norma legal que consagre, con el grado de especificidad exigido por la Carta Política, las reglas a aplicar cuandoquiera que se presente una colisión entre el ejercicio de la libertad de expresión a través de un medio de comunicación como la radio, con contenidos sexualmente explícitos, soeces o chocantes, y los derechos de los menores de edad potencialmente incluidos en su audiencia. También se señaló que la falta de una norma legal específica a aplicar

en estos eventos no obsta para que los jueces sigan el método de ponderación entre los derechos en colisión para lograr su maximización armónica. Aprecia la Sala Segunda de Revisión que el Consejo de Estado procedió en este sentido al examinar la sentencia de primera instancia adoptada por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca dentro del proceso de acción popular que se estudia, e identificó claramente los derechos constitucionales que estaban en conflicto. Al margen de las discrepancias que pudieran plantearse respecto de algunos aspectos del argumento de la parte motiva de la sentencia del Consejo de Estado, aspecto distinto al cual no se hará referecia, para la Sala Segunda de Revisión este curso de razonamiento globalmente considerado es constitucionalmente legítimo, y se tradujo en la parte resolutiva del fallo de segunda instancia en dos consecuencias que cabe resaltar. En primer lugar, el Consejo de Estado modificó la decisión adoptada por el Tribunal Administrativo en cuanto a los derechos colectivos objeto de proteccion – mientras que el Tribunal amparó los derechos a "*a la moralidad pública, defensa del patrimonio público, patrimonio cultural de la nación, seguridad y salubridad pública y de los consumidores y usuarios de radio en Colombia",* el Consejo de Estado protegió *"los derechos colectivos a una eficiente prestación del servicio público de radiodifusión y derechos de los consumidores y usuarios de la radio*

Pages 303,130,720 Online 400 (http://www.histats.com/viewstats/?sid=1206326&id=1605) 20,630

colombiana". Esto muestra que el Consejo de Estado no aceptó que el Tribunal restringiera la libertad de expresión a partir de conceptos muy indeterminados y de bases legales que no cumplen de manera manifiesta con los criterios de especificidad y precisión antes mencionados para servir de fundamento de las limitaciones que impuso el Tribunal a la libertad de expresión. En segundo lugar, el Consejo de Estado decidió proteger derechos colectivos bajo cuya formulación subsumió los derechos de los niños potencialmente incluidos dentro de la audiencia del programa, dado que los niños son potenciales consumidores y usuarios de la radio colombiana; con ello demostró su observancia del mandato constitucional de prevalencia de los derechos de los niños, y cumplió con su deber como administrador de justicia de prestar especial atención a su salvaguarda en casos de colisión con otros derechos. Sin embargo, la *manera concreta* mediante la cual se materializó este amparo de derechos colectivos contraría en criterio de la Sala la Constitución Política, en la medida en que para proteger estos derechos se ordenó que se adecuara el contenido del programa "El Mañanero de La Mega" a la normatividad que regula el servicio de radiodifusión, "*con el fin de que los usuarios reciban un servicio de radiodifusión de calidad tanto a nivel de temas como de lenguaje"* – medida que constituye una interferencia directa de la autoridad con el contenido de la expresión, desconociendo la regla de neutralidad frente al contenido y apelando a una noción de "calidad" que, en su definición vaga e indefinida, contraría el requisito de especificidad que debe caracterizar todo título jurídico de limitación de la libertad de expresión.

En otras palabras, para la Sala Segunda de Revisión de la Corte Constitucional el Consejo de Estado, en el fallo de segunda instancia que se estudia, procedió de manera acorde con la Carta Política al aplicar, en ausencia de una norma legal específicamente aplicable a la resolución del conflicto entre derechos constitucionales sujeto a su decisión, un enfoque interpretativo para resolver la colisión entre la libertad de expresión y los derechos de los niños; pero desconoció la Carta Política al ordenar, en aras de lograr esta finalidad constitucionalmente legítima, la adopción de medidas que afectan directamente el contenido de las expresiones, excluyen ciertos lenguajes y son contrarias a la prohibición constitucional de la censura y, en esa medida, lesivas de la libertad de expresión.

Adicionalmente, la decisión adoptada por el Consejo de Estado, que se tradujo en la convalidación de la orden impartida por el Tribunal Administrativo en el sentido de crear un comité de seguimiento del cumplimiento de estas decisiones judiciales, constituye una violación de la prohibición constitucional de la censura por dar pie a un mecanismo de control continuo sobre el contenido de las expresiones transmitidas a través de "El Mañanero de La Mega" que desconoce, por lo mismo, las prohibiciones constitucionales ampliamente descritas en capítulos precedentes de esta sentencia.

4.3. Existencia y límites de la [illegible] del Consejo de Estado

4.3. Existencia de vías de hecho en una parte de la decisión del Consejo de Estado, por violación directa del artículo 20 de la Constitución.

Pages 309 130 120
Online 400
Vis. today 20 530
(http://www.histats.com/viewstats/?sid=1206326&ccid=605)

4.3.1. Ha quedado demostrado, en las secciones precedentes, que el Consejo de Estado, al establecer a través de los medios antes mencionados limitaciones sobre las libertades de expresión stricto senso, información y prensa que se ejercían a través del programa "El Mañanero de La Mega" sin cumplir con las condiciones constitucionales para ello, desconocieron directamente el artículo 20 de la Carta Política.

4.3.2. En copiosa jurisprudencia esta Corte ha aceptado que la acción de tutela procede contra decisiones judiciales cuando éstas constituyan vías de hecho violatorias de la Constitución Política; y que existe una vía de hecho, entre otros supuestos, cuando la decisión de un juez de la República es manifiestamente violatoria de una disposición constitucional, en forma directa. Esta es la hipótesis a la cual se enfrenta la Corte en el caso presente.

A este respecto, como se señaló al inicio de la parte motiva de esta providencia, la jurisprudencia Constitucional ha explicado que es procedente la acción de tutela contra decisiones judiciales únicamente en las hipótesis excepcionales en las que éstas incurran en vías de hecho, es decir, *"cuando se establezca que la decisión es el resultado directo de una actuación por fuera del ordenamiento jurídico que la despoja de su carácter y la convierte en una vía de hecho del juez"*[28], vía de hecho que se caracteriza por ser *"una transgresión protuberante y grave de la normatividad que regía el proceso dentro del cual se profirió la providencia objeto de acción, a tal punto que, por el desconocimiento flagrante del debido proceso o de otras garantías constitucionales, hayan sido vulnerados materialmente por la providencia misma los derechos fundamentales del accionante. // Esto significa que la vía de hecho es en realidad el ejercicio arbitrario de función judicial, en términos tales que el fallador haya resuelto, no según la ley -que por tanto, ha sido francamente violada- sino de acuerdo con sus personales designios"*[29]. En cuanto al caso concreto de las vías de hecho por defecto sustantivo, como se explicó, éstas se configuran cuando la decisión judicial atacada resulta directamente lesiva de un derecho fundamental.

En este caso se ha demostrado que la sentencia del Consejo de Estado, en cuanto al medio escogido por él para proteger los derechos colectivos, ha desconocido las libertades de expresión stricto senso, información y prensa protegidas en el artículo 20 de la Constitución, en la medida en que desconoció abiertamente la regla de neutralidad de las actuaciones estatales frente al contenido de las expresiones al ordenar directamente la adecuación de los

Pages: 303 130 720
Vis. today: 20 530
(http://www.histats.com/viewstats/?sid=1206326&ccid=605)

tales frente al contenido de las expresiones al ordenar directamente la adecuación de los contenidos del programa radial, en contravía de la jurisprudencia, e incumplió los requisitos constitucionales que han de satisfacer las limitaciones de la libertad de expresión señalados en precedentes constitucionales vinculantes. Adicionalmente, al haber dejado surtiendo efectos la decisión del Tribunal Administrativo de ordenar la constitución de un comité de verificación de la adecuación del contenido del programa "El Mañanero de La Mega" a los criterios indicados en forma vaga en sus providencias, el Consejo de Estado mantuvo en parte la firmeza de una decisión judicial manifiestamente violatoria de la prohibición constitucional de la censura.

4.3.3. En consecuencia, el medio elegido en el fallo de segunda instancia del Consejo de Estado para materializar la protección de los derechos por él amparados, dentro del proceso de acción popular promovido por la "Fundación Un Sueño por Colombia" contra el programa "El Mañanero de La Mega", constituye una vía de hecho sustantiva por violación directa del artículo 20 que garantiza la libertad de expresión protegida por nuestra Constitución.

Sin embargo, la configuración de una vía de hecho en el medio escogido por el fallo de segunda instancia proferido por el Consejo de Estado no implica que la Corte deba dejar sin efectos la totalidad de esta decisión, ya que según se demostró en el apartado 3.2.2., el Consejo de Estado procedió en forma consistente con la Carta Política al modificar la decisión del Tribunal en ciertos aspectos, y en ausencia de una norma legal específicamente aplicable a la resolución del conflicto entre derechos constitucionales sujeto a su decisión, seguir un método interpretativo para resolver la colisión entre la libertad de expresión y los derechos de los consumidores y usuarios de la radio, todo ello con la finalidad legítima de proteger los derechos de los niños; pero vulneró directamente el artículo 20 de la Constitución al ordenar, en aras de lograr esta finalidad constitucionalmente legítima, la adopción de medidas que desconocieron la prohibición constitucional de controlar los contenidos mismos de lo expresado y que excluyen de manera absoluta cualquier forma de censura.

Por lo tanto, en la presente providencia únicamente se dejará sin efectos la medida concreta mediante la cual el Consejo de Estado materializó la protección que otorgó a los derechos colectivos protegidos en su fallo, plasmada en el numeral 2º de la parte resolutiva del mismo[30]; en esa misma medida, lo dispuesto en el numeral 1º de dicha parte resolutiva mantiene la plenitud de sus efectos, al igual que el resto de la sentencia en aquello ajeno a la medida plasmada en el numeral 2 de la parte resolutiva.

Es necesario recordar en este punto que en la acción de tutela que dio origen al presente pro-

Pages 303 130 720
Online 480
Vis. today 20 530
(http://www.histats.com/viewstats/?sid=1206326&cid=605)

Es necesario recordar en este punto que en la acción de tutela que dio origen al presente proceso se alude a la existencia de diversas vías de hecho. Así, se afirma que la decisión del Consejo de Estado incurrió en error sustantivo (por violación del art. 20 Superior y del principio constitucional de igualdad) y en defecto probatorio. Si bien el actor presenta argumentos para sustentar la configuración de las vías de hecho por defecto sustantivo (derivado de la violación del artículo 13 de la Carta) y por defecto probatorio, la Sala advierte, como se hizo al inicio de esta providencia al formular los problemas jurídicos a resolver, que el demandante de tutela en este caso perseguía un mismo objetivo central, a saber, lograr el amparo constitucional del derecho de RCN y de quienes participan en el programa "El Mañanero de La Mega" a expresarse libremente, sin interferencia de las autoridades. Habiéndose con la conclusión a la cual se ha llegado en la presente sentencia satisfecho precisamente este objetivo, a saber, la protección del ejercicio de la libertad de expresión a través del programa radial en cuestión, al haberse determinado que existió una vía de hecho por el desconocimiento directo del artículo 20 Superior por las actuaciones judiciales y administrativas que se examinan, es innecesario a la luz del principio de prevalencia del derecho sustancial (art. 228, C.P.) efectuar un estudio detallado sobre la posible existencia de las demás vías de hecho alegadas.

4.3.4. Es pertinente recordar que, de conformidad con la jurisprudencia de esta Corporación, las acciones populares cuentan con un régimen específico para la protección de los derechos colectivos, y prevalecen sobre la acción de tutela cuando se trata de proteger derechos de esta índole. Sin embargo, también ha explicado esta Corte que la especificidad del régimen de las acciones populares, así como la prevalencia de estas vías procedimentales para la protección de los derechos colectivos, no obstan para que sea procedente la acción de tutela en casos en los que se demuestre que ha existido, en el contexto de la vulneración o amenaza de un derecho colectivo, una afectación de derechos fundamentales específicos.[31] En igual sentido, el carácter especial del régimen de las acciones populares, y la preferencia de estas acciones sobre otras vías procesales para efectos de lograr la protección de derechos colectivos, no obstan para que sea procedente la acción de tutela como medio de protección judicial de derechos fundamentales concretos y específicos que resulten afectados, amenazados o lesionados con motivo de las actuaciones judiciales adelantadas al dar curso y decidir una acción popular. En tanto jueces de la República, los funcionarios jurisdiccionales que conocen de las acciones populares también están sujetos a la primacía de los derechos fundamentales (art. 5, C.P.), por lo cual sus decisiones, en la medida en que constituyan vías de hecho con incidencia sobre derechos fundamentales, están sometidas al control del juez de tutela, sin que se puedan invocar la primacía o especificidad de las acciones populares para efectos de sustraerlas de dicho control –ya que el objeto del control de tutela es preservar los derechos fundamentales, no los derechos colectivos-. De igual forma, la existencia de un régimen legal y procesal específico para las acciones populares, no obsta para que en materia de interpretación de la Constitución, y en particular de los derechos fundamentales, sea la Corte Constitucional el órgano de cierre, por mandato expreso de la Carta (art. 241, C.P.).

Pages 303 130 720
Online 400
Vis. today 20 530

4.4. Inconstitucionalidad por consecuencia de la medida sancionatoria adoptada por el Ministerio de Comunicaciones y del comité de verificación del fallo de acción popular.

Se ha demostrado en el expediente que, como consecuencia de los fallos adoptados en el proceso de acción popular, se adoptaron dos medidas consecuenciales que han incidido directamente sobre el ejercicio de las libertades de expresión stricto senso, información y prensa a través de "El Mañanero de La Mega": (a) la imposición de una sanción pecuniaria a la sociedad concesionaria de la frecuencia por la que se transmite "El Mañanero de La Mega" por parte del Ministerio de Comunicaciones, en estricto cumplimiento del fallo del Consejo de Estado, mediante Resolución 000810 del 29 de abril de 2005; y (b) la constitución de un comité encargado de verificar el cumplimiento del fallo de primera instancia adoptado por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca.

Dado que las decisiones judiciales con base en las cuales se adoptaron estas dos medidas han sido declaradas contrarias a la libertad de expresión protegida por el artículo 20 superior, considera la Sala procedente sustraer los efectos tanto de la resolución sancionatoria como de la constitución del comité mencionado, por cuanto éstos dos mecanismos constituyen interferencias con las libertades constitucionales que se tutelarán en la presente providencia, que participan del carácter inconstitucional de los fallos que les dieron origen.

Por lo tanto, la Sala ordenará dejar sin efectos tanto la Resolución 000810 de 2005 del Ministerio de Comunicaciones, como los actos jurídicos que se hubieren producido para efectos de permitir la constitución y funcionamiento del comité de verificación del fallo de primera instancia adoptado en el proceso de acción popular.

5. Síntesis de la *ratio decidendi* de la presente decisión

5.1. La importancia trascendental de la libertad de expresión dentro del orden constitucional colombiano tiene cuatro consecuencias principales: (a) una presunción de cobertura de toda expresión por el ámbito de protección de esta libertad fundamental, (b) una sospecha de inconstitucionalidad respecto de cualquier limitación o regulación estatal de su ejercicio, (c) una presunción de primacía de la libertad de expresión respecto de los demás derechos fun-

Pages 803 130 720
Online 400
Visitors 20 330
(http://www.histats.com/viewstats/?sid=12063268&ccid=605)

damentales con los que pueda entrar en conflicto, y (d) una presunción de violación del artículo 20 Superior por todo acto que constituya censura. Ello, sin perjuicio de la protección de los derechos de los niños, que están sujetos a un nivel reforzado de amparo constitucional y deben, a la luz del interés superior de los menores, armonizarse con el ejercicio de la libertad de expresión.

5.2. De la trascendencia de la libertad de expresión en el orden jurídico colombiano también se derivan ciertos requisitos especiales que han de cumplir las autoridades que pretenden establecer limitaciones o regulaciones sobre su ejercicio, a saber: tres *cargas constitucionales* que se deben satisfacer en forma estricta –la carga definitoria, la carga argumentativa y la carga probatoria-, respecto del cumplimiento de cada una de las siguientes condiciones constitucionales de la limitación o regulación a adoptar: (1) estar prevista de manera precisa y taxativa por la ley, (2) perseguir el logro de ciertas finalidades imperiosas definidas de manera concreta y específica en atención a las circunstancias del caso, (3) ser *necesaria* para el logro de dichas finalidades, (4) ser posterior y no previa a la expresión, (5) no constituir censura en ninguna de sus formas, lo cual incluye el requisito de guardar neutralidad frente al contenido de la expresión que se limita, y (6) no incidir de manera excesiva en el ejercicio de este derecho fundamental, es decir, ser proporcionada. El cumplimiento celoso de estos requisitos, que está sujeto a un escrutinio estricto por parte del juez constitucional, es condición indispensable de la legitimidad constitucional de cualquier limitación a la libertad de expresión, la cual, en su ausencia, habrá de tenerse como una violación del artículo 20 Superior.

5.3. Existen ciertos modos de expresión respecto de los cuales la presunción de cobertura por la libertad constitucional ha sido derrotada, en virtud de un consenso internacional plasmado en tratados internacionales vinculantes para Colombia – a saber, la propaganda de la guerra, la apología del odio, la violencia y el delito, la pornografía infantil, y la instigación pública y directa al genocidio. Todas las demás formas de expresión humana que no han sido objeto de tal consenso internacional quedan amparadas, en principio, por las cuatro presunciones derivadas del artículo 20 de la Constitución. En consecuencia, la libertad de expresión protege tanto los mensajes socialmente convencionales, como los que son inocuos o merecedores de indiferencia, y también los que son diversos, inusuales o alternativos – lo cual incluye expresiones chocantes, impactantes, que perturban, se consideran indecentes, inapropiadas, escandalosas, inconvenientes, incómodas, excéntricas, vergonzosas o contrarias a las creencias y posturas mayoritarias.

5.4. El discurso de contenido sexual explícito, aunque está protegido por la libertad de expre-

5.4. El discurso de contenido sexual explícito, aunque está protegido por la libertad de expresión, está sujeto a un margen de regulación mayor por el hecho de que su ejercicio puede entrar en conflicto con otros derechos, valores e intereses constitucionalmente tutelados, especialmente los de los menores de edad – aunque con cumplimiento estricto de todas y cada una de las condiciones que hacen legítimas las limitaciones en cuestión, y buscando la armonización concreta de los derechos, valores e intereses enfrentados

Pages 303 130 720
Online 400
Vis. today 120 530
(http://www.histats.com/viewstats/?sid=1206326&ccid=605)

5.5. Mientras no existan fundamentos legales previos, claros, precisos y taxativos en los cuales se definan las limitaciones al lenguaje empleado por la radio, la sola emisión de expresiones sexualmente explícitas en programas matutinos es manifiestamente insuficiente para justificar limitaciones al contenido de los mensajes y al formato esencial de los programas.

5.6. No basta para limitar la transmisión radial de expresiones sexualmente explícitas con la mera invocación de la "moralidad pública" –concepto muy indeterminado-, sin precisar la forma en que ésta se materializa en el caso concreto en un interés específico objeto de protección constitucional, ni con la mención de los "derechos de los niños" en abstracto, sin cumplir celosa y estrictamente con la carga probatoria de demostrar tanto la presencia predominante de niños en la audiencia de una determinada expresión como el daño que éstos han sufrido o podrían claramente sufrir en virtud de dicha expresión.

5.7. Los derechos de los niños constituyen un bien jurídico de gran peso constitucional, por lo cual las autoridades cuentan con un importante margen de regulación para adoptar limitaciones constitucionales sobre las expresiones que potencialmente puedan lesionarlos. Sin embargo, el establecimiento de dichas regulaciones o limitaciones está sujeto a la totalidad de las condiciones constitucionales explicadas en esta sentencia, las cuales no pueden ser desconocidas por el hecho de que las limitaciones busquen materializar los derechos prevalecientes de los menores de edad ni promover su interés superior. Claramente, una limitación de la libertad de expresión que se base en la promoción de "la calidad" del servicio público de radiodifusión o en la protección genérica de "los usuarios" de dicho servicio, dista mucho de basarse en la garantía específica de los derechos de los niños.

5.8. La adopción de restricciones a las expresiones encaminadas a imponer una adecuación de los contenidos de lo que se puede expresar constituye una forma de censura, la cual está constitucionalmente prohibida. El hecho de que dicho control de contenidos se derive de una providencia judicial no le quita el carácter de censura.

Pages 303 130 720
Online 400
Vis. today 20 530
(http://www.histats.com/viewstats/?sid=1206320&cid=605)

5.9. La ausencia de una norma legal en la cual se consagren pautas específicas para resolver los potenciales conflictos entre los derechos de los niños y el ejercicio de la libertad de expresión a través de la radio, no obsta para que los jueces, en aplicación directa de la Constitución, acudan a un método de ponderación, aplicando las presunciones y cargas anteriormente mencionadas, para lograr la armonización de los bienes constitucionales en colisión. Sin embargo, el juez constitucional también ha de respetar los elementos que forman parte del ámbito protegido de la libertad de expresión, especialmente la prohibición de la censura y la regla correlativa de estricta neutralidad de las autoridades frente al contenido de las expresiones, mandatos que son igualmente aplicables a las soluciones que establezcan los jueces para armonizar los derechos fundamentales en conflicto. A su vez, la posibilidad de que se establezcan armonizaciones concretas de los derechos constitucionales en colisión con fundamento directo en lo dispuesto por la Carta Política, no obsta para que en los foros representativos donde se adoptan las leyes y políticas públicas del país se debatan a fondo estas cuestiones y se adopten decisiones de armonización plenamente respetuosas de la Constitución.

6. Conclusión.

Como consecuencia de las anteriores consideraciones, la Sala Segunda de Revisión responde así los problemas jurídicos planteados por el presente asunto:

6.1. El Consejo de Estado incurrió en una vía de hecho de carácter sustantivo, en la providencia proferida para resolver en forma definitiva sobre el proceso de acción popular, consistente en que el medio escogido para proteger los derechos de los menores potencialmentre usuarios de la radio vulnera de manera directa el artículo 20 de la Constitución al ordenar a RCN que adecue el contenido del programa "El Mañanero de La Mega" para efectos de que los usuarios reciban un servicio de radiodifusión de calidad a nivel de temas y de lenguaje, confirmando al mismo tiempo la orden impartida en primera instancia al Ministerio de Comunicaciones en el sentido de que cumpliera con sus funciones de vigilancia y control, invocando la protección del derecho a una eficiente prestación del servicio público de radiodifusión y de los derechos de los consumidores y usuarios de la radio. El cumplimiento que eventualmente se dio a esa orden, a través del comité de verificación que se implementó, desconoce la libertad de expresión. Tanto el Consejo de Estado, como el Ministerio de Comunicaciones, con los medios aplicados han violado de manera directa las libertades de expresión stricto senso, información y prensa protegidas en el artículo 20 de la Constitución, en la medida en que desconoció abiertamente la regla de neutralidad de las actuaciones estatales frente al contenido de las expresiones al ordenar directamente la adecuación de los

Pages: 303 130 720
Visits: 40
Vis. today: 20 530
(http://www.histats.com/viewstats/?sid=1206326&ccid=605)

estatales frente al contenido de las expresiones al ordenar directamente la adecuación de los contenidos del programa radial, en contravía de la jurisprudencia, e incumplió los requisitos constitucionales que han de satisfacer las limitaciones de la libertad de expresión señalados en precedentes constitucionales vinculantes. Adicionalmente, al haber dejado surtiendo efectos la decisión del Tribunal Administrativo de ordenar la constitución de un comité de verificación de la adecuación del contenido del programa "El Mañanero de La Mega" a los criterios indicados en forma vaga en sus providencias, el Consejo de Estado confirmó una decisión judicial manifiestamente violatoria de la prohibición constitucional de la censura.

6.2. Por las mismas razones, también constituye una violación directa del artículo 20 superior, así sea por consecuencia, el acto administrativo adoptado por el Ministerio de Comunicaciones en cumplimiento de los fallos del Tribunal Administrativo de Cundinamarca y del Consejo de Estado dentro del proceso de acción popular.

6.3. Por lo tanto, dichas medidas, así como los actos administrativos de ejecución de las mismas, serán dejadas sin efectos, con el fin de amparar la libertad de expresión de los tutelantes, en conexidad con el debido proceso.

7. Necesidad de autorregulación por el medio de comunicación concernido

En los párrafos precedentes de esta sentencia, la Corte se refirió a la necesidad de proteger a los menores de edad frente a expresiones que puedan afectar sus derechos, pero advirtió que dicha protección no puede impedir la divulgación de los contenidos que libremente escoja el titular de la libertad de expresión, ni exigir la adecuación de tales contenidos a ciertos parámetros establecidos por una autoridad pública, y mucho menos constituir censura. Igualmente, la Corte subrayó la importancia de armonizar la libertad de expresión con la protección de los derechos de los menores.

La Corte también ha constatado en esta sentencia que, a pesar de la existencia del artículo 47-6 de la Ley 1098 de 2006, el ordenamiento jurídico colombiano carece, en este momento, de una norma legal en la cual se establezcan regulaciones orientadas a armonizar de manera

Pages 303 130 720
Online 400
Vis. today 20 530
(http://www.histats.com/viewstats/?id=1206326&cid=605)

detallada, clara y específica el ejercicio de la libertad de expresión a través de la radio con los derechos de los menores de edad que puedan formar parte de la audiencia. La Corte, en tanto juez constitucional, únicamente está llamada a decidir en este caso si las sentencias objeto de la acción de tutela respetaron la Constitución –sin actuar como si fuera el juez que decide la acción popular que dio origen a dichas sentencias, ni suplantar al legislador en la fijación de parámetros legales específicos en materia de radiodifusión y protección de los menores potencialmente usuarios de dicho servicio, más allá de señalar, como intérprete autorizado de la Constitución, cuáles son los criterios para armonizar los derechos constitucionales en colisión y su contenido básico-. En atención a estas razones específicas, y en aras de promover la armonización concreta de los derechos constitucionales en juego, la Sala Segunda ordenará a RCN que acuda a procesos de autorregulación que pongan de presente su responsabilidad social en tanto medio de comunicación de alto impacto y cobertura y den cumplimiento, entre otras, al ejercer su libertad de expresión protegida en la presente sentencia, a la prohibición establecida en el artículo 47-6 de la Ley 1098 de 2006. Las características de "El Mañanero de La Mega" realzan la responsabilidad social de RCN, dado el impacto que eventualmente pueden surtir sus transmisiones sobre los miembros de la audiencia particularmente vulnerables, sin que la orden que se impartirá en este sentido pueda ser invocada para restringir su libertad de expresión ni la de los comunicadores que trabajan en dicho medio.

Dicha autorregulación, que se ha de ejercer a través de la autonomía del correspondiente medio de comunicación, puede traducirse en diversas soluciones que armonicen los intereses y derechos constitucionales en juego; por ejemplo, en el establecimiento de criterios especiales dependiendo del horario en el cual se transmiten los programas, -solución a la que se ha acudido frecuentemente en el derecho comparado-, aunque bien puede tal medio de comunicación optar por otras fórmulas, tales como confiar exclusivamente en el criterio de los productores y presentadores del programa. Depende de los directores de RCN y de los directores, editores u orientadores del programa "El Mañanero de La Mega" adoptar las pautas adecuadas para este propósito. En cualquier caso, sea cual fuere la decisión que adopten las directivas de RCN, ésta deberá ser divulgada por los canales y medios que RCN considere pertinentes, a más tardar dentro de los tres meses siguientes a la notificación de la presente sentencia, para efectos de que la audiencia, y en particular quienes participan en el proceso educativo de los menores que eventualmente puedan formar parte de ella, sepan a qué atenerse en relación con las transmisiones radiales efectuadas en ese horario – el de transmisión del "Mañanero de la Mega" a través de las frecuencias que RCN opera, y tomen las determinaciones que consideren apropiadas. En caso de que RCN considere insuficiente este término, podrá solicitar una extensión del mismo a la Sala Segunda de Revisión.

Pages 303 130 720
Online 400
Vis. today 20 530
(http://www.histats.com/viewstats/?sid=1206326&ccid=605)

IV. DECISION

En mérito de lo anterior, la Sala Segunda de Revisión de la Corte Constitucional, administrando justicia en nombre del pueblo y por mandato de la Constitución,

RESUELVE

LEVANTAR la suspensión de términos decretada en Auto del 12 de mayo de 2006.

PRIMERO.- REVOCAR la sentencia del veintiuno (21) de octubre de dos mil cinco (2005), proferida por el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo – Sección Quinta, que decidió sobre la acción de tutela instaurada por Radio Cadena Nacional S.A. - RCN en contra del Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo – Sección Tercera, y en su lugar **TUTELAR** el debido proceso en conexidad con la libertad de expresión de RCN, de los presentadores del programa "El Mañanero de La Mega", de quienes expresan sus opiniones y puntos de vista a través de este programa, y de su audiencia.

SEGUNDO.- DEJAR SIN EFECTOS el numeral segundo de la parte resolutiva de la sentencia adoptada por el Consejo de Estado – Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, el 29 de julio de 2004, en segunda instancia dentro de dicho proceso de acción popular. El numeral primero de la parte resolutiva de dicha sentencia mantiene la plenitud de sus efectos así como las partes restantes de la providencia.

TERCERO.- DEJAR SIN EFECTOS la Resolución 000810 de 2005 del Ministerio de Comunicaciones.

CUARTO.- DEJAR SIN EFECTOS los actos jurídicos que se hubieren producido para cons-

Pages 303 130 720
Online 400
Visitors 20 530
(http://www.histats.com/viewstats/?sid=1206326&ccid=605)

tituir y desarrollar el funcionamiento del comité de verificación de la adecuación de los contenidos del programa radial mencionado, creado como resultado del fallo de primera instancia proferido en el proceso de acción popular.

QUINTO.- ORDENAR a RCN que ponga en marcha un proceso de autorregulación, en ejercicio de su autonomía, que haga manifiesta su responsabilidad social al ejercer su libertad de expresión en tanto medio de comunicación de alto impacto y cobertura, en particular en relación con los menores de edad que puedan formar parte de su audiencia en las horas en que se transmite el programa "El Mañanero de la Mega". Sean cuales fueren las decisiones adoptadas como consecuencia de dicho proceso de autorregulación, éstas habrán de hacerse públicas por el medio que RCN considere apropiado, a más tardar dentro de los tres meses siguientes a la notificación de la presente sentencia. En caso de que RCN considere insuficiente este término, podrá solicitar una extensión del mismo a la Sala Segunda de Revisión.

SEXTO.- COMUNICAR el contenido de la presente providencia, por intermedio de la Secretaría General de la Corte Constitucional, a la Asociación Nacional de Medios de Comunicación (ASOMEDIOS), la Asociación Nacional de Diarios (ANDIARIOS), a la Comisión Nacional de Televisión y a la Comisión de Regulación de Telecomunicaciones (CRT).

SEPTIMO.- Por Secretaria General, líbrense las comunicaciones de que trata el artículo 36 del Decreto 2591 de 1991.

Cópiese, notifíquese, comuníquese, publíquese en la Gaceta de la Corte Constitucional y cúmplase.

MANUEL JOSE CEPEDA ESPINOSA

Magistrado

Pages 303 130 720
Online 400
Vis. today 20 530
(http://www.histats.com/viewstats/?sid=1206326&ccid=605)

JAIME CÓRDOBA TRIVIÑO

Magistrado

RODRIGO ESCOBAR GIL

Magistrado

CON SALVAMENTO DE VOTO

MARTHA VICTORIA SÁCHICA MENDEZ

Secretaria General

[SIGUEN LOS ACAPITES IV-1 A IV-10]

ACAPITE IV-1

ANTECEDENTES

Pages 303 130 720
Online 400
Vis. today 20 530

1. Hechos

(http://www.histats.com/viewstats/?sid=1206326&ccid=605)

1.1. Hechos relatados por el demandante.

Obrando por intermedio de apoderado, la Radio Cadena Nacional S.A. – RCN interpuso acción de tutela contra el Consejo de Estado – Sala de lo Contencioso Administrativa, Sección Tercera, por considerar que la sentencia proferida por esta Corporación el 29 de julio de 2004, dentro del proceso promovido mediante acción popular por la Fundación "Un Sueño Por Colombia", constituye una violación de sus derechos fundamentales.

1.1.1. Explica que la Fundación "Un Sueño por Colombia" interpuso acción popular contra el Ministerio de Comunicaciones y Radio Cadena Nacional S.A. RCN, por vulneración de la moral pública, las buenas costumbres, los valores, la integridad física y psíquica de la sociedad, y derechos colectivos como el patrimonio público, el patrimonio cultural de la nación, la seguridad y salubridad pública y los derechos de los consumidores y usuarios de radio en Colombia.

En criterio de la Fundación referida, tal vulneración se derivaba de la transmisión del programa "El Mañanero", de lunes a viernes de 5:30 A.M. a 10:00 A.M. por la emisora "La Mega", en la frecuencia 90.9 FM. Para la Fundación "Un Sueño por Colombia", dicho programa *"corrompe nuestra juventud y la envenena de la más variada gama de vulgaridad y patanería, constituyéndola así en un canal destructivo de los valores y la moral colectiva con sus transmisiones"*. Como consecuencia de esta postura, se afirmó en la acción popular que el Ministerio de Comunicaciones había incurrido en una omisión al abstenerse de controlar la transmisión de este programa y ejercer sus funciones de inspección y vigilancia. Así, la pretensión de la acción popular era que se ordenara al Ministerio de Comunicaciones cumplir con sus funciones constitucionales y legales, e imponer las sanciones a las que hubiera lugar, tanto a la emisora como a los locutores que hubiesen cometido faltas.

1.1.2. La acción popular fue admitida el 9 de junio de 2003 por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Primera, Sub-sección B. Esta Corporación profirió sentencia de primera instancia el 25 de noviembre de 2003, con la siguiente parte resolutiva:

Pages 303 130 720
Online 40%
Vis. today 20 530
(http://www.hitstats.com/viewstats/?sid=1206326&ccid=605)

"Primero: Ampárense los derechos colectivos a la moralidad pública, defensa del patrimonio público, patrimonio cultural de la nación, seguridad y salubridad pública y de los consumidores y usuarios de radio en Colombia.

Segundo: En consecuencia, ordénase al Ministerio de Comunicaciones que en el término de cuarenta y ocho (48) horas, contadas a partir de la ejecutoria de esta sentencia, inicie la correspondiente investigación que determine si se debe restringir o no el formato utilizado por la sociedad R.C.N. en la emisión del programa radial 'El Mañanero de la Mega' y si es del caso imponer las sanciones que en derecho correspondan, ejerciendo para tales efectos las funciones de inspección, control, vigilancia y sancionatoria de las cuales se encuentra investido, tendientes a determinar la responsabilidad por la conducta desplegada por sus presentadores en las condiciones y bajo los parámetros de orden constitucional y legal establecidos y determinados en la parte motiva de esta sentencia".

1.1.3. Esta providencia fue apelada por la Fundación promotora de la acción popular, por RCN y por el Ministerio de Comunicaciones. Del recurso conoció el Consejo de Estado – Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, el cual, mediante sentencia del 29 de julio de 2004 (M.P. Germán Rodríguez Villamizar) modificó los numerales 1 y 2 del fallo de primera instancia, ordenando:

"1) Ampárense los derechos colectivos a una eficiente prestación del servicio público de radiodifusión y derechos de los consumidores y usuarios de la radio colombiana.

2) En consecuencia, ordénase:

2.1.) Al Ministerio de Comunicaciones cumplir con sus funciones de vigilancia y control, conforme lo dispuesto en la parte motiva.

2.2.) A Radio Cadena Nacional R.C.N. adecuar el contenido del programa 'El Mañanero de la Mega' a la normatividad que regula la materia, con el fin de que los usuarios reciban un servicio de radiodifusión de calidad tanto a nivel de temas como de lenguaje."

Pages 303 130 720
Online 400
Vis. today 20 530
(http://www.histats.com/viewstats/?sid=1206312&code=505)

El Consejo de Estado consideró que con el programa radial "El mañanero de La Mega" se desconocía el derecho al acceso a una eficiente prestación de los servicios públicos, y los derechos de los usuarios. La parte motiva de esta sentencia se transcribe íntegramente en la sección 1.3.2. siguiente. De ella resalta el apoderado de la sociedad demandante los siguientes apartes:

"Si bien es cierto que 'El mañanero de la Mega' por ser un programa de entretenimiento (recreativo) y no un informativo noticioso, conforme la normatividad transcrita, no requiere de licencia especial de transmisión, también lo es que, la Constitución y la Ley establecen que deben cumplir con la finalidad que por naturaleza le corresponde (sic), entre las cuales está la de difundir la cultura y afianzar los valores del pueblo colombiano.

La Sala observa, que es evidente que el objetivo de programas, como el mencionado, en principio no va en contravía de la normatividad vigente, sin embargo, las diferentes actitudes, manifestaciones y expresiones de las comunicaciones, no solo están desviando la función de orientar y educar a la sociedad, sino también está contrariando el deber legal de promover los valores y principios que caracterizan a una sociedad, toda vez que el servicio de radiodifusión sirve para edificar y formar no solo opinión pública sino también inclinaciones y preferencias concretas.

En efecto, dichas aserciones contrarían la moral pública, entendida esta como aquellos principios, valores y virtudes fundamentales, aceptados por la generalidad de los individuos los cuales constituyen el soporte de una convivencia libre, digna y respetuosa.

(...) Así mismo, la Sala no pretende cuestionar ni sancionar las inclinaciones, tendencias o aptitudes personales de los comunicadores del programa radial 'El Mañanero de la Mega', por el contrario, busca la protección de los derechos e intereses colectivos presuntamente amenazados o vulnerados por su actuar.

Como se anotó, la Constitución Política protege la libertad de expresión y de prensa, lo cual no quiere decir que el ejercicio de las mismas sea absoluto y que carezca de límites legítimos, al contrario, se ha aceptado que se limite en aquellos casos en los cuales se pretende

Pages 303,130,720
Online 400
Yesterday 2,000
(http://www.histats.com/viewstats/?sid=1206326&ccid=605)

asegurar el respeto de los derechos de los demás. En el caso sub judice en ningún momento se está vulnerando dicha libertad, toda vez que lo que está protegiendo es el respeto por los principios y normas que regulan el servicio público de radiodifusión, por lo que con el actuar de los demandados se están violando los derechos de los usuarios, ya que los destinatarios deben recibir un servicio de calidad, al tener un contenido diverso a la función social que lo caracteriza.

Igualmente, no se pretende imponer controles a los contenidos de las programaciones, lo cual constituye una censura previa prohibida en nuestro ordenamiento jurídico, sino busca la protección de los derechos colectivos relacionados con el acceso a una eficiente prestación de los servicios públicos y derechos de los usuarios, toda vez que con las emisiones radiales se está desconociendo la responsabilidad social que por ley se establece para este tipo de servicios, y esto impone particulares responsabilidades a los comunicadores, con el fin de no abusar de la libertad de expresión y afectar derechos constitucionales de otras personas.

La Sala reitera que en el presente caso no existe censura, porque la censura es per se discriminatoria y, como se encuentra probado en el caso sub judice, no ha operado una conducta discriminatoria, sino un juicio técnico de conveniencia, como en reiteradas oportunidades lo ha dicho la Corte Constitucional, sería irrazonable argumentar que todo lo que se deniega en materia de difusión masiva equivale a censura. No se está prohibiendo la libertad de expresión ni el libre desarrollo de la personalidad de los ya referidos comunicadores, solamente se les están dando pautas para que el servicio de radiodifusión cumpla con todas y cada una de las finalidades que la rigen".

1.1.4. RCN presentó solicitud de aclaración de esta sentencia, en relación con el alcance de la expresión "adecuar" allí utilizada. El Consejo de Estado decidió que esta solicitud era improcedente mediante fallo del 30 de septiembre de 2004.

1.1.5. En criterio del accionante, tanto la parte motiva como la parte resolutiva de la sentencia proferida por el Consejo de Estado constituyen una vía de hecho. Para sustentar esta aseveración, el demandante divide en dos los argumentos pertinentes. En un primer capítulo, presenta las circunstancias de hecho y de derecho que en su criterio constituyen una violación de los derechos fundamentales. En el segundo explica por qué en este caso están dadas las condiciones para que se haya configurado una vía de hecho. Cada uno de estos capítulos se reseña a continuación.

Pages 303 130 720
Online 400
Vis. today 20 530
(http://www.histats.com/viewstats/?sid=1206326&cid=605)

1.1.6. *Capítulo 1: circunstancias de hecho y de derecho que constituyen una violación de los derechos fundamentales.* El peticionario presenta en este capítulo cinco secciones distintas.

1.1.6.1. *"Violación de la libertad de expresión e información"*. Con base en el artículo 20 de la Constitución, el artículo 19 de la Declaración Universal de Derechos Humanos y el artículo 13 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, el peticionario efectúa las siguientes afirmaciones:

"1. Que toda persona tiene derecho a la libertad de pensamiento y de expresión.

2. Que igualmente toda persona tiene derecho a difundir informaciones o ideas.

3. Que dicho derecho a difundir ideas o informaciones no se puede sujetar a previa censura, sino a responsabilidades posteriores.

4. Que en Colombia está proscrita la censura. Es decir que no es posible mediante disposición legal, reglamentaria o administrativa, ni tampoco por vía de decisión judicial, limitar o regular los contenidos o el alcance de las informaciones que son difundidas a través de los medios de comunicación establecidos en el territorio nacional".

A continuación se recuerda cuál es el marco normativo aplicable al servicio público de radiodifusión, así: *"La Ley 74 de 1966 y el decreto 2737 de 1989, dictan normas para el desarrollo del servicio de radiodifusión. Igualmente la ley general de educación, ley 115 de 1994, propone pautas para la difusión radial. En la ley de educación se establece que el Gobierno debe adoptar mecanismos para permitir la adecuada y eficaz utilización de los medios de comunicación como contribución al mejoramiento de la educación de los colombianos. En la ley 74 de 1966 y en el decreto 2737 de 1989 se dice que los programas de radio deben estar básicamente orientados a difundir la cultura y a afirmar los valores esenciales de la nacionalidad y que a través de ellos no se puede atentar contra la integridad moral, psíquica o física de los menores"*. Luego explica el actor que estas normas deben interpretarse, en virtud del artículo 93 Superior, de conformidad con los tratados internacionales sobre derechos humanos que obligan a Colombia, cuyas disposiciones tienen aplicación preferente en el orden interno. Concluye el demandante:

Pages 303 130 720
Online 401
Vis. today 70 530
(http://www.histats.com/viewstats/?sid=1206326&ccid=605)

"Por ende, no queda duda de que las normas citadas sobre la radiodifusión implican responsabilidad para el manejo integral de los medios de comunicación (...) pero en manera alguna puede ser entendidos como la base que da licencia al juez para imponer restricciones de contenido a un programa radial o para establecer cualquier otra forma de censura previa".

Afirma luego que la orden impartida en la parte resolutiva de la sentencia del Consejo de Estado que se controvierte, consistente en adecuar el contenido del programa "El Mañanero de La Mega" a la normatividad que regula la materia, viola el derecho fundamental a la libertad de expresión e información, según se explica con mayor detalle en las secciones subsiguientes de este capítulo.

1.1.6.2. *"Inadmisibilidad de los controles sobre el contenido"*. Señala el actor que en ciertos casos excepcionales son admisibles algunas restricciones sobre el ejercicio de la libertad de expresión e información; pero que según ha sostenido tradicionalmente la doctrina, *"los controles no pueden estar orientados a regular el contenido de las expresiones u opiniones, puesto que se corre un alto riesgo de caer en la censura, aparte de que necesariamente implica una restricción subjetiva inaceptable que privilegia una cierta forma de pensar"*. Cita a este respecto la sentencia C-010 de 2000, en la cual la Corte Constitucional declaró inexequible una norma de la Ley 74 de 1966 según la cual en las emisiones debían *"atenderse a los dictados universales del decoro y del buen gusto"*, señalando que en principio, las restricciones fundadas en el contenido del discurso se deben presumir inconstitucionales, y que

por lo mismo la expresión acusada afectaba el pluralismo y la libertad de expresión, por privilegiar los discursos que se ajustan a los criterios estéticos de las autoridades sobre los demás.

Continúa el actor afirmando que *"con el mismo criterio que se utiliza por la Corte para considerar inexequible el mencionado aparte de la ley, se debe concluir que las imposiciones de la sentencia del Consejo de Estado que se cuestiona también son contrarias a la Constitución, por cuanto imponen una limitación en los contenidos y en el discurso del programa, lo cual implica la indebida descalificación de una forma de discurso y el privilegio de la concepción contraria, lo que resulta incompatible con los principios de pluralismo y democracia y con la disposición misma que establece la libertad de expresión, la cual prohíbe toda forma de censura"*.

Pages 303 130 720
Online 400
Vis. today 20 530
(http://www.histats.com/viewstats/?sid=12065268&cid=605)

A continuación el demandante efectúa el siguiente análisis para demostrar que la orden impartida por el Consejo de Estado constituye una restricción inconstitucional del contenido del discurso emitido en el programa "El Mañanero de La Mega":

"En el caso que nos ocupa, es absolutamente claro que lo que se reprocha en el proceso judicial no es otra cosa que el contenido del discurso expresado por los comunicadores del programa en las emisiones revisadas por la perito. Lo que se repudia son las expresiones mismas y el mensaje de las afirmaciones realizadas, lo que sin duda implica un cuestionamiento subjetivo que toma como punto de partida una forma determinada de pensamiento basada en ciertas concepciones morales o culturales no necesariamente compartidas por toda la comunidad.

Entre las principales afirmaciones del dictamen pericial en relación con el mensaje dado por los comunicadores del programa se encuentran:

- *(El mensaje) 'promueve la desperzonalización (no identidad) en el sentido de crear y reforzar en el imaginario del joven estereotipos asociados con la aprobación y el éxito personal'.*
- *Refuerza la concepción 'machista tradicional de las relaciones hombre-mujer donde se visualiza a la mujer como objeto sexual que debe agradar y del hombre como consumidor de sexo a quien se le debe agradar'.*
- *A nivel lingüístico se 'sexualiza' todo discurso y se le imprime un sentido 'morboso'*
- *'El programa genera identificación de modelos estereotipados a nivel grupal en donde el joven cede a la presión del grupo de pares'.*

Como se ve, en lo fundamental, el escrito técnico se orienta a cuestionar las opiniones de los comunicadores con base en apreciaciones, que si bien son técnicas profesionales, son opiniones personales que bien pueden ser discutidas inclusive por otros profesionales de la sicología. Así, el ejercicio de evaluar desde el punto de vista psicológico el contenido de ciertas afirmaciones es válido como trabajo profesional pero es inocuo desde el punto de vista constitucional puesto que no puede servir de base para limitar la libertad de expresión, mucho menos por la vía de la censura previa.

Pages 303 130 720
Online 400
Visitoday 39 550
(http://www.histats.com/viewstats/?sid=1206326&cid=605)

No cabe duda que las opiniones expresadas en los programas radiales evaluados fueron vulgares en algunos casos y contrarias a muchos valores morales o culturales aceptados posiblemente de forma mayoritaria. En el caso personal debo afirmar, inclusive, que considero repudiables o chocantes muchos comentarios de los analizados, como la afirmación en relación con el gusto por la pornografía o la manera despectiva y descomedida en que se hace referencia a la sexualidad femenina.

Sin embargo, está muy claro que en las sociedades reguladas por el principio democrático es preferible garantizar a todos los ciudadanos –sin excepción- el derecho a expresarse libremente, aún en el caso en que ciertas expresiones resulten chocantes o contrarias a los principios de la audiencia potencial, que correr el riesgo de afectar el pluralismo y las bases democráticas al tratar de establecer criterios de control, que necesariamente van a ser criterios subjetivos y variables y, además, pueden llegar a ser indebidamente utilizados como medios de censura.

Existen numerosos ejemplos de programas en la televisión y la radio, y de periódicos y revistas que tienen un mensaje dominado por el sexo o por un estereotipo de éxito personal de contenido puramente materialista y por muchos otros conceptos que pueden llegar a tener un efecto negativo en la formación del joven, si no se cuenta con adecuada educación familiar.

Ahora bien, según los dictados de la doctrina constitucional, dicha circunstancia no justifica en manera alguna admitir que el gobierno de turno o el juez de instancia tienen potestad para imponer la censura previa.

Para corregir el problema de la penetración de información no deseable por ciertos sectores o por el grueso de la comunidad, la sociedad democrática prefiere utilizar otros mecanismos como (i) el control social dirigido a excluir el mensaje negativo y preferir el mensaje deseado; (ii) la educación de los padres, quienes deben ser 'los primeros educadores en la moral de sus hijos' y (iii) el señalamiento de sanciones ex-post para el periodista que exceda el marco de sus responsabilidades legales.

Adicionalmente, hay que tener en cuenta otro factor que ha sido tomado como relevante en

Pages 303,130,720
Online 400
Visitor 20 [illegible]
(http://www.histats.com/viewstats/?sid=1206326&ccid=605)

la definición de un criterio constitucional frente a estos temas, especialmente en las decisiones judiciales de los Estados Unidos, como es el hecho de que el oyente tenga la posibilidad real de suspender la transmisión del mensaje que repudia, y mejor aún, de tener otras alternativas de programas radiales que sí se ajusten a sus gustos o valores.

En el presente caso, el Consejo de Estado despreció este argumento al señalar que el hecho de que el oyente pueda cambiar el dial no era argumento válido para justificar el contenido de las afirmaciones hechos.

Si lo que se estuviera evaluando fuera la responsabilidad social del periodista, es válido sostener que el hecho de tener otras alternativas de programas radiales o la posibilidad de apagar el radio, es irrelevante, por cuanto –en todo caso- el periodista debe responder por sus actos.

Pero, si lo que se evalúa es la necesidad de limitar la libertad de expresión en un caso concreto por vía de ley o de decisión judicial, si resulta totalmente relevante establecer si el mensaje que el destinatario no quiere recibir porque choca con sus valores morales o culturales, puede ser fácilmente evitable o sustituible, como ocurre en el presente caso. En las ciudades en las que se trasmite el programa El Mañanero existen varias emisoras que transmiten programas a la misma hora de muy distinto y variado contenido.

No es lo mismo, un mensaje obsceno, verbigracia, puesto en una valla a la salida de una estación de metro por la cual necesariamente tienen que pasar muchas personas para ir al trabajo, que un mensaje obsceno en uno de los muchos canales que ofrece un operador de televisión por cable.

En el primer caso, bien podría considerarse necesario retirar la valla o el aviso; en los demás casos, puede ser preferible mantener intacta la libertad de expresión.

Por último, en relación con las restricciones de contenido frente a la libertad de expresión, cabe anotar que también está de por medio la libertad en sentido lato del potencial destinatario del mensaje, lo que en el caso concreto de la Constitución Política colombiana se traduce en dos derechos fundamentales como son, la autonomía personal y el libre desarrollo

de la personalidad.

Pages 303 130 720
Online 400
Vis. today 20 530
(http://www.histats.com/viewstats/?sid=1206326&ccid=605)

El joven mayor de edad debe tener libertad de escoger lo que escucha tomando lo que desee de lo que le ofrece el denominado 'libre mercado de ideas'. Impedir que ciertos mensajes lleguen a ese mercado de ideas por voluntad del Estado, implica vulnerar la autonomía del oyente y el libre desarrollo de la personalidad, lo cual puede también significar efectos sicológicamente nocivos como los mencionados en el informe pericial del proceso que se evalúa".

1.1.6.3. *"El carácter preferente de la libertad de expresión sobre otros derechos"*. En este capítulo, el demandante transcribe algunos apartes de la sentencia C-010 de 2000, en la cual la Corte Constitucional subrayó el lugar preferente de la libertad de expresión en el orden constitucional colombiano, en tanto requisito esencial para la existencia de la democracia y el ejercicio de diferentes derechos fundamentales. El actor cita luego algunos apartes del pronunciamiento de la Comisión Europea de Derechos Humanos en el caso Handyside (1975) sobre el mismo tema, para enfatizar el rol central de la libertad de expresión en una democracia.

Acto seguido afirma el demandante que a pesar de su carácter preferente, la libertad de expresión y de información, por no tener carácter absoluto, pueden estar sujetas excepcionalmente a ciertas limitaciones, derivadas de otros derechos o valores constitucionales; cita a este respecto otro aparte de la sentencia C-010 de 2000. Sin embargo, enfatiza –con base en la jurisprudencia constitucional- que *"dado el carácter esencial y preferente de la libertad de expresión e información, las restricciones que se impongan al ejercicio de estos derechos deben ser, a su vez, muy limitadas y restringidas solo a aquellas medidas necesarias para proteger el núcleo esencial de otros derechos o valores fundamentales; y aún, en caso de conflicto o dilema en la aplicación de derechos contrapuestos, el principio democrático impone inclinarse siempre a favor de la protección de la libre expresión"*.

1.1.6.4. *"Diferencia entre un programa de entretenimiento y un programa informativo o periodístico"*. Bajo este encabezado el demandante señala que existe una diferencia significativa entre los programas radiales con propósitos de entretenimiento –como "El Mañanero"-, y los programas de carácter informativo o periodístico: *"El primero intenta ofrecer esparcimiento a la audiencia mediante el suministro e intercambio de opiniones. El programa informativo, implica el ejercicio del oficio del periodismo, esto es la función profesional de transmitir información a un determinado público por diversos medios"*.

Pages 303 130 720
Online 400
Vis. today 20 530
(http://www.histats.com/viewstats/?sid=12065268&ccid=605)

Con base en esa diferencia, señala el actor que la normatividad aplicable no exige requisitos legales especiales para los programas de entretenimiento, mientras que para la transmisión de programas informativos se exige una licencia especial del Ministerio de Comunicaciones, en virtud del artículo 7º de la Ley 74 de 1966.

En este orden de ideas, se señala en la demanda que "constitucionalmente, la libertad de expresión y la libertad de información tienen un trato diferente. La libertad de expresión no tiene en principio límites, mientras que el derecho a difundir informaciones se protege solo en la medida en que cumpla con los requisitos de veracidad e imparcialidad". Se cita en este punto la sentencia C-010 de 2000, en la cual la Corte señaló que la libertad de información está sujeta a mayores limitaciones constitucionales que la libertad de expresión. Anota el actor a este respecto, citando igualmente la jurisprudencia constitucional, que *"en los programas informativos, existe para el periodista una enorme responsabilidad, porque el receptor está predispuesto a considerar como cierto lo que se le informa. Todo lo contrario ocurre en el programa de entretenimiento y humorístico donde el receptor tiene conciencia de que lo que se oye es producto de la creación del comunicador o corresponde únicamente a una opinión personal y no a hechos reales noticiosos"*. Se infiere de lo anterior que *"no se puede medir con los mismos criterios de responsabilidad al periodista que transmite noticias que al comunicador o humorista que difunde ideas con el fin exclusivamente recreativo. En el segundo caso, la labor se circunscribe dentro del ámbito de la libertad de expresión, la cual en principio, como dice la Corte Constitucional, no tiene límites. En ese caso, los límites o las pautas de comportamiento se derivan más bien de libertad de prensa, esto es, del hecho de usar el espectro electromagnético para la transmisión radial, lo cual implica unas responsabilidades"*.

Finalmente, concluye el demandante que por las características y el formato del programa "El Mañanero", *"el oyente tiene claro que lo que se afirma son simples opiniones que no tiene asidero en la realidad, sino que buscan hacer humor. Por ello, no se puede asumir generalizadamente, como lo hace el informe pericial, que las expresiones o afirmaciones del programa ayudan a formar estereotipos negativos en la audiencia juvenil, cuando probablemente dicha audiencia recibe dichas opiniones solo como medio de esparcimiento, pero no se apoya en ellas, ni conciente ni inconscientemente, para construir sus valores y conceptos"*.

1.1.6.5. *"Cumplimiento del principio de responsabilidad social del periodista"*. El demandante subraya en este punto la importancia de la responsabilidad social adscrita al ejercicio de la actividad periodística, y recuerda que de conformidad con la jurisprudencia constitucio-

Pages 303,130,720
Online 400
Visitors 21,530
(http://www.histats.com/viewstats/?sid=1206326&ccid=605)

nal, esta responsabilidad se materializa en tres aspectos: el respeto al equilibrio, la igualdad de acceso, y la imparcialidad en la información. Luego indica que *"lo que se protege con el régimen de responsabilidad del periodista es la veracidad e imparcialidad de las informaciones. Por ello, el medio de comunicación será responsable civil, penal o constitucionalmente cuando difunde informaciones inexactas, erradas o parcializadas"*.

No obstante, se expresa que en este caso no se violó el principio de responsabilidad social que es el correlato del derecho a informar: *"La responsabilidad social es un criterio aplicable principalmente a la actividad informativa propiamente dicha, y no a labores de mero entretenimiento, donde el comunicador se limita a expresar sus opiniones personales sobre un tema, como ocurre en el caso de las transmisiones radiales de la emisora La Mega que son objeto de cuestionamiento. En este caso, los integrantes del equipo de trabajo de la emisora encargados de la transmisión radial profirieron diversas opiniones o afirmaciones sobre diversos temas relacionados con la sexualidad, en términos en verdad no elegantes ni castizos, pero que en manera alguna afectaron la imparcialidad o la veracidad de informaciones, sencillamente porque no se trató de mensajes de contenido noticioso o informativo, sino de opiniones personales, amparadas no solo por la libertad de prensa, sino por la libertad de expresión. // En consecuencia, no se observa desmedro de ninguno de los tres factores que componen el marco de la responsabilidad del periodista, según lo establecido por la Corte Constitucional. En efecto, con las expresiones o afirmaciones de los comunicadores del programa La Mega no se afectó el equilibrio en el acceso a la información, ni la igualdad en el acceso a la información, ni se violentó la imparcialidad que debe tenerse frente al oyente"*.

Por otra parte, el demandante expresa que *"se podría argumentar que el ámbito de la responsabilidad social del periodista se extiende al cumplimiento de los deberes que se derivan de las leyes que en Colombia regulan la prestación del servicio de radiodifusión"*; entre ellas la Ley 74 de 1966 y el Decreto 2737 de 1989. Señala que en virtud del artículo 2 de la referida Ley 74/66, que reglamenta la transmisión de programas de radiodifusión, *"los servicios de radiodifusión estarán básicamente orientados a difundir la cultura y afirmar los valores esenciales de la nacionalidad colombiana"*, mientras que el Decreto 2737 de 1989 impone a los medios de comunicación el deber de no realizar transmisiones que atenten contra la moral psíquica o física de los menores de edad. Luego afirma el demandante que *"el Tribunal Contencioso Administrativo y el Consejo de Estado concluyeron respectivamente que en el presente caso se había presentado un incumplimiento de las obligaciones emanadas de las normas en mención y otras de similar alcance. La prueba pericial practicada en el proceso se limitó a confirmar el contenido vulgar o impropio de ciertas expresiones usadas por los comunicadores en los programas y de la temática sexual abordada, concluyendo que el programa generaba disonancia en la audiencia juvenil al enfrentar su sistema de valores al sistema de valores representado por quienes conducen el programa, eludía la responsabili-*

Pages 303 130 720
Online 400
Vis. today 20 530
(http://www.histats.com/viewstats/?sid=1206326&ccid=605)

sistema de valores representado por quienes conducen el programa, eludía la responsabilidad social como agente socializador en la formación de jóvenes, promovía la despersonalización del joven, reforzaba una concesión machista y 'sexualizaba' todo el discurso con sentido morboso".

En este orden de ideas, afirma el actor que la apreciación de la prueba por parte del juez –el Consejo de Estado- contrarió varios principios básicos del derecho probatorio, lesionando los derechos de los demandados. Se describen así en la demanda las principales fallas en la apreciación probatoria:

"1. Se asume por parte del juzgador correspondiente que las afirmaciones o conclusiones sobre el efecto de las expresiones de los comunicadores sobre la audiencia del programa hacen referencia al programa El Mañanero en sentido general, cuando en realidad la prueba se practicó con relación a unas trasmisiones específicas efectuadas los días 13 y 19 de mayo, 4 de julio y 29 de agosto de 2003. Fueron las transcripciones de los programas en las fechas en mención las que fueron objeto de análisis por la perito sicóloga y las que le permitieron concluir que se había utilizado un lenguaje sexual, morboso, machista y disonante. El programa El Mañanero es un programa de entretenimiento que tiene muy diversas secciones, estando dedicada una buena parte del programa a la emisión de música. Otros segmentos se dedican a concursos, comentarios, etcétera. No existe una sección del programa que esté prevista para el tratamiento de temas sexuales. Las expresiones vulgares e impropias que se utilizaron en el programa son afirmaciones realizadas en determinadas ocasiones y no pueden servir de prueba para asumir que en todo el programa, de manera permanente, se utiliza dicho lenguaje o se realizan afirmaciones de similar alcance. Sobre el particular, vale la pena tomar nota de la siguiente afirmación, relacionada con la jurisprudencia norteamericana: 'Otro importante requerimiento del estándar del fallo Roth-Alberts es que uno no puede limitarse o enfocarse en un pasaje aislado de una película o una pieza literaria para juzgar la obscenidad; en cambio es necesario mirar al tema dominante de todo el trabajo'[32].

2. Igualmente, se omitió evaluar que el programa La Mega ha venido desarrollando desde 1994 campañas educativas diseñadas bajo la asesoría de expertos, tendientes a llevar un mensaje cultural y formativo a su audiencia, como es el caso de los programas 'Educación Sexual para Jóvenes', 'Campaña Educación Sexual, Alcoholismo y Violencia', 'Encuentro de Jóvenes', realizados y asesorados por Profamilia y la Secretaría Distrital de Salud. En esa medida, contrario a lo asumido por el juzgador, el programa La Mega en particular y toda la cadena radial como medio de comunicación sí contribuye al mejoramiento de la educación de los colombianos, tal como lo exige el artículo 44 de la ley de educación, Ley 115 de 1994.

11 de 1994.

Pages 303 130 720
Online 400
Vis. today 20 530
(http://www.histats.com/viewstats/?sid=1206326&ccid=605)

3. Tampoco se analizó que el Mañanero es sólo uno de los programas que se emiten a través de las estaciones radiales mencionadas, y que los demás programas tienen muy diversos contenidos, la mayoría de ellos orientados a la música y otras manifestaciones culturales.

4. Tampoco se tuvo en cuenta por el Tribunal que el informe pericial, no obstante provenir de un profesional en la materia, necesariamente implica en cierta medida una apreciación subjetiva de los hechos, por cuanto involucra juicios de valor, que podrían no ser necesariamente compartidos por todos los sicólogos.

5. Asume equivocadamente el informe pericial, el Tribunal y el Consejo de Estado que el horario en que se transmite el programa El Mañanero corresponde a una franja de audiencia infantil y juvenil, desconociendo que en Colombia en materia radial no hay franjas. No hay norma alguna que haya establecido franjas para tipos de audiencia. Aparte de ello, la principal audiencia de la emisora, según se tiene estimado, si bien es juvenil, corresponde a personas mayores de 18 años.

6. Se afirman situaciones con extrema ligereza que le restan seriedad y validez al informe. Por ejemplo, se señala que se hace uso del humor irreverente y 'se acude a la sexualidad como gancho para atraer audiencia', lo cual no es cierto, no fue probado en el proceso, y no tiene ninguna relevancia ni pertinencia.

7. En el desarrollo del informe se pierde el objeto de la prueba, al mezclar apreciaciones que buscan objetivos diferentes. Muchas de las afirmaciones, la mayoría, se encaminan a valorar el contenido del programa, esto es, el discurso de los comunicadores, y sus efectos teóricos sobre la audiencia. No obstante, otros comentarios son referencias personales del perito sobre el papel de los medios de comunicación y su impacto sobre el ser humano (lo cual genera confusión sobre el objeto de la prueba) y algunos otros se enderezan a juzgar la responsabilidad de la prensa, entremetiéndose en aspectos que corresponde determinar a la ciencia jurídica.

8. Establecido cierto efecto negativo de las emisiones radiales sobre la audiencia por el in-

Pages 303 190 / 20
Online 400
Vis. today 20 530
(http://www.hlstats.com/viewstats/?sid=1206326&ccid=605)

forme pericial, el juzgador pasa directamente a proferir sentencia sin mediar un análisis jurídico, desconociendo que lo que se tutela bajo las normas de contenido jurídico puede ser diferente a lo que se protege al amparo de los principios morales o los valores socio-culturales. No basta probar que cierto mensaje puede ser nocivo o inadecuado cultural o moralmente para concluir que la conducta es sancionable jurídicamente. Una conducta puede resultar socio-culturalmente reprochable, pero aceptable jurídicamente o al menos no sancionable, ya sea porque prevalecen otros derechos sociales o individuales o simplemente porque resulta deseable la neutralidad de ley. En el presente caso, el dictamen pericial considera que los mensajes en cuestión eluden el deber de agente en la formación de los jóvenes y promovieron la despersonalización al crear en el imaginario del joven estereotipos asociados con la aprobación y el éxito personal, lo cual no necesariamente debe ser reprochable jurídicamente. Si así lo fuera, con el mismo criterio habría que sancionar igualmente a muchas otras emisiones o publicaciones que podría considerarse que promueven un estereotipo de éxito personal. Luego, no es válido homologar los criterios sociales y culturales evaluados por el perito con los valores jurídicamente tutelados porque se terminaría sancionando a toda persona que difunda alguna información cuyo contenido sea catalogable dentro de alguna de las descripciones que se hacen en el informe pericial".

Finaliza este segmento el actor indicando que las normas invocadas en los fallos del Tribunal Administrativo de Cundinamarca y del Consejo de Estado *"no imponen específicamente al comunicador límites o restricciones a la temática o al lenguaje utilizado"*, ya que ello violaría, entre otras, la prohibición constitucional de la censura. *"Lo que se deriva de dichas disposiciones –continúa- es un deber general de procurar la difusión cultural y el respeto por la integridad de los menores de edad, cuyo cumplimiento recae en cabeza del medio de comunicación en general y no tanto en el comunicador y cuya observancia se verifica integralmente evaluando el papel del medio en el contexto social y no únicamente un cierto programa y mucho menos unas ciertas emisiones de un programa"*. Agrega que por las anteriores razones, no existió en el presente caso un desconocimiento de la responsabilidad social del medio de comunicación, *"o, al menos, ello no se estableció así en el proceso"*. Resalta, por último, que *"lo esencial aquí es que, aún si se considerara que hubo por parte de los comunicadores de La Mega un acto de irresponsabilidad social, ello no desdibuja el planteamiento central del presente escrito, según el cual la decisión del Consejo de Estado constituye una vía de hecho por haber impuesto una medida de censura a un medio de comunicación"*.

1.1.7. *Capítulo 2: Configuración de una vía de hecho en el caso concreto.* Este capítulo se divide en dos segmentos. En el primero de ellos, el peticionario enumera quince argumentos que, en su criterio, demuestran la configuración de una vía de hecho en las providencias que se controvierten por vía de tutela. En el segundo, profundiza en los dos primeros argumentos enunciados.

Pages 303 130 720
Online 400
Vis. today 20 530
(http://www.hlstats.com/viewstats/?sid=1206326&ccid=605)

1.1.7.1. *Razones por las cuales existe una vía de hecho*. Antes de iniciar la enunciación de los argumentos referidos, el demandante cita las sentencias SU-329 de 1998, T-567 de 1998 y SU-047 de 1999, sobre las condiciones para que se configure una vía de hecho judicial en casos particulares. Luego procede a presentar las razones por las cuales dichas condiciones se cumplieron en este caso, como se indica a continuación.

1.1.7.1.1. La orden impartida implica censura, contrariando la Constitución y los tratados internacionales relevantes.

1.1.7.1.2. La decisión del Consejo de Estado interpreta la Constitución, función que es "privativa de la Corte Constitucional".

1.1.7.1.3. La decisión le otorga a la acción popular un alcance que no tiene y contraría su naturaleza constitucional, al aceptar que sea procedente en este caso.

1.1.7.1.4. La decisión invoca como derecho colectivo violado el derecho a la prestación eficiente de los servicios públicos, *"lo cual no guarda relación con el proceso"*.

1.1.7.1.5. Existe vía de hecho porque *"el mismo Consejo de Estado, frente a una demanda IGUAL, absolvió a la Cadena Super S.A. descartando que se trataba de derechos e intereses colectivos. Me refiero al fallo del 2 de junio de 2005, proferido por la Sección Tercera, Consejera Ponente la doctora Ruth Stella Correa Palacio, proceso con número de radicación AP-2500-23-27-000-2003-00720-02, promovido curiosamente por la misma Fundación 'Un Sueño Por Colombia'"*.

Para demostrar que "el fallo de primera instancia de la demanda contra la Cadena Super es IGUAL, en esencia, al de RCN", el demandante transcribe los siguientes dos extractos de las partes resolutivas de ambas decisiones:

"Fallo Cadena Super:

Pages 303 130 720
Online 400
Vis. today 20 530
(http://www.histats.com/viewstats/?sid=1206326&ccid=605)

'Primero. Ampáranse los derechos colectivos a la defensa del patrimonio público, la defensa del patrimonio cultural de la Nación, la seguridad y salubridad públicas, los derechos de los consumidores y usuarios y la moralidad pública.

Segundo. En consecuencia, ordénase al Ministerio de Comunicaciones para que en el término de 48 horas contadas a partir de la ejecutoria de esta sentencia, inicie la correspondiente investigación que determine si se debe restringir o no el formato utilizado por la sociedad Cadena Super S.A. en la emisión de los programas (...)'.

Fallo RCN:

'Primero: Ampáranse los derechos colectivos a la moralidad pública, defensa del patrimonio público, patrimonio cultural de la nación, seguridad y salubridad pública y de los consumidores y usuarios de radio en Colombia.

Segundo: En consecuencia, ordénase al Ministerio de Comunicaciones que en el término de 48 horas, contadas a partir de la ejecución de esta sentencia, inicie la correspondiente investigación que determine si se debe restringir o no el formato utilizado por la sociedad RCN en la emisión del programa radial 'El Mañanero de la Mega' y si es del caso imponer sanciones que en derecho correspondan, ejerciendo para tales efectos las funciones de inspección, control, vigilancia y sancionatoria de las cuales se encuentra investido, tendientes

a determinar la responsabilidad por la conducta desplegada por sus presentadores en las condiciones y bajo los parámetros de orden constitucional y legal establecidos y determinados en la parte motiva de esta sentencia. (...)'"

Acto seguido afirma el demandante: *"Los Magistrados notarán que los derechos son los mismos y que en ambos fallos se habla de la posibilidad de restringir el formato de los programas cuestionados. // Sorprende entonces, de manera superlativa, que la decisión en segunda instancia de cada caso sea diametralmente opuesta. // Mientras hubo condena en el caso de RCN, hubo absolución en el caso de la Cadena Súper. ¿Por qué? Sencillamente porque en el segundo caso se estimó que 'es claro que tales derechos no han sido definidos por el legislador como colectivos, y por tanto escapan a la finalidad propia de las acciones populares, es decir, no son susceptibles de protección a través de la acción popular'. Y luego: 'En síntesis, ninguno de los derechos de los cuales la actora pide su protección a través de esta acción popular, han sido definidos constitucionalmente como colectivos, y por tanto,*

esta acción resulta improcedente para su protección'. ¿Puede haber un caso más palmario de vía de hecho?"

Online 406
Vis. today 20 530
(http://www.histats.com/viewstats/?sid=1206326&ccid=605)

1.1.7.1.6. Los derechos que supuestamente se protegieron en el fallo, a saber, los derechos a la prestación eficiente del servicio público de radiodifusión y los derechos de los consumidores y usuarios de la radio colombiana, "si fuesen pertinentes, que no lo son, tienen rango legal, de modo que no pueden ser enfrentados a un derecho de rango constitucional como es la libertad de expresión y la libertad de prensa sin censura". La sentencia que se controvierte "crea la apariencia, totalmente infundada, de que los derechos supuestamente protegidos, tienen rango constitucional"; al no tenerlos, no pueden confrontarse con las libertades de expresión, de información y de prensa.

1.1.7.1.7. El fallo que se controvierte, *"aunque no lo reconoce explícitamente, en verdad invoca adicionalmente como derecho colectivo afectado el de la moral pública, cuando éste no es un derecho colectivo"*.

1.1.7.1.8. El Consejo de Estado *"condenó a Radio Cadena Nacional S.A. al cumplimiento de la sentencia, sin tomar en consideración que esta persona jurídica no es concesionaria o titular de las frecuencias en las que se transmite El Mañanero de La Mega, a saber: Bogotá, 90.9; Barranquilla 93.1; Bucaramanga 106.7; Cali 92.5; Cartagena 94.5; Cúcuta 99.2; Eje Cafetero 98.3; Manizales 99.7 y Medellín 107.9. Este es un grave caso de pretermisión del presupuesto procesal 'legitimación en la causa por la parte pasiva' que lejos de cualquier procesalismo formalista tiene un hondo significado sustancial. En efecto, significa, ni más ni menos, que se ha condenado a llevar a cabo unos actos y a poner en práctica una conducta a una persona jurídica que carece de la titularidad jurídica que se le atribuye como propietario u operador de las frecuencias por las cuales se transmite el controvertido programa de radio. Dicho de otro modo, la sentencia condena a ejecutar unas obligaciones a un ente –RCN- que no es titular de las concesiones radiales afectadas con la decisión. Es evidente la vía de hecho, por cuanto se ha condenado a un tercero a llevar a cabo actuaciones que no le corresponden, ni hacen parte de su objeto social, ni sobre ellas tiene control jurídico. Hay un evidente desbordamiento procesal que termina afectando valores sustanciales porque impone unas cargas a una persona jurídica que es un tercero en el plano jurídico respecto de la capacidad para llevarlas a cabo. No se diga que de todos modos RCN actuó en el proceso y que eso subsana el vicio, por cuanto invariablemente durante sus actuaciones llamó la atención sobre la ausencia de legitimidad en la causa, y si continuó actuando, lo hizo simplemente porque la jurisdicción no prestó atención a este hecho. Actuó, pues, de manera forzada"*.

Pages 303 130 720
Online 400
Vis. today 20 530
(http://www.hstats.com/viewstats?sid=12065&cid=605)

1.1.7.1.9. En el fallo de primera instancia se afirmó que el programa "El Mañanero" se transmitía durante un horario de audiencia infantil y juvenil y estaba dirigido a dicho horario, *"circunstancia que nunca se probó en el proceso. Por lo demás, esta afirmación desconoce el hecho protuberante de que en materia de radiodifusión (a diferencia de la televisión) no existe señalamiento de franjas por edades"*.

1.1.7.1.10. La sentencia confunde la moralidad pública con la moralidad administrativa, la cual sí es un derecho colectivo susceptible de protección mediante la acción popular, mientras que la moralidad pública, *"aunque es un valor de trascendencia innegable, no hace parte de los derechos e intereses que pueden ser protegidos por este tipo de acción. No es que no merezcan protección, sino que no es este el instrumento adecuado"*. Precisa el demandante que la parte resolutiva de la sentencia no alude a la moralidad en ninguno de sus sentidos, pero que de la parte motiva se infiere con total claridad que *"uno de los elementos centrales de la sentencia fue la protección de la moralidad pública mediante un mecanismo totalmente inadecuado"*; por ello, la vía de hecho es evidente. Cita a este respecto el siguiente extracto de la parte motiva del fallo del Consejo de Estado que se ataca:

"Directamente relacionado con la libertad de expresión encontramos la posibilidad de fundar medios masivos de comunicación, tradicionalmente conocida como libertad de prensa, la cual goza también de una especial protección del Estado, pues también es una condición estructural de funcionamiento de la democracia y el Estado de Derecho. El carácter preferente de la libertad de expresión y de prensa no significa que esos derechos sean absolutos o que carezcan de límites legítimos, al contrario, pueden ser limitados, por ejemplo para asegurar el respeto a los derechos o la reputación de los demás, o para la protección de la seguridad nacional, el orden público, la salud o la moral pública, así como también para proteger el derecho a la intimidad o al buen nombre. (...) En efecto, dichas aserciones contrarían la moral pública, entendida esta como aquellos principios, valores y virtudes fundamentales, aceptados por la generalidad de los individuos los cuales constituyen el soporte de una convivencia libre, digna y respetuosa".

1.1.7.1.11. Continúa el actor: *"...Para soslayar que la sentencia pretende equivocadamente defender la moralidad pública, afirma que su verdadero propósito es proteger la calidad de las emisiones"*. Cita a este respecto el siguiente aparte del fallo:

"En el caso sub judice en ningún momento se está vulnerando dicha libertad (de expresión), toda vez que lo que se está protegiendo es el respeto por los principios y normas que regulan

el servicio publico de radiodifusion, por lo que con el actuar de los demandados se estan violando los derechos de los usuarios, ya que los destinatarios deben recibir un servicio de calidad, al tener un contenido diverso a la función social que lo caracteriza".

Pages 303 730 720
Online 400
Vis. today 20 530
(http://www.histats.com/viewstats/?sid=1206328&cid=605)

Sobre este segmento del fallo, afirma el actor: *"He aquí pues algo más aberrante que la censura a favor de la moral. Ahora estamos en presencia de la censura a favor de la supuesta calidad del contenido. Además de constituir una contradicción con los propios razonamientos de la sentencia anteriormente reseñados, es claro que estamos en presencia de una forma totalmente subjetiva de censura".*

1.1.7.1.12. El actor califica de "inexplicable" la afirmación que se hace en la sentencia, según la cual el programa "El Mañanero" contraría los valores democráticos: "Es difícil esclarecer de qué modo las expresiones del programa (vulgares y procaces como lo hemos admitido), vulneran la democracia. Pero así lo afirma la sentencia: '…las expresiones y comentarios de los comunicadores no son respetuosos ni fomentan valores democráticos…'".

1.1.7.1.13. La sentencia se basa en una contradicción que la hace antinómica: "En efecto, aunque reconoce que el objetivo del programa no contraviene la normatividad vigente, decide intervenirlo de una manera tal que implica una verdadera censura, como ya se explicó". Para estos efectos cita el siguiente párrafo de la sentencia:

"La Sala observa, que es evidente que el objetivo de programas, como el mencionado, en principio no va en contravía de la normatividad vigente, sin embargo, las diferentes actitudes, manifestaciones y expresiones de los comunicadores, no solo están desviando la función de orientar y educar a la sociedad, sino también están contrariando el deber legal de promover los valores y principios que caracterizan a una sociedad".

1.1.7.1.14. Si bien se presentó la tutela contra la sentencia del Consejo de Estado, afirma el actor que ella cobija tanto la sentencia de primer grado del Tribunal Administrativo de Cundinamarca, como las actuaciones posteriores a la sentencia de segunda instancia, que en su concepto han prolongado la vía de hecho, y que describe así:

"En primer lugar, está el oficio del Secretario del Tribunal distinguido con el número MH-

Pages 303 130 720
Online 400
Yesterday 27 330
(http://www.histats.com/viewstats/?sid=1206326&ccid=605)

05-2866 donde se requiere información sobre 'la forma como fue adecuado el formato (y) si se tuvo en cuenta el vocabulario y la forma' lo que reafirma nuestra afirmación de que es un caso de censura previa. Por su parte, el auto con el que se da inicio al incidente de desacato (19 de mayo de 2005) demuestra igualmente el designio de censurar el programa. Un hecho que parecería producto de una ligereza, pero que muestra la verdadera catadura de lo que está ocurriendo, es que aunque la sentencia (de primer grado, confirmada en este punto) habla de la creación de un comité para la verificación de su cumplimiento, el apoderado del actor, en lapsus bastante interesante, se refiere en memorial presentado el 17 de febrero de 2005, al 'comité de vigilancia', lo cual recuerda los peores momentos de la censura de prensa. El auto en el que se resuelve la solicitud de aclaración del fallo es igualmente indicativo. Dice así en el párrafo 1 de la página 2: 'el servicio de radiodifusión sirve para edificar y formar no solo opinión pública sino también inclinaciones y preferencias concretas' entre los oyentes. Esta afirmación es extremadamente preocupante y pone también en peligro la salvaguarda del derecho al libre desarrollo de la personalidad. En el párrafo 1 de la página 3, agrega que 'solamente se le están dando (al demandado) pautas para que el servicio de radiodifusión cumpla con todas cada una de las finalidades que la rigen'. Dar pautas es un concepto opuesto al de la responsabilidad posterior de los medios, que es la noción admitida en la Constitución. Por su parte, no hay como fundamentar lo relacionado con la vigilancia del lenguaje si la Corte Constitucional declaró inexequible la expresión 'y atenerse a los dictados universales del decoro y buen gusto' del artículo 2 de la Ley 74 de 1966 (Sentencia C-10 de 2000)".

1.1.7.1.15. A continuación indica el peticionario que en el auto que resolvió la solicitud de aclaración se incurre en vía de hecho al afirmar que la Resolución sancionatoria del Ministerio de Comunicaciones carece de cualquier posibilidad de debate tanto en la vía gubernativa como en la judicial, pues *"cualquier otra interpretación podría modificar un pronunciamiento contenido en la sentencia con fuerza de cosa juzgada dentro de la acción popular, decisión contra la cual ni siquiera cabe recurso extraordinario de súplica según lo ha sostenido esa máxima Corporación"*. Sin embargo, para el actor lo que ha ocurrido es que el Consejo de Estado ha reemplazado al Ministerio de Comunicaciones en el ejercicio de sus funciones:

"El Tribunal sigue ejerciendo en la práctica la vigilancia del programa y hasta se llegó a exhortar al gobierno para que implante franjas juveniles en la radio. También hacemos nuestras las afirmaciones del Ministerio: 'la orden de implantar un esquema de franjas de programación radial es una orden de política de telecomunicaciones, como quiera que no afecta solamente concesionarios de programas radiales materia de la presente acción popular, sino TODOS los concesionarios del servicio. El Ministerio de Comunicaciones acata la instrucción del Honorable Consejo de Estado, pero para la efectividad del inciso 2 del art. 113 Superior y ante la ausencia de comité de seguimiento pregunta si debe someter a apro-

Pages 203 150 720
Online 400
Vis. today 20 530
(http://www.histats.com/viewstats/?sid=1206326&cid=905)

bación del Honorable Consejo de Estado el acto administrativo que determine el esquema de franjas. ¿Cómo operará el control de legalidad del acto administrativo que determine el esquema de franjas, sabiendo que es resultado de una orden de juez constitucional? ¿Conserva el Ministerio de Comunicaciones la potestad de suprimir o modificar el esquema de franjas de programación en radio si observa la conveniencia de tal eliminación, dadas sus competencias como autoridad de telecomunicaciones? ¿O debe notificar al Honorable Consejo de Estado de tal intención con el fin de no infringir la sentencia?'".

1.1.7.2. *Existencia de censura en el caso concreto.* Expuestos los anteriores argumentos, el actor procede a reforzar su afirmación en el sentido de que la orden impartida por el Consejo de Estado implica censura, contrariando así la Carta Política y los tratados internacionales de derechos humanos, que la prohíben.

Luego de citar lo dispuesto en el artículo 20 Superior, el actor reitera que *"la imposición de restricciones a la difusión de información sólo es aceptable de manera excepcional por vía legal. Aún en los eventos en que la ley ha establecido ciertas restricciones a la difusión de informaciones, ello no faculta a las autoridades públicas y mucho menos a los jueces, para exigir controles o verificaciones previas a una emisión o publicación, porque necesariamente se violaría el principio universal acogido por nuestro máximo ordenamiento jurídico. La verificación sobre el cumplimiento de dichos parámetros o restricciones legales es algo que se circunscribe a los mecanismos de responsabilidad aplicables ex post facto. // Es decir, si un Estado democrático desea imponer ciertos límites a la difusión pública de información (lo cual solo se puede hacer de forma excepcional bajo los parámetros analizados), lo podría hacer estableciéndolo con claridad en la ley. Lo que en ningún caso es posible, sin*

afectar el derecho fundamental a la libertad de expresión, es establecer mecanismos de control previos; debe limitarse a imponer responsabilidades posteriores derivadas del incumplimiento y verificables para cada caso concreto".

Acto seguido se cita la sentencia C-010 de 2000, en la cual la Corte precisó el contenido de la noción de censura y aclaró que el cumplimiento de las responsabilidades legales correlativas a la libertad de prensa, expresión e información sólo puede verificarse de manera posterior. Luego afirma el demandante que en este caso el Consejo de Estado, en la parte resolutiva de la sentencia controvertida, impuso una censura, a pesar de afirmar lo contrario en la parte motiva.

También controvierte el actor la afirmación de la sentencia según la cual en este caso no hay

censura porque esta es discriminatoria en sí misma, mientras que lo que se ha hecho es un "juicio técnico de conveniencia". Afirma el demandante a este respecto que existe "un notable mal entendimiento de la doctrina constitucional sobre la materia":

Pages 303 110 720
Online 400
Vis. today 20 530
(http://www.histats.com/viewstats/?sid=1206326&ccid=605)

"Lo que ha dicho la Corte es que uno de los requisitos para que las restricciones que excepcionalmente se pueden imponer a la difusión de informaciones es que las mismas, además de razonables y proporcionadas, sean generales y no privilegien cierta información o enfoque. Pero ello nada tiene que ver con la censura, la cual está prohibida sin excepción. Se repite que una cosa es que se puedan establecer ciertos límites al contenido de la información y otra muy distinta que para verificar le cumplimiento de dichos límites o para cualquier otro propósito se abrogue el Estado la facultad de revisar el contenido de un programa o discurso o texto antes de que este sea emitido o difundido, lo cual está terminantemente proscrito en nuestro Estado de Derecho. Por eso, el hecho de que la decisión no sea discriminatoria o que se base en un informe técnico no desvirtúa en ninguna medida que la misma constituye un acto de censura judicial".

Para el demandante no existe duda sobre el carácter de censura de la orden impartida por el Consejo de Estado *"cuando ordena 'adecuar' el programa a ciertos parámetros, lo que implica que el Estado o el mismo Consejo de Estado deberá verificar previamente si efectivamente el programa se adecuó a dichos estándares, y mucho más si los parámetros a los que se debe adecuar son referidos a los 'temas' y no solo al lenguaje. // Es decir, a partir de la sentencia, la emisora deberá adecuar los temas del programa, que no es otra cosa que su contenido mismo, a los parámetros señalados por el Consejo de Estado. No existe otra manera de dar cumplimiento a la sentencia que verificando previamente el contenido del programa, como se desprende además de la orden dirigida al Ministerio de Comunicaciones en el sentido de cumplir sus funciones de vigilancia, de conformidad con los artículos 16 y 17 de la ley 74 de 1966 y los artículos 3º y 5º del decreto 1901 de 1990. Si bien la orden no dice expresamente que el Ministerio debe necesariamente sancionar al titular del programa, ni que debe controlar previamente el contenido del mismo, le advierte de antemano que dicho Ministerio 'incumplió su deber legal de vigilancia y control respecto de las trasmisiones radiales del programa' y que su conducta ha sido una 'conducta omisiva que ha permitido y tolerado la emisión de programas que no cumplen con los requisitos exigidos en cuanto al contenido, de acuerdo con las normas constitucionales y legales (...)'. Como se ve al Ministerio no se le dejó mucho margen para obrar".*

Al constituir una censura, afirma el demandante que la orden judicial impartida por el Consejo de Estado es una vía de hecho. Así mismo, considera que los hechos acaecidos con posterioridad a la adopción de esta sentencia corroboran su carácter de censura, y han agravado la violación de los derechos fundamentales a través de la adopción de decisiones de censura

más obvias. El peticionario describe así estos eventos subsiguientes:

Online 400
Vis. today 20 530
(http://www.histats.com/viewstats/?sid=1206326&ccid=605)

"1. El apoderado de RCN solicitó aclaración del fallo en relación con el alcance de la expresión 'adecuar' el contenido del programa. Igualmente, el apoderado del Ministerio de Comunicaciones solicitó aclaración del fallo.

2. El Consejo de Estado aclaró que se mantuvo vigente la decisión inicial de crear un comité de seguimiento. En cuanto se refiere a la petición de RCN el fallador explicó que no procedía a aclarar la expresión 'adecuar', puesto que su sentido era claro, anotando que 'en las consideraciones se señaló que el Programa El Mañanero de la Mega contiene un vocabulario fuerte, vulgar, y muchas veces utilizado en doble sentido, por tanto es claro el sentido de la orden impuesta'. Como se aprecia, si bien el fallo no fue formalmente aclarado, la providencia deja ver de nuevo el pensamiento del Consejo de Estado en el sentido de que el programa debe ser cambiado para ajustarlo a las consideraciones de la parte motiva de la sentencia y para evitar que continúe siendo un programa donde se usa un vocabulario fuerte, vulgar y de doble sentido.

3. Mediante auto 0202 del 13 de Octubre de 2004, se abrió investigación administrativa contra el concesionario que transmite el programa.

4. Con base en lo dispuesto en la sentencia del Consejo de Estado, la cadena radial se vio obligada a modificar el formato del programa, haciendo cambios en el contenido del programa, especialmente imponiendo restricciones en los temas y en el lenguaje utilizado por los comunicadores. La entidad PaPaz (Red de Padres y Madres) y la Unión Colombiana de Empresas Publicitarias así lo hacen ver en comunicaciones que se adjuntan. En comunicación del 8 de marzo de 2005 (adjunta) RCN hace saber al Tribunal Administrativo de Cundinamarca el cumplimiento de lo ordenado en el fallo del Consejo de Estado 'introduciendo los cambios necesarios en el tratamiento y difusión de aquellos temas que específicamente fueron señalados como controversiales por parte del fallador de última instancia'.

5. El 29 de abril de 205 el Ministerio de Comunicaciones, no obstante que considera que la orden impartida por el Consejo de Estado constituye censura, impuso multa por 70 salarios mínimos mensuales al concesionario titular del programa El Mañanero. El acto administrativo se interpuso recurso (sic) por parte del concesionario sancionado.

6. A solicitud del actor popular, el Tribunal Administrativo de Cundinamarca abrió el incidente de desacato considerando que 'es necesario que esta Corporación verifique el cumplimiento de la orden de continua vigilancia ordenada en el fallo así como la forma en que fue modificado el contenido del programa El Mañanero de La Mega por parte de sus directivos y conductores'.

Sin duda el hecho más destacado y representativo de los ocurridos con posterioridad a la

Pages 400 130 720
Online 400
Vis. today 20 530
(http://www.histats.com/viewstats/?sid=12065268&ccid=605)

sentencia del Consejo de Estado que prolonga y profundiza la grave afectación de la libertad de expresión es la decisión del Tribunal de apertura del incidente de desacato, no tanto por la decisión misma como por su fundamento que se resume en:

- *Verificar el cumplimiento de la orden de continua vigilancia*

- *Verificar la forma en que fue modificado el contenido del programa El Mañanero.*

Como se aprecia, el Tribunal no tiene problema en admitir que el programa el Mañanero quedó sometido a una continua vigilancia judicial y en aceptar que el Tribunal debe revisar la forma que el programa fue modificado en su contenido".

1.1.7.3. *La decisión del Consejo de Estado interpreta la Constitución, lo cual es una facultad de la Corte Constitucional.* En este acápite el actor afirma que la Corte Constitucional ha desarrollado una clara jurisprudencia en el sentido de que sólo a ella compete interpretar la Constitución, y que las sentencias en las que se plasman dichas interpretaciones son obligatorias, "sin que esta competencia pueda ser asumida por otros jueces, dado que la única intérprete auténtica es la Corte Constitucional, sin que pueda el Consejo de Estado asumir esta competencia, tal y como lo pretendió realizar en la sentencia que nos ocupa, al interpretar el artículo 20 de la Constitución Política". Cita a este respecto la sentencia SU-640 de 1998.

En este orden de ideas, afirma el demandante que *"se configura la vía de hecho alegada por cuanto la interpretación realizada por el Consejo de Estado, vulnera el derecho constitucional de libertad de expresión de los miembros que componen el programa 'El Mañanero de La Mega', al darle al artículo 20 de la Constitución Política un alcance que ella misma no trae, puesto que si bien el artículo mencionado establece que los medios de comunicación tienen una 'responsabilidad social', es claro que corresponde a la Corte Constitucional y no al Consejo de Estado establecer el alcance mismo de esta expresión".*

Por otra parte, afirma que el Consejo de Estado desconoció la jurisprudencia constitucional, concretamente la sentencia T-633 de 2002, al atribuirle al derecho colectivo a la prestación eficiente de los servicios públicos un alcance que no le corresponde: *"La Corte Constitucional, ha establecido que el derecho a la prestación eficiente de los servicios públicos 'se relaciona con la continuidad en el servicio, es decir que no debe interrumpirse la prestación salvo que exista una causa legal compatible con la Constitución', en nada hace referencia a que esta prestación eficiente se afecte con la emisión de un programa que según las propias palabras del Consejo de Estado, no cumple con la normatividad legal y constitucional, normatividad que de ninguna forma puede verse a través de un contexto moral, tal y como lo hace el Consejo de Estado".*

Pages 303 130 720
Online 400
Vis. today 20 530
(http://www.histats.com/viewstats/?sid=1206326&ccid=605)

En resumen, considera que se viola la Constitución Política al permitir la existencia de distintas interpretaciones de la Carta por interlocutores que no cuentan con legitimad para ello: *"Es claro que el Consejo de Estado al interpretar los aspectos que componen la responsabilidad social que involucra la libertad de expresión, así como incluir dentro de la interpretación del derecho a la prestación eficiente de los servicios públicos connotaciones morales que la Corte Constitucional no incluyó, creo sin lugar a dudas una censura sobre las expresiones realizadas por los locutores del programa 'El Mañanero de La Mega' y en todo caso debió remitirse de presentare duda sobre el alcance de los derechos mencionados, a lo expresado por la propia Corte Constitucional en relación con la interpretación del derecho a la libertad de expresión y a la prestación eficiente de los servicios públicos, lo cual en este caso no ocurrió"*.

1.1.7.4. *El fallo del Consejo de Estado confiere a la acción popular un alcance que no tiene al aceptar su viabilidad en el caso bajo estudio, contrariando su naturaleza constitucional.* En este segmento el actor afirma que "si bien en el presente caso el Consejo de Estado no lo menciona directamente, es claro que el derecho que en últimas pretende proteger es la moral pública, entendiendo que al haberse vulnerado este derecho, no se prestó en forma eficiente el servicio público de la radiodifusión". Y precisa que la moral pública no es un derecho o interés que pueda ser protegido mediante la acción popular, ya que no se consagra como derecho o interés colectivo – como lo ha reiterado en su jurisprudencia el propio Consejo de Estado.

1.1.8. Por las anteriores consideraciones el demandante formula las siguientes peticiones a la Corte:

"1. Se conceda el amparo de tutela.

2. Se deje sin efecto la sentencia proferida por el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, el día 29 de julio de 2004, Magistrado Ponente Dr. Germán Rodríguez Villamizar, dentro del expediente No. 2500-23-24-000-2003-01003-01 Acción Popular de Fundación Un Sueño por Colombia contra Ministerio de Comunicaciones y Radio Cadena Nacional S.A. R.C.N."

1.1.9. El actor adjuntó a su demanda copia documental de las distintas providencias adopta-

Pages 303-130-720
Online 400
Vis. today 20 500
(http://www.histats.com/viewstats/?sid=1206326&ccid=605)

das en el curso del proceso reseñado por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca y el Consejo de Estado. El contenido de estas providencias se reseña en detalle en la sección 1.3. del presente fallo.

1.2. Contestación de las autoridades demandadas

No obra en el expediente constancia de que el Consejo de Estado haya dado contestación a la acción de tutela de la referencia. Intervino, sin embargo, el Ministerio de Comunicaciones, así como el apoderado de la Fundación "Un Sueño por Colombia", que promovió la acción popular.

1.2.1. Intervención del Ministerio de Comunicaciones

El Ministerio de Comunicaciones, por medio de apoderado, intervino en el proceso de tutela de la referencia a pesar de no ser parte demandada, por entender *"que su llamado a participar en el proceso tiene que ver con las afirmaciones del tutelante, relacionadas con la actividad desplegada por esta entidad con posterioridad a la aclaración de la sentencia"*.

1.2.1.1. En primer lugar, afirma que no se agregará nada a lo que ya afirmó el Ministerio dentro del trámite de la acción popular, y aclara *"por si hiciera falta que siempre insistió en que sus manifestaciones no comprometían la actividad investigativa y sancionatoria de su competencia, frente a los hechos denunciados en la demanda con que se instauró la acción popular"*.

1.2.1.2. En relación con la sanción impuesta a RCN, se afirma: *"La tutelante, aunque fue investigada conforme ordenó la sentencia ahora bajo examen, fue sancionada en el marco de las competencias propias del Ministerio de Comunicaciones. // Se anexa copia de la resolución sancionatoria (000810 de 29 de abril de 2005). Habiendo sido recurrida oportunamente, está en curso a la fecha la notificación de la decisión del recurso de reposición, contenida esta en la resolución 001629 de 25 de julio de 2005, la cual se halla en trámite de notificación al interesado (...)"*.

Pages 303 130 720
Online 400
Vis. today 20 530
(http://www.histats.com/viewstats/?sid=1206326&ccid=605)

1.2.1.3. En relación con los argumentos expuestos en la demanda, el Ministerio efectúa los siguientes comentarios:

1.2.1.3.1. En cuanto al *"bien público sobre el que recae la actividad del tutelante"*, es decir, el espectro electromagnético, se cita el artículo 75 de la Constitución Política, y se afirma que *"en todo el mundo, la explotación del espectro electromagnético justifica la intervención del Estado en radio y televisión"*. Para sustentar esta afirmación se cita la sentencia T-081 de 1993.

1.2.1.3.2. A continuación se expresa que *"no hay derechos absolutos en cuanto a informar"*, citando la sentencia C-073 de 1996.

1.2.1.3.3. Luego, en relación con la afirmación de la demanda según la cual se dejaron de aplicar disposiciones de tratados internacionales sobre la libertad de expresión, se expresa que *"la reflexión es obvia: ¿porqué espera la sociedad tutelante que solamente se les aplique la parte de la Convención Americana de Derechos Humanos que les conviene, y no toda?"*. Se recuerda que de conformidad con la jurisprudencia constitucional, no hay derechos absolutos, y se cita la sentencia C-150 de 1993 para sustentar tal afirmación. Luego se citan los artículos 13 y 32 de la Convención Americana de Derechos Humanos, en los cuales se expresa que (i) el ejercicio de la libertad de expresión está sujeto a responsabilidades ulteriores en los términos de la ley para asegurar el respeto de los derechos de los demás, y (ii) los derechos de cada persona están limitados por los derechos de los demás y el bien común. También se citan los artículos 29 y 30 de la Declaración Universal de Derechos Humanos, sobre los deberes de las personas frente a la comunidad y las limitaciones legítimas al ejercicio de los derechos humanos, para concluir: *"El Ministerio de Comunicaciones se pregunta si querer un derecho absoluto ('antiderecho', según la expresión en alguna ocasión de la Corte Constitucional), no es buscar la supresión de los derechos de otros"*. Y se cita la sentencia C-581 de 2001.

A continuación se afirma que *"El Ministerio de Comunicaciones acepta que el ejercicio de los derechos a informar y a expresarse deben respetarse, pero no a costa del derecho a ser informado ni de la responsabilidad social que apareja su ejercicio"*, citando en sustento la sentencia T-293 de 1994. Luego se cita la sentencia T-048 de 1993, sobre la responsabilidad social de los medios de comunicación.

Pages 303 130 720
Online 400
Vis. today 20 530
(http://www.hitstats.com/viewstats/?sid=1206326&ccid=605)

1.2.1.3.4. Se recuerda a continuación que en su demanda de tutela, RCN *"reconoce las características del contenido del programa El Mañanero"*.

1.2.1.3.5. Se afirma luego que *"en ninguna parte del mundo existe libertad absoluta para los medios de comunicación"*.

1.2.1.3.6. En el aparte siguiente afirma el abogado del Ministerio que *"las concesiones radiales tienen que ser utilizadas en beneficio general, no particular"*, citando la sentencia C-082 de 1993 y el artículo 3º del Decreto-Ley 1900 de 1990.

1.2.1.3.6. Luego se dice que *"el Estado tiene el deber de mantener controles, así sea por vía excepcional, de los medios de comunicación"*, y que *"el Estado colombiano debe controlar, desde luego bajo medidas excepcionales y dentro del respeto a la libertad de expresión, los medios de comunicación"*, citando a este respecto la sentencia C-033 de 1999.

1.2.1.3.7. A continuación se afirma que *"los límites al derecho a informar o expresarse son los impuestos por el interés general"*, citando la sentencia C-073 de 1996.

1.2.1.3.8. Después se afirma que *"el contenido de las transmisiones radiales no es indiferente para el ordenamiento constitucional colombiano, ni en ningún otro"* (sic), citando la sentencia C-010 de 2000 y algunos pronunciamientos doctrinarios.

1.2.1.4. El Ministerio aportó una copia de la Resolución 000810 del 29 de abril de 2005, mediante la cual se impuso una sanción a RCN en cumplimiento del fallo de acción popular del Consejo de Estado. El texto de esta resolución, en lo pertinente para el presente proceso de tutela, se transcribe en el capítulo siguiente de esta providencia.

1.2.2. Intervención de la Fundación "Un Sueño por Colombia"

Pages 303 130 720
Online 400
Visit today 20 550
(http://www.histats.com/viewstats/?sid=1206326&ccid=605)

El apoderado de dicha Fundación intervino dentro del proceso de tutela que se revisa, para expresar lo siguiente:

1.2.2.1. La libertad de expresión no es un derecho absoluto, como tampoco lo es la transmisión de programas de radiodifusión: *"existe una normatividad que los reglamenta y limita básicamente en el interés general y social que prima sobre los intereses individuales y particulares de los beneficiarios de las concesiones que le han sido otorgadas por el Estado y que explotan con ánimo de lucro como el que ejerce Radio Cadena Nacional S.A. RCN"*. Para sustentar este aserto se transcriben algunos apartes de los Decretos 1446 de 1995, 1447 de 1995, 3418 de 1954, 2737 de 1989 y 1900 de 1990, así como de la Ley 74 de 1966.

Se expresa luego que *"en momento alguno se pretende que se coarte la libertad de expresión, pero tampoco y amparados en la libertad de expresión se puede pensar que ella tiene el carácter de absoluta, ya que la existencia de la libertad de expresión supone limitaciones y una de ellas es el respeto por la audiencia al igual que muchas otras normas (...) ya que la utilización del espectro electromagnético, propiedad exclusiva del Estado colombiano es una actividad reglamentada, controlada y regulada por el Ministerio de Comunicaciones como ya se ha dejado en claro. En toda sociedad existen un mínimo de normas de conducta (sic) y con tansmisiones como las efectuadas y denunciadas en la presente acción se atenta contra el público en general y especialmente contra los menores y adolescentes"*. Afirma que en virtud del artículo 2 de la Carta, uno de los fines esenciales del Estado es la protección de la moral y las buenas costumbres. También cita los artículos 42, 44 y 45 de la Constitución, y cita la sentencia C-010 de 2000.

1.2.2.2. Los medios de comunicación tienen responsabilidad social, en virtud del artículo 20 de la Constitución; *"temeraria por tanto resulta la afirmación que lanza el apoderado de RCN, contra la sentencia de 29 de julio de 2004 del Consejo de Estado, cuando en momento alguno ella está exigiendo el control previo y la revisión antes de su emisión de las transmisiones, que es lo que precisamente supone la censura contra los medios de comunicación propios de los estados totalitarios en los cuales se niega la posibilidad de disentir contra el Estado y el gobierno. Y es precisamente una premisa falsa, ese cargo injusto e injurioso contra una decisión judicial que pretende crear confusión. ¿Quién está a favor de la censura? Nunca ha sido esa la intención de la Fundación obtener una decisión en tal sentido ni ese es el alcance de dicha decisión. Con el juego de palabras que solamente pretende confundir, es que se presenta una infundada acción, que pretende convertir en tercera instancia un proceso previsto legal y constitucionalmente de dos instancias. Los conceptos de libertad de expresión y libertad de opinión, bases esencias (sic) de las democracias lo son por ser derechos inalienables e imprescriptibles de la sociedad y los individuos de carácter político y*

Pages 303,130 720
Online 404
Vis. today 20,530
(http://www.histats.com/viewstats/?sid=1206326&ccid=605)

cios inalienables, e imprescriptibles de la sociedad y los individuos de carácter político y civil (sic), lo cual es ajeno al debate que fue debidamente resuelto en el fallo objeto de la tutela, el cual se centra precisamente no propiamente en opiniones y criterios que tiene a formar sociedad a generar cultura (sic), sino que por el contrario lo que fue fallado y condenado fue el proceder irresponsable, antiético y antijurídico, pero ante todo subversivo de la sociedad y sus valores".

1.2.2.3. Finalmente, considera que no existe una vía de hecho en la sentencia que se controvierte.

1.3. Otras pruebas que obran en el expediente.

El demandante, las entidades demandadas y los intervinientes en el presente proceso han aportado copia de las pruebas documentales que se describen a continuación.

1.3.1. Sentencia de primera instancia adoptada por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Primera, Sub-Sección B, el 25 de noviembre de 2003, M.P. Carlos Enrique Moreno Rubio, dentro del proceso de acción popular promovido por la Fundación Un Sueño Por Colombia. Los siguientes son los apartes centrales de la parte motiva de esta providencia:

"Procede la Sala entonces a confrontar la anterior disertación (...) con el siguiente material probatorio que obra en el expediente, el cual fue aportado por el demandante:

Tres cassettes con las respectivas transcripciones de las transmisiones radiales realizadas por el programa 'El Mañanero de La Mega' los días martes trece (13) y lunes diecinueve (19) de mayo, viernes cuatro (4) de julio y viernes veintinueve (29) de agosto, todos de 2003.

Después de escuchar y leer detenidamente su contenido sobresalen como temas generales el sexo y la sexualidad.

Pages 303 130 720
Online 46
Vis. today 20 530
(http://www.histats.com/viewstats/?sid=1206326&ccid=605)

De los anteriores observa la Sala la forma utilizada para la presentación del programa, en el cual se incluye de manera evidente, indiscriminada e imprudente un vocabulario soez por parte de sus voceros, para tocar los temas anteriormente referidos.

Se destacan por su contenido distorsionado y prosaico los comentarios del gusto sexual de los presentadores del programa, el concurso propuesto por los mismos locutores para que los jóvenes oyentes llamen para hablar de sus tendencias sexuales e incluso que dos niñas lleguen hasta las instalaciones de la emisora, se besen en la boca durante un minuto como Madonna y Britney Spears y describan su experiencia para los oyentes y así hacerse acreedoras de unas boletas para asistir a un concierto.

Al respecto llama la atención de la Sala algunos de los comentarios hechos en las referidas emisiones, tales como: '…la virginidad después de los 15 es un desaseo, cochinas, mano de cochinas… la primera que muestre que está con hilo dental… la primera que le tire un brasier a Mauricio en la cara se gana las boletas… yo les voy a enseñar a todos, uno coge la vieja y la mira y le dice: mechas, mechas, la vieja que? mechas una mamadita…, yo soy amante del porno, amante total, me declaro amante furibundo del porno, es mi única, es mi única afición…, o sea yo que odio los fanáticos a cualquier cosa, pero yo soy fanático del porno y de…, me llegó un artículo de las cosas que uno llega a creerse de verdad después de ver películas de porno, …este es el mejor sexo por teléfono que tendrás, quédate en la línea para el mejor sexo por teléfono, el más caliente, el más sucio, el mundo está lleno de promesas La Mega te pega al cielo, …es en los colegios donde empieza mucho el jueguito… porque no nos llaman niñas de colegio y nos cuentan ese jueguito porque comienza… no estamos hablando de relaciones homosexuales porque bueno eso ya es otro rollo sino de las relaciones incidentales que suceden de repente, que suceden en plan de rumba y a lo mejor al otro día te despiertas y dices bueno bacano pero no se yo no soy homosexual…, les quiero recordar que estamos entregando las 10 primeras boletas del concierto… a las 5 parejas de niñas que se acerquen a la calle 37 13ª-19 a la mega a nuestro estudio, a las mejores 5 parejas que se den un beso, llamen y cuéntenos… las mujeres que tienen ganas de besarse con otras mujeres, que ya lo han hecho, que lo hacen por amor, o por simple curiosidad, o por fiesta o por diversión o por lo que sea…, aquí no estamos diciendo que imiten a Madona estamos diciendo que se den un beso, …no es un pico…, un beso en la boca un poco sensual un poco erótico…' entre otros.

De lo expuesto hasta el momento la Sala llega a las siguientes conclusiones:

- El Programa ¡El Mañanero de la Mega´ adopta un estilo de humor irreverente para la presentación de la información variada dentro del cual utiliza como pilar el tema de la sexualidad de los jóvenes.

Pages 309 130 720
Online 409
Vis. today 20 530
(http://www.histats.com/viewstats/?sid=1206326&ccid=605)

- Dicho programa se difunde y está dirigido en un horario de audiencia infantil y juvenil.

- El Ministerio de Comunicaciones, en representación de la Nación, es la entidad encargada de controlar, vigilar y sancionar, si es del caso, a quienes transmiten información en espacios radiales, para lo cual cuenta con mecanismos administrativos y constitucionales avalados.

- Dicha intervención del Ministerio de Comunicaciones, en la autorización de la transmisión del programa El Mañanero de La Mega se enmarca dentro de la función de regulación y control de la adecuada prestación de estos servicios públicos que compete al Estado, siendo titular de la obligación de velar porque en su gestión se respete dicho régimen.

Este control y vigilancia debe abarcar de manera integral la forma y el contenido de las trasmisiones radiales y por lo mismo debe tener en cuenta que dice, como se dice y quién dice la información.

En criterio de la Sala el manejo de la sexualidad en los medios de comunicación tiene un impacto importante en la persona, en el sistema familiar, en el sistema educativo, y por lo tanto, en la sociedad.

Es cierto que es tarea para el sector educativo y familiar velar por la educación de los niños y jóvenes pero no es menos evidente que los medios masivos de información deban contribuir, desde su ámbito, al fomento de valores relacionados con la concepción del ser humano y su sexualidad.

En este sentido es deber moral de todos los Colombianos, en especial de quienes ostentan el poder de los medios de comunicación, orientar en la formación de los niños y jóvenes en general en busca de promover espacios de enseñanza para la familia y su entorno de manera que nos integremos de manera armónica a un sistema de valores en el cual sobresalga el orgullo de nuestra cultura, de nuestra idiosincrasia y nuestras costumbres.

En el entendido de la Sala, un presentador de farándula que expresa sus tendencias sexuales a través de un medio masivo de información está transmitiendo una información distorsionada y parcializada que ataca de manera flagrante a quienes lo escuchan.

En este orden de ideas, además de ejercer su derecho a expresarse libremente el locutor está dejando de lado su deber de utilizar los medios de comunicación como instrumento para impulsar el desarrollo social del país para sobreponer intereses de índole personal que invaden la esfera de la intimidad de las personas a quienes se dirige.

Sobre la libertad de expresión e información, y de radio, la H. Corte Constitucional ha seña-

Pages 302 130 720
Online 400
Vis. today 20 530
(http://www.histats.com/viewstats/?sid=1206326&ccid=605)

lado que ésta ocupa un lugar preferente en el ordenamiento constitucional colombiano, no sólo por cuanto juega un papel esencial en el desarrollo de la autonomía y libertad de las personas y en el desarrollo del conocimiento y la cultura sino, además, porque constituye un elemento estructural básico para la existencia de una verdadera democracia participativa, que protege no sólo la facultad de difundir y expresar opiniones e ideas, o libertad de expresión en sentido estricto, sino también la posibilidad de buscar, recibir y difundir informaciones de toda índole, o derecho y libertad de informar y ser informado.

No obstante el carácter preferente de las libertades de expresión, información y prensa no significa que estos derechos sean absolutos y carezcan de límites, así lo señaló la H. Corte Constitucional al abordar el estudio de la demanda de inconstitucionalidad propuesta contra algunos artículos de la Ley 74 de 1966: '...no sólo no existen en general derechos absolutos sino que, en particular, la libertad de expresión puede colisionar con otros derechos y valores constitucionales, por lo cual, los tratados de derechos humanos y la Constitución establecen que ciertas restricciones a esta libertad, son legítimas. Así, conforme a los artículos 13 de la Convención Interamericana y 19 del Pacto de Derechos Civiles y Políticos de las Naciones Unidas, este derecho puede ser limitado para asegurar (i) el respeto a los derechos o a la reputación de los demás, o para (ii) la protección de la seguridad nacional, el orden público, la salud o la moral públicas. Por ello, esta Corporación ha también admitido, en numerosas decisiones, ciertas restricciones a la libertad de expresión a fin de proteger y asegurar, en ciertos casos concretos, otros bienes constitucionales, como el orden público o los derechos a la intimidad o al buen nombre' (sentencia C-010 de enero diecinueve de 2000, M.P. Dr. Alejandro Martínez Caballero).

En este sentido la Corte concluye que los medios de comunicación, si bien son libres, tienen responsabilidad social a fin de proteger valores constitucionales.

Es por esta razón que los programas radiales que transmiten informaciones y opiniones sobre ellos deben orientar a los autores de los distintos conceptos y comentarios que se emiten a fin de transmitir una cultura armónica, fiel a lo que somos, rica en valores, que no atropelle el idioma castellano.

En criterio de la H. Corte es una función elemental del director de esos programas velar para que las obligaciones legales sean cumplidas y si eso no ocurre la ley lo haga responsable por esa culpa, pues de no ser así, no sólo la ley estaría permitiendo una vulneración impune de las normas que regulan la actividad de los medios sino que, además, las personas afectadas quedarían totalmente inermes frente a eventuales agresiones y ataques injustificados que puedan haber recibido.

De otra parte, el proyecto nacional de educación previsto en al Ley 115 de 1994 establece las directrices de la educación en cuanto a lineamientos básicos, metodologías y contenidos, toma en cuenta de manera especial las características y condiciones del recurso humano encargado de formar en la sexualidad.

cargado de formar en la sexualidad.

Pages 303 130 720
Online 400
Vis. today 20 [illegible]
(http://www.histats.com/viewstats/?sid=1206326&ccid=605)

Así, la educación como proceso de formación permanente, personal, cultural y social que se fundamenta en una concepción integral de la persona humana, de su dignidad, de sus derechos y de sus deberes debe ser tarea fundamental de quienes tienen a su alcance las herramientas idóneas para transmitir conocimientos, como es el caso de los medios de comunicación.

Cuando un medio de comunicación haciendo uso del 'humor irreverente' acude a la sexualidad como gancho para atraer audiencia y no con el propósito explícito de informar y orientar sobre sexualidad, amenaza de manera evidente derechos de la colectividad.

Entonces, no es que se deba apagar la radio o cambiar el dial sino que se quieren escuchar despropósitos; es que los medios, así como los padres y la familia en general, deben estar sintonizados en la labor constante de educar, ya que no sería lógico decirle a un hijo que se tape los odios (sic) si no quiere escuchar las agresiones de quien tiene la obligación de enseñarle.

Es por esto que el agente educador debe ser una persona idónea, ha de poseer una personalidad estructurada, madura y responsable, equilibrio e integración de su propia sexualidad, claridad en sus valores y actitudes sexuales y conocimientos adecuados sobre sexualidad humana, con características de liderazgo, creatividad, iniciativa, sociabilidad, flexibilidad, autoaceptación y bienestar personal (PNES, Ministerio de Educación Nacional, 1999).

Imaginémonos una ruta escolar de las que transitan a diario por la ciudad a las siete de la mañana, en la cual el señor conductor del vehículo así como los niños que lo acompañan, encuentran divertido y ameno escuchar los comentarios de un locutor, en la emisora de preferencia, que dice que ama, adora y es amante frenético del porno y todo lo que ha descubierto con el y que además invite a probar lo que es un beso entre dos mujeres o entre hombres. (sic)

En este evento hay diferentes aspectos que aumentan la capacidad de penetración del medio, para el caso la radio como el hecho de llegar a la población de manera no selectiva sin distingos de edad, sexo, clase social, nivel ocupacional educativo y que se transmite en un horario en el que la persona se prepara para iniciar su jornada educativa, laboral, o en camino a esta, es decir, lo puede escuchar.

Lo ideal sería que el locutor o presentador de información fuera conciente de su papel de agente educador, modelo y ejemplo de quienes lo escuchan, responsable de lo que transmite, de la forma en que lo transmite y a quien lo transmite, ya que no es suficiente con decir que esa información debe ser escuchada en compañía de adultos responsables.

En este sentido, deja claro la Sala que no pretende cuestionar la aptitud y tendencias de los

intereses personales de los voceros del programa 'El Mañanero de la Mega' ya que este asunto no es objeto de la presente acción, lo que se busca es determinar la amenaza que representa para los jóvenes y niños la forma en que transmite la información. (sic)

Online 408
Vis. today 20 530
(http://www.hitstats.com/viewstats/?sid=1206326&cid=6035)

En los términos del artículo 8º de la Ley 115 de 1994: 'La sociedad es responsable de la educación con la familia y el Estado. Colaborará con éste en la vigilancia de la prestación del servicio educativo y en el cumplimiento de su función social. (...)' // En el mismo sentido el dictamen rendido en este proceso reiteró que la educación de la sexualidad debe ser individual, progresiva, continua, activa, completa e individual, porque cada niño debe tener su propio desarrollo físico, mental, emocional y por tanto puede reaccionar ante un mismo hecho en forma diferente y en cada etapa hay que darle información de acuerdo con la edad mental, paralela al desarrollo sicosexual del niño y del adolescente. (...)

De las principales conclusiones del dictamen se destaca que de desde la teoría del aprendizaje, los comportamientos que para el joven y su sistema de valores son 'inadecuados', se refuerzan y tienden a afianzarse, y por el contrario las conductas 'adecuadas' tienden a desaparecer por refuerzos negativos, ya que se aprende por imitación y por moldeamiento.

Es de resaltar que dicha información ha de contener una argumentación bilateral que contemple los pro y los contra de lo que se transmite ya que resulta indiscutible que el Mañanero de la Mega maneja una argumentación unilateral. (sic)

En el proceso de aprendizaje los comunicadores del programa radial sirven de modelo y el joven procurará actuar, pensar, hablar de la manera más parecida, es decir, los imita.

En el moldeamiento interviene el concepto como repetición y presentación continua del modelo a seguir, cuyos efectos son más perdurables. (sic)

En el supuesto de que el Mañanero de La Mega sea como se autodenomina: 'un programa líder en su género', escuchado por miles de jóvenes, reviste de mayor atención por parte de quienes tienen a su cargo su vigilancia de saber lo que en el se dice. (sic)

Visto lo anterior, resulta entonces evidente la responsabilidad de los medios de comunicación en la transmisión de información eficaz, apta para jóvenes y niños que se están formando en valores y que necesita ser bien orientados (sic) y la omisión en que ha incurrido el Ministerio de Comunicaciones de su función de vigilancia y control permitiendo la consecución de espacios radiales nocivos para una audiencia indefensa ante los medios de comunicación. (sic)

Así, la Sala estima que la acción popular promovida por la fundación Un Sueño por Colombia está llamada a prosperar, en lo que corresponde a la protección de los derechos colectivos a la moralidad pública, defensa del patrimonio público, patrimonio cultural de la nación, seguridad y salubridad pública y de los consumidores y usuarios de radio en Colombia por lo que así se declarará. (sic)

por lo que así se declarará. (sic)

Pages 303 130 720
Online 400
Yesterday 22531
(http://www.histats.com/viewstats/?sid=1206326&cid=605)

En estas condiciones, la Sala ordenará al Ministerio de Comunicaciones adelantar las gestiones necesarias para garantizar el respeto a la moral pública, las buenas costumbres, los valores, la integridad física y psíquica de la sociedad amenazada en los derechos colectivos anteriormente citados de que han sido objeto por parte del programa radial 'El Mañanero de la Mega'.

En consecuencia, en el término de cuarenta y ocho (48) horas contadas a partir de la ejecutoria de esta sentencia el Ministerio de Comunicaciones estará en la obligación de iniciar la correspondiente investigación que determine si se debe o no restringir el formato utilizado por la sociedad R.C.N. en la emisión del programa radial 'El Mañanero de La Mega', en especial la forma como transmiten información referente al sexo los señores Alejandro Villalobos Mejía, Mauricio Duque Jaramillo, Alexandra Mariño Rico y Alejandra Azcárate Naranjo y si es del caso imponer las sanciones que en derecho correspondan, ejerciendo para tales efectos las funciones de inspección, control, vigilancia y sancionatoria de las cuales se entra investido (sic).

Lo anterior con el objeto de determinar la responsabilidad por la conducta desplegada por sus presentadores en las condiciones y bajo los parámetros de orden constitucional y legal establecidos y determinados en la parte motiva de esta sentencia, los cuales está en la obligación de hacer cumplir a cabalidad.

Se reitera que tales condiciones están relacionadas con la implementación de los procedimientos de información que orienten la formación de los niños y jóvenes en general en busca de promover espacios de enseñanza para la familia y su entorno de manera que se integre de manera armónica a un sistema de valores en el cual sobresalga el orgullo de nuestra cultura idiosincrasia y costumbres.

La implementación de tales procedimientos deberá ser adelantada en forma permanente por el Ministerio de Comunicaciones, como autoridad competente".

Con base en el anterior razonamiento, se impartieron las siguientes órdenes en la parte resolutiva:

"Primero: Ampáranse los derechos colectivos a la moralidad pública, defensa del patrimonio público, patrimonio cultural de la nación, seguridad y salubridad pública y de los consumidores y usuarios de radio en Colombia.

Segundo: En consecuencia, ordénase al Ministerio de Comunicaciones que en el término de cuarenta y ocho (48) horas, contadas a partir de la ejecutoria de esta sentencia, inicie la co-

Pages 203,189,720
Online 400
Visit today 21,520
(http://www.histats.com/viewstats/?sid=12063268&cid=605)

rrespondiente investigación que determine si se debe restringir o no el formato utilizado por la sociedad RCN en la emisión del programa radial 'El Mañanero de la Mega' y si es del caso imponer las sanciones que en derecho correspondan, ejerciendo para tales efectos las funciones de inspección, control, vigilancia y sancionatoria de las cuales se encuentra investido, tendientes a determinar la responsabilidad por la conducta desplegada por sus presentadores en las condiciones y bajo los parámetros de orden constitucional y legal establecidos y determinados en la parte motiva de esta sentencia.

(...) Cuarto: Para efectos de la verificación del cumplimiento de la sentencia, confórmase un comité integrado por la fundación demandante, los señores Ministro de Comunicaciones y Procurador Décimo Judicial ante esta corporación. (...)".

1.3.2. Sentencia adoptada por el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, el 29 de julio de 2004 (M.P. Germán Rodríguez Villamizar), al conocer de la apelación interpuesta por ambas partes contra el fallo del Tribunal Administrativo de Cundinamarca que se acaba de reseñar.

Los apartes relevantes de la parte motiva de esta sentencia son los siguientes:

"3. El caso concreto

En el asunto bajo análisis, los actores solicitan la protección de los derechos colectivos relacionados con la moral pública, las buenas costumbres, los valores, la integridad física y psíquica de la sociedad, la defensa del patrimonio público, del patrimonio cultural de la nación, la seguridad y salubridad pública y los derechos de los consumidores y usuarios, derechos que considera vulnerados por el Ministerio de Comunicaciones al omitir el cumplimiento de las facultades y deberes legales de inspección y vigilancia. En este sentido solicita que las transmisiones del programa radial 'El Mañanero de la Mega' se ajusten a las normas relacionadas con el respeto y moral pública y si es del caso imponer las sanciones que correspondan.

A efectos de resolver la acción popular de la referencia, la Sala considera necesario hacer las siguientes precisiones normativas:

Pages 303 130 720
Online 400
Visitors 20 55
(http://www.histats.com/viewstats/?sid=1206326&ccid=605)

El artículo 20 de la Constitución Política garantiza a todas las personas la libertad de expresar y difundir su pensamiento y opinión, la de informar y recibir información veraz e imparcial, y además la de fundar medios de comunicación, los cuales por disposición constitucional serán libres, pero con responsabilidad social.

De otro lado, el artículo 1º del decreto 1447 de 1995, define el servicio de radiodifusión sonora, estableciendo que es un servicio público de telecomunicaciones, a cargo y bajo la titularidad del Estado, orientado a satisfacer las necesidades de telecomunicaciones de los habitantes del territorio nacional y cuyas emisiones se destinan a ser recibidas por el público en general.

Ahora bien, la ley 74 de 1966 'por la cual se reglamenta la transmisión de programas por los servicios de radiodifusión', en su artículo 2º establece que sin perjuicio de la libertad de información, los servicios de radiodifusión estarán básicamente orientados a difundir la cultura y a afirmar los valores esenciales de la nacionalidad colombiana.

El artículo 5º de la norma citada prescribe que el servicio de radiodifusión podrá transmitir programas culturales, docentes, recreativos, deportivos, informativos y periodísticos. Reza el artículo mencionado:

'Artículo 5º. Por los servicios de radiodifusión podrán transmitirse programas culturales, docentes, recreativos, deportivos, informativos y periodísticos.

Se entiende por programas culturales aquellos en que prevalece manifestaciones artísticas o científicas; docentes, los dedicados a la enseñanza colectiva; recreativos, los destinados al sano esparcimiento espiritual; deportivos, los orientados a informar y comentar sobre eventos de esta naturaleza; informativos (radionoticieros), los que consisten en suministrar noticias sin comentario; periodísticos (radioperiodísticos), los que utilizan modalidades de la prensa escrita, como editoriales y comentarios de noticias o sucesos, con carácter crítico o expositivo'.

Los programas informativos o periodísticos mencionados en la normatividad anterior, los cuales son transmitidos por los servicios de radiodifusión, requieren licencia especial otorgada por el Ministerio de Comunicaciones y expedida a favor del director del programa.

Pages 303 130 720
Online 400
Vis. today 20 530
(http://www.histats.com/viewstats/?sid=1206326&ccid=605)

Además, de conformidad con lo establecido en los artículos 16 y 17 de la Ley 74 de 1966, la vigilancia e inspección de los servicios de radiodifusión compete al Gobierno, el cual las ejercerá por conducto del Ministerio de Comunicaciones, así mismo el titular de la estación de radiodifusión responderá por las infracciones a lo dispuesto en esta ley y sus reglamentaciones, salvo cuando se trate de infracciones cometidas dentro de programas informativos o periodísticos que tengan licencia, caso en el cual el responsable será el director del programa respectivo.

De otro lado, la Ley 72 de 1989 'por la cual se definen nuevos conceptos y principios sobre la organización de las telecomunicaciones en Colombia y sobre el régimen de concesión de los servicios', en armonía con el decreto 1900 de 1990 'por el cual se reforman las normas y estatutos que regulan las actividades y servicios de telecomunicaciones', disponen que las telecomunicaciones tendrán por objeto el desarrollo económico, social y político del país, con la finalidad de elevar el nivel y la calidad de vida de los habitantes en Colombia.

Igualmente, el artículo 9 de la mencionada ley prescribe que el Ministerio de Comunicaciones impondrá a los concesionarios del servicio de telecomunicaciones, las sanciones legales y contractuales por incumplimiento de sus obligaciones, salvo cuando esta facultad sancionatoria esté asignada por ley o reglamento a otra entidad pública.

En este mismo sentido, el decreto 1901 de 1990, 'por el cual se establece la estructura orgánica del Ministerio de Comunicaciones, se determinan las funciones de sus dependencias y se dictan otras disposiciones', los artículos 3º y 5º establecen que el Ministerio ejerce la función de control, inspección y vigilancia general sobre los servicios de comunicaciones, salvo que por ley le corresponda a otra entidad, además de imponer las sanciones que sean del caso.

De otro lado, la libertad de expresión constituye un aspecto fundamental en el ordenamiento jurídico, no solo porque contribuye al desarrollo de la autonomía, la libertad de las personas, el desarrollo del conocimiento y la cultura, sino además, porque constituye un elemento estructural básico para la existencia de una verdadera democracia participativa. ***[33]***

Pages 303 130 720
Online 400
Vis. today 20 530
(http://www.histats.com/viewstats/?sid=4206326&ecid=605)

Directamente relacionado con la libertad de expresión encontramos la posibilidad de fundar medios masivos de comunicación, tradicionalmente conocida como libertad de prensa, la cual goza también de una especial protección del Estado, pues también es una condición estructural de funcionamiento de la democracia y del Estado de derecho.

El carácter preferente de la libertad de expresión y de prensa no significa que esos derechos sean absolutos o que carezcan de límites legítims, al contrario, pueden ser limitados, por ejemplo para asegurar el respeto a los derechos o a la reputación de los demás, o para la protección de la seguridad nacional, el orden público, la salud o la moral pública, así como también para proteger el derecho a la intimidad o al buen nombre. ***[34]***

De lo anterior, y en virtud de los artículos 7º y 20 de la Constitución Política, nos permitiría concluir que se protege el pluralismo informativo, para lo cual se permiten ciertas intervenciones destinadas a asegura no solo la eficiencia en el manejo de la información sino también en la forma en que se difunde, ya que como el servicio de radiodifusión y de televisión usan un bien público como es el espectro electromagnético, el cual requiere de una protección y regulación especial. ***[35]***

Ahora bien, la responsabilidad por la violación de prohibiciones previas, no constituyen censura (sic) y se encuentra claramente autorizada por la Constitución, siempre y cuando sean necesarias para defender ciertos bienes constitucionales. Una cosa es una prohibición pera, pero que genera responsabilidades posteriores, que es legítima, y otra diversa, es la censura previa de una publicación o de una emisión radial, que se encuentra proscrita por la Constitución Política en su artículo 20.

Así mismo, el director del programa debe velar para que esas obligaciones legales sean cumplidas como ya se anotó, y si eso no ocurre, es natural suponer que ocurrió un error in vigilando de parte de aquel al permitir la emisión de conceptos o comentarios contrarios a la finalidad de un medio de comunicación, como es la radio.

En el caso concreto, del material probatorio obrante en el expediente, se tiene el dictamen pericial rendido por la psicóloga auxiliar de la justicia Claudia Catalina Muñoz, del cual se resaltan los siguientes apartes:

Pages 303 130 720
Online 400
Vis. today 20 530
(http://www.histats.com/viewstats/?sid=1206326&ccid=605)

'CONCEPTO ACERCA DEL IMPACTO SOCIAL DEL PROGRAMA EL MAÑANERO.

La parte fundamental de la convivencia, es decir de la interacción humana es la comunicación entendía en su sentido más amplio como el intercambio de información que influye en el comportamiento de los participantes.

(…) Integrando ese tema de la comunicación con un aspecto estudiado ampliamente como es el cambio de actitudes se destacan ciertas características que asociadas permiten acelerar este cambio con, las relacionadas con el emisor o fuente, las relacionadas con el mensaje y finalmente las condiciones del receptor, veamos cada una de ellas.

En cuanto al Emisor, se ha encontrado que su credibilidad juega un papel importante en la capacidad de persuasión, primordialmente se inspira confianza, por otra parte se ha visto que el receptor sólo otorga su confianza si la fuente le parece objetiva, desinteresada y sin intención de manipular o engañar.

Una segunda característica es la atracción que ejerce la fuente. Se ha demostrado que las fuentes más atractivas son más persuasivas, independientemente de cual sea el origen de la atracción (atractivo físico, similitud en creencias, edad o sexo, éxito personal, reconocimiento social o fama, status, etc)…

Respecto del mensaje hay dos características fundamentales: la forma y el contenido.

En cuanto a la forma existen dos tipos de argumentación, unilateral y la bilateral. En la primera se expone únicamente las razones a favor del mensaje mientras que la segunda se exponen simultáneamente las razones a favor y en contra. A través de investigaciones se pudo observar que los argumentos bilaterales tenían un mayor

Pages 303 130 720
Online 400
Visitoday 22 530
(http://www.histats.com/viewstats/?sid=1206326&ccid=605)

impacto sobre individuos con mayor instrucción y juicio crítico. Los argumentos unilaterales, por el contrario mostraron tener influencia en los individuos poco instruidos y con poco juicio crítico.

En cuanto al contenido se ha estudiado el efecto de los argumentos racionales y emocionales, tan utilizados en publicidad. Se demostró que las personas con mayor capacidad de análisis son más sensibles a los mensajes con argumentos racionales y por el contrario las personas que poseen un bajo nivel crítico lo son a los mensajes con argumentación emocional.

Por último, en lo que respecta al receptor se le ha atribuido gran parte de responsabilidad de dejarse influir o no por la fuente y por el mensaje, sin embargo, su participación en el cambio de actitudes debe ser analizada en dos sentidos, primero el desarrollo de la conciencia crítica alcanzado por éste y en segundo término el hecho de que gran parte de lo que aprendemos lo hacemos de manera inconsciente. En este contexto el niño y el joven se encuentran en desventaja ya que aun no posee (sic) una conciencia crítica suficientemente sólida y definida para decidir acerca de los mensajes que recibe e identificar la intencionalidad de éstos.

(...) Para concluir, es indudable que hay un impacto de los medios de comunicación en la vida del ser humano, en sus actitudes, en su comportamiento, en el concepto que cada uno tiene de sí mismo, de los demás y del mundo. Para ampliar este planteamiento basta con recurrir a una Ley Física Universal (invariable): 'toda acción tiene su reacción'. Y aunque esta reacción sea observable o no a simple vista, se manifiesta a corto o a largo plazo en el tiempo, sea nociva o benéfica, sea facilitadora o limitante de determinados procesos; lo que sí queda claro es que dicha ley 'actúa'. (sic)

Puntualizando el impacto social del programa radial 'El Mañanero', podemos afirmar que su mayor incidencia se observa en los siguientes aspectos:

1. Genera disonancia en la audiencia juvenil al enfrentar sus sistema de valores (sic) (transmitidos por la familia y el sistema educativo con los cuales debe identificarse) al sistema de valores representado por quienes conducen el programa.

Pages 303 130 720
Online 400
Vis. today 20 530
(http://www.histats.com/viewstats/?sid=1206326&ccid=605)

(...) La disonancia surge cuando el joven confronta estos valores y objetivos con los que trasmite el programa; cuando se desaprueba a la persona en su imagen (lo físico), en su opinión (lo cognitivo), porque éstos no concuerdan con los prototipos que el programa resalta, no se está fomentando el respeto por el otro y las diferencias ni se está reforzando la autoestima. Cuando el joven ve que se premian conductas como las de quitarse o exhibir la ropa interior en la calle, que dos mujeres se den un beso al estilo Madona, etc., darle un beso a un conductor cualquiera, hablar de manera vulgar al referirse al sexo, etc., y que se 'castigan' o descalifican otras como ser virgen, ser juicioso, ser fiel, no emborracharse, etc. Enfrente una contradicción ya que percibe que lo que han inculcado hasta el momento no concuerda con lo que el programa exalta.

(...) 2. Elude y desconoce abiertamente su responsabilidad social como agente socializador en la formación de los jóvenes.

(...) En este sentido la responsabilidad significa precisamente el ser conciente que el hecho de expresar abiertamente una opinión y unas convicciones propias tiene un efecto en el otro (audiencia) generalmente en el plano actitudinal y comportamental. Esta acción de comunicación lleva implícita ciertas reglas (sic) las cuales pueden ser concientes o no, en tres niveles; primero, ser totalmente concientes; segundo, no ser conciente, pero se hacen visibles cuando una persona externa las señala y tercero, ser totalmente inconcientes, aunque le sean señaladas a la persona esto no puede reconocerlas. (sic)

(...) 3. Promueve la despersonalización (no identidad) en el sentido de crear y reforzar en el imaginario del joven estereotipos asociados con la aprobación y el éxito personal.

El adolescente está buscando constantemente modelos de identificación, al adolecer aun de una conciencia crítica estructurada es fácilmente moldeable o 'influenciable' y termina por ceder a las presiones de los amigos, de un modelo social (no siempre el mejor), o de los estereotipos.

(...) 4. Refuerza la concepción 'machista' tradicional de las relaciones hombre-mu-

Pages 303,130,720
Online 400
Visit today 20,000

jer donde se visualiza a la mujer como 'objeto sexual que debe agradar' y del hombre como 'consumidor de sexo a quien se le debe agradar'.

(http://www.histats.com/viewstats/?sid=1206326&ccid=605)

El programa crea y resalta prototipos de 'belleza femenina' fundamentados predominantemente en sus atributos físicos lo que reduce a lo netamente sensorial (lo auditivo, lo visual, lo táctil, lo olfativo, lo gustativo) su reconocimiento y valoración, reforzando así la tradicional concepción de la mujer como 'objeto sexual' y desconociendo su integralidad (intelectual, espiritual, emocional).

(...) 5. A nivel lingüístico se 'sexualiza' todo discurso y se le imprime un sentido morboso.

Con el uso del lenguaje (vulgar y ordinario), la connotación de éste (sarcasmo, burla y doble sentido) e intencionalidad (aprobación y desaprobación) el programa 'El Mañanero' enfrenta a su audiencia principalmente a los niños y adolescentes a una visión polarizada de la sexualidad: cuando de lo que se trata es de empezar a ver la sexualidad de una manera natural no vulgar, integral no segmentada, importante dentro de un todo no única y excluyente de las demás dimensiones humanas (sic), auténtica no masificada…

(...) 6. El programa genera identificación de modelos estereotipados a nivel grupal en donde el joven cede a la presión del grupo de pares.

(...) Se aprende por imitación y por moldeamiento; en los primeros los comunicadores del programa 'El Mañanero' sirven de modelo y el joven procurará actuar, pensar, hablar de la manera más parecida, es decir lo imita. El efecto de este aprendizaje puede ser transitorio. En el moldeamiento interviene el concepto como repetición y presentación del modelo a seguir. Los efectos de este tipo de aprendizaje son más perdurables. El programa es trasmitido diariamente y el mensaje que trasmite relacionado con el sexo ha sido repetitiva… (sic)

Otras consideraciones a tener en cuenta como parte del impacto del programa de-

Pages 803 130 720
Online 400
Vis. today 20 530
(http://www.histats.com/viewstats/?sid=1206326&ccid=605)

mandado se puntualizan a continuación para finalizar el presente análisis:

Haciendo uso del 'humor irreverente' se acude a la sexualidad como gancho para atraer audiencia y no con el propósito explícito de informar y orientar sobre sexualidad, lo cual requiere de la participación de personas idóneas con las características que se mencionan en el Proyecto Nacional de Educación Sexual.

Hoy diferentes aspectos que aumentan la capacidad de penetración del medio (la radio) como los siguientes: (sic) – Llega a la población de manera NO selectiva (edad, sexo, clase social, nivel ocupacional educativo). – Se transmiten en un horario en el que la persona se prepara para iniciar su jornada educativa, laboral, o en camino a ésta es decir lo puede escuchar' (fls. 146 a 153 cdno. Ppal, negrillas de la Sala).

Igualmente, del acervo probatorio obrante en el proceso se tienen las transcripciones de las trasmisiones del programa 'El Mañanero' del 13 y 20 de mayo de 2003 (fls. 2 a 5 con.1), del 4 de julio de 2003 (fls. 66 a 70 cdno. 1) y del 29 de agosto de 2003 (fls. 133 a 142 cdno. 1), en las cuales es evidente el gran contenido de sexualidad, complementado con un vocabulario fuerte y vulgar, muchas veces utilizado en un sentido impropio.

Si bien es cierto que 'El Mañanero de la Mega' por ser un programa de entretenimiento (recreativo) y no un informativo noticioso, conforme la normatividad transcrita, no requiere de licencia especial de transmisión, también lo es que, la Constitución y la Ley establecen que deben cumplir con la finalidad que por naturaleza le corresponde entre las cuales está la de difundir la cultura y afianzar los valores del pueblo colombiano.

La Sala observa, que es evidente que el objetivo de programas, como el mencionado, en principio no va en contravía de la normatividad vigente, sin embargo, las diferentes actitudes, manifestaciones y expresiones de los comunicadores, no solo están desviando la función de orientar y educar a la sociedad, sino también están contrariando el deber legal de promover los valores y principios que caracterizan a una sociedad, toda vez que el servicio de radiodifusión sirve para edificar y formar no solo opinión pública sino también inclinaciones y preferencias concretas.

Pages 303 130 720
Online 400
Vis. today 20 530
(http://www.histats.com/viewstats/?sid=1206326&ccid=605)

En efecto, dichas aserciones contrarían la moral pública, entendida esta como aquellos principios, valores y virtudes fundamentales, aceptados por la generalidad de los individuos los cuales constituyen el soporte de una convivencia libre, digna y respetuosa[36].

De esta forma, el resultado de la utilización del mencionado servicio público, debe ser idóneo, profesional y respetuoso, el cual reclama un compromiso más exigente y consciente de los comunicadores para el cumplimiento de la finalidad que le ha sido instituida.

Así mismo, la Sala no pretende cuestionar ni sancionar las inclinaciones, tendencias o aptitudes personales de los comunicadores del programa radial 'El Mañanero de la Mega', por el contrario, busca la protección de los derechos e intereses colectivos presuntamente amenazados o vulnerados por su actuar.

Como se anotó, la Constitución Política protege la libertad de expresión y de prensa, lo cual no quiere decir que el ejercicio de las mismas sea absoluto y que carezca de límites legítimos, al contrario, se ha aceptado que se limite en aquellos casos en los cuales se pretende asegurar el respeto de los derechos de los demás. En el caso sub judice en ningún momento se está vulnerando dicha libertad, toda vez que lo que se está protegiendo es el respeto por los principios y normas que regulan el servicio público de radiodifusión, por lo que con el actuar de los demandados se están violando los derechos de los usuarios, ya que los destinatarios deben recibir un servicio de calidad, al tener un contenido diverso a la función social que lo caracteriza.

Igualmente, no se pretende imponer controles a los contenidos de las programaciones, lo cual constituye censura previa prohibida en nuestro ordenamiento jurídico, sino busca la protección de los derechos colectivos relacionados con el acceso a una eficiente prestación de los servicios públicos y derechos de los usuarios, toda vez que con las emisiones radiales se está desconociendo la responsabilidad social que por ley se establece para este tipo de servicios, y esto impone particulares responsabilidades a los comunicadores, con el fin de no abusar de la libertad de expresión y afectar derechos constitucionales de otras personas.

Pages 303 130 721
Online 400
Vis. today 20 530
(http://www.histats.com/viewstats/?sid=1206326&ccid=605)

La Sala reitera que en el presente caso no existe censura, porque la censura es per se discriminatoria y, como se encuentra probado en el caso sub judice, no ha operado una conducta discriminatoria, sino un juicio técnico de conveniencia, como en reiteradas oportunidades lo ha dicho la Corte Constitucional, sería irrazonable argumentar que todo lo que se deniega en materia de difusión masiva equivale a censura. No se está prohibiendo la libertad de expresión ni el libre desarrollo de la personalidad de los ya referidos comunicadores, solamente se les están dando pautas para que el servicio de radiodifusión cumpla con toas y cada una de las finalidades que la rigen.

De otro lado, la Sala observa que el dictamen pericial rendido por el auxiliar de la justicia, reafirma que las expresiones y comentarios de los comunicadores no son respetuosos ni fomentan valores democráticos, además que genera en la audiencia juvenil un enfrentamiento entre los valores transmitidos por la familia y el sistema educativo, con el sistema de valores representado por quienes conducen el programa radial.

Además, el mencionado dictamen afirmó que a nivel lingüístico se 'sexualiza' todo discurso y se le imprime un sentido morboso, así, el uso del lenguaje, la connotación de éste y su intencionalidad crea una visión polarizada de la sexualidad principalmente en los niños y adolescentes.

Si bien es cierto que el actor no invocó como derecho o interés colectivo amenazado o vulnerado el relacionado con el acceso a los servicios públicos y a que su prestación sea eficiente, también lo es que en aquellos casos en los cuales se encuentre demostrado su vulneración o amenaza (sic), el juez se encuentra facultado para ampararlo.

En este sentido, aun cuando el tribunal de primera instancia encontró que la conducta de los demandados era lesiva de la moral pública, el juez popular en virtud de la facultad de interpretación y verificación de la demanda en cuanto a los derechos colectivos que resulten amenazados o vulnerados por la conducta de los demandados, la Sala observa que los comunicadores de 'El Mañanero de La Mega' vulneraron los derechos colectivos relacionados con la prestación eficiente del servicio público de radiodifusión y derechos de los usuarios del mencionado servicio, quienes resultaron afectados con las mencionadas emisiones, como claramente se desprende del dictamen pericial obrante en el expediente, por lo que, se ordenará a Radio Cadena Nacional RCN adecuar el contenido del programa 'El Mañanero de la Mega' a la normatividad antes transcrita.

Pages 303 130 720
Online 400
Vis. today 20 530
[http://www.hlstats.com/viewstats/?sid=12063268&ccid=605]

De otra parte, respecto al Ministerio de Comunicaciones, la Sala observa que esa entidad incumplió su deber legal de vigilancia y control respecto de las transmisiones radiales del programa 'El Mañanero de la Mega', conducta omisiva que ha permitido y tolerado la emisión de programas que no cumplen con los requisitos exigidos en cuanto al contenido, de acuerdo con las normas constitucionales y legales ya mencionadas, por lo tanto también le resulta imputable responsabilidad, en tales condiciones, se ordenará al Ministerio cumplir sus funciones de vigilancia y control, de conformidad con los artículos 16 y 17 de la ley 74 de 1966 y los artículos 3º y 5º del decreto 1901 de 1990.

Ahora bien, la Sala exhorta al Ministerio de Comunicaciones para que establezca franjas o horarios atendiendo a la edad y condiciones especiales de los usuarios del servicio, para la transmisión de programas como aquellos que tienen gran contenido de sexualidad, palabras o comentarios que puedan desviar o influenciar negativamente la formación de menores y adolescentes, o incluso aquellos que por su contexto no pueden ser transmitidos para todo tipo de audiencias".

Con base en las anteriores consideraciones, el Consejo de Estado modificó el fallo de primera instancia y adoptó las siguientes decisiones en la parte resolutiva:

"PRIMERO. Modifícanse los numerales 1, 2 y 5 de la sentencia apelada, esto es, la de 25 de noviembre de 2003 proferida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Primera – Subsección 'B', los cuales quedarán así:

1) Ampárense los derechos colectivos a una eficiente prestación del servicio público de radiodifusión y derechos de los consumidores y usuarios de la radio colombiana.

2) En consecuencia, ordénase:

2.1.) Al Ministerio de Comunicaciones cumplir con sus funciones de vigilancia y control, conforme lo dispuesto en la parte motiva.

2.2.) A Radio Cadena Nacional R.C.N. adecuar el contenido del programa 'El Mañanero de la Mega' a la normatividad que regula la materia, con el fin de que los usuarios reciban un servicio de radiodifusión de calidad tanto a nivel de contenido como de lenguaje.(...)".

Pages Online 400 Vis. today 20 530

http://www.contadores.com/revistas/?id=12&cid=605

Advierte la Sala que este fallo fue acompañado de un salvamento de voto del Consejero Alier E. Hernández Enríquez.

1.3.3. Auto adoptado el 30 de septiembre de 2004 por el Consejo de Estado, denegando las solicitudes de aclaración presentadas por el Ministerio de Comunicaciones y RCN. Las solicitudes de aclaración en cuestión, por su importancia, se transcriben a continuación:

1.3.3.1. Solicitud de aclaración presentada por el Ministerio de Comunicaciones:

"3.2. En cuanto al comité de seguimiento del art. 34 de la Ley 472 de 1998.

(...) Dicho comité, cuya creación es facultativa dados los términos del artículo, aunque fue creado en la sentencia de primera instancia, pareciera que fue suprimido con la decisión de segunda instancia, por lo cual el Ministerio de Comunicaciones solicita se le indique si tal entendimiento es correcto, es decir, que ya no debe crearse dicho comité.

3.3. En cuanto a la actuación administrativa en curso en el caso del programa 'El Mañanero'.

El Ministerio de Comunicaciones conoció el contenido de los programas materia de la presente acción popular justamente gracias a la demanda interpuesta por la fundación accionante, lo que explica que la actuación administrativa se iniciara en la misma época. Ante la sentencia de primera instancia y la falta de claridad sobre la conducta a seguir ante el contenido de la misma, el Ministerio de Comunicaciones no puede hacer nada distinto que suspender la actuación porque la decisión que tomará –archivar o elevar pliego de cargos- podría contradecir la decisión de segunda instancia, y no podía el Consejo de Estado ser enfrentado a un hecho cumplido en esa materia. Pero la situación se mantiene, es decir, en estos momentos el Ministerio de Comunicaciones no tiene claro cómo continuar con la actua-

ción administrativa tendiente a un pronunciamiento definitivo sobre los programas denunciados, y por ello por varias razones.

Pages 303,130,720
Online 400
Yesterday 20,112
(http://www.histats.com/viewstats/?sid=1206326&ccid=605)

(…) Porque siendo pronunciamiento de fondo contra el cual no proceden recursos, pareciera que no le queda al Ministerio de Comunicaciones más que sancionar al concesionario, lo cual trae al menos una consecuencia grave: que la resolución donde conste la decisión carecería de cualquier posibilidad de debate tanto en la vía gubernativa como en la judicial, pues cualquier otra interpretación podría modificar un pronunciamiento contenido en la sentencia con fuerza de cosa juzgada dentro de la acción popular, decisión contra la cual ni siquiera cabe recurso extraordinario de súplica según lo ha sostenido esa máxima Corporación…

Segundo, porque como toda sanción requiere infracción declarada a una norma previa, el Ministerio de Comunicaciones desea saber cuáles serían las normas infringidas.

3.4. En cuanto al cumplimiento de las funciones de vigilancia y control que corresponden al Ministerio de Comunicaciones.

Para el cumplimiento de lo previsto en el numeral 2.1. de la parte resolutiva de la sentencia, el Ministerio de Comunicaciones pregunta:

1. Cuál debe ser la extensión de dicha vigilancia, es decir, ¿debe el Ministerio de Comunicaciones monitorear todos los programas radiales a la búsqueda de casos como los de la presente acción popular?

2. Cómo aplicar una vigilancia al lenguaje, sabiendo que la Corte Constitucional declaró inexequible la expresión 'y atenerse a los dictados universales del decoro y buen gusto' del artículo 2º de la ley 74 de 1966, en la sentencia C-10 de 2000.

3.5. La exhortación al Ministerio de Comunicaciones a establecer franjas de programación.

Pages 303 130 720
Online 400
Vis. today 20 530
(http://www.livestats.com/livestats/?sid=a2003a26&cid=603)

En cumplimiento de lo previsto en el art. 4º constitucional (Primacía de la Constitución), el Ministerio de Comunicaciones se pregunta con el deber impuesto por el Honorable Consejo de Estado de crear un sistema de franjas de programación para radio:

1. El servicio comunitario de radiodifusión sonora, conforme lo previsto en el artículo 3º del decreto 1446 de 1995, se clasifica 'Atendiendo la orientación general de la programación el servicio' en Radiodifusión comercial, Radiodifusión de Interés Público y Radiodifusión Comunitaria. El Ministerio de Comunicaciones entiende que la orden de implantar franjas corresponde solamente a la radiodifusión comercial, ¿esto es correcto?

2. La orden de implantar un esquema de franjas de programación radial es una orden de política de telecomunicaciones, como quiera que no afecta solamente concesionarios de programas radiales materia de la presente acción popular, sino TODOS los concesionarios del servicio. El Ministerio de comunicaciones acata la instrucción del Honorable Consejo de Estado, pero para la efectividad del inciso 2º del art. 113 Superior y ante la ausencia del comité de seguimiento pregunta si debe someter a aprobación del Honorable Consejo de Estado el acto administrativo que determine el esquema de franjas.

3. ¿Cómo operará el control de legalidad del acto administrativo que determine el esquema de franjas, sabiendo que es resultado de una orden de juez constitucional?

4. ¿Conserva el Ministerio de Comunicaciones la potestad de suprimir o modificar el esquema de franjas de programación en radio si observa la conveniencia de tal eliminación, dadas sus competencias como autoridad de telecomunicaciones? ¿O debe notificar al Honorable Consejo de Estado de tal intención con el fin de no infringir la sentencia?

5. ¿Cuál es la motivación del establecimiento del sistema de franjas? La finalidad está expresada en la sentencia, pero no el origen de la propuesta. Lo anterior para que el Ministerio, al establecer el esquema de franjas de programación, no termine contradiciendo el espíritu de la sentencia, especialmente porque en la práctica, y respetuosamente debe manifestarlo el Ministerio, trasladar programas como los que son materia de la presente acción popular de un horario a otro no resuelve el tema de la utilización del lenguaje como ha sido planteado por el Honorable Consejo de Estado".

Pages 303 130 720
Online 400
Vis. today 20 530
(http://www.histats.com/viewstats/?sid=1206326&ccid=605)

1.3.3.2. Solicitud de aclaración presentada por RCN:

"El Tribunal Administrativo de Cundinamarca al resolver la primera instancia ordenó al Ministerio de Comunicaciones, entidad pública que de acuerdo a la Constitución Nacional, es la encargada de velar por el pluralismo informativo y realizar la gestión y control del espectro electromagnético, iniciar la correspondiente investigación que determine que se debe restringir o no el formato utilizado por la compañía que represento en la emisión del programa radial 'El Mañanero de la Mega' y si fuere el caso imponer las sanciones que en derecho correspondan.

El Honorable Consejo de Estado teniendo como soportes probatorios unas transcripciones de las trasmisiones del programa de fechas 13 y 20 de mayo de 2003, 4 de julio y 29 de agosto de 2003, procedió a ordenar adecuar el contenido de 'El Mañanero de la Mega', es decir, a partir de que se encuentre ejecutoriado el comentado fallo, RCN S.A. debe revisar los contenidos y emitir a futuro.

Como quedó expuesto en los alegatos de conclusión presentados en su oportunidad ante el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, la moralidad pública y las buenas costumbres no hacen parte de los derechos e intereses colectivos invocados por la fundación actora.

Los planteamientos expuestos no persiguen so pretexto de aclarar modificar el fallo proferido, el cual se acata, respeta y se cumple.

En este orden, respetuosamente le solicito a esa máxima Corporación Contencioso Administrativa aclarar el alcance de la frase o expresión 'adecuar', ordenada en el fallo correspondiente".

1.3.3.3. Decisión del Consejo de Estado en el sentido de denegar las solicitudes de aclaración recién transcritas:

Pages 303 130 720
Online 400
Vis. today 20 530
(http://www.histats.com/viewstats/?sid=1206326&cid=605)

"La Sala observa, que para conservar la seguridad de las decisiones, se ha establecido que las sentencias son intangibles o inmutables por el mismo juez que las dictó, por lo que no se pueden reformar y mucho menos revocar, solamente en circunstancias determinadas en el ordenamiento jurídico pueden aclararse, corregirse o adicionarse.

Ahora bien, la doctrina y la jurisprudencia han manifestado que los conceptos o frases que dan lugar al ejercicio de dichos mecanismos, no son los que surjan de las dudas que las partes aleguen acerca de la oportunidad, veracidad o legalidad de las afirmaciones del sentenciador; sino aquellos provenientes de redacción ininteligible, del alcance de un concepto o de una frase, en concordancia con la parte resolutiva del fallo.

En estas condiciones, la Sala estima que las solicitudes formuladas por el Ministerio de Comunicaciones y Radio Cadena Nacional S.A. – RCN resultan ser contrarias a la finalidad del trámite de aclaración contenido en el mencionado artículo 309 por las siguientes razones:

1. En cuanto al comité de seguimiento, el Ministerio de Comunicaciones manifestó que 'pareciera que fue suprimido con la decisión de segunda instancia', en este sentido para la Sala dicha aseveración no tiene sustento, toda vez que la providencia del 29 de julio de 2004 proferida por esta Corporación, se limitó a modificar los numerales 1, 2 y 5 de la providencia del Tribunal Administrativo de Cundinamarca, por lo que el numeral 4º por medio del cual se ordenó la creación de un comité de verificación para el cumplimiento de la sentencia, integrado por la Fundación demandante, el Ministerio de Comunicaciones y por el Procurador Décimo Judicial ante el Tribunal Administrativo de Cundinamarca no sufrió modificación alguna.

2. Respecto al argumento expuesto por el apoderado del Ministerio de Comunicaciones, relacionado con el trámite que debe darse a la actuación administrativa adelantada contra el programa radial 'El Mañanero de la Mega', la Sala estima que no es acertada la apreciación del Ministerio al concluir que existiendo pronunciamiento de fondo por parte del Consejo de Estado, no le queda más que sancionar al concesionario o suspender la actuación administrativa, toda vez que la decisión que llegare a tomar podría contradecir la providencia del Consejo de Estado, lo anterior, por cuanto a juicio de la Sala, de una parte, debe tenerse en cuenta que el objeto de la acción popular y de la potestad sancionatoria del Ministerio son diferentes, ya que a través de las primeras se busca la protección de los derechos e

Online 400
Vis. today 20 330
(http://www.hitslink.com/cgi-bin/hl/viewstats?sid=uc2063268id=6059)

intereses colectivos cuando éstos resulten amenazados o vulnerados por la acción u omisión de las autoridades públicas o de los particulares cuando ellos actúen en desarrollo de funciones administrativas, mientras que en ejercicio de la segunda se pretende que todas las actividades, operaciones y actuaciones, así como la administración de la información y los recursos en el área de telecomunicaciones, se realicen de acuerdo con las normas constitucionales y legales vigentes que regulan la materia, sin olvidar que no en todos los casos que se infringe un deber legal se amenaza o vulnera un derecho o interés colectivo.

3. En cuanto a la función de vigilancia que le corresponde ejercer sobre los programas radiales al Ministerio de Comunicaciones, la Sala observa que dichas afirmaciones no son propias de una solicitud de aclaración sino inquietudes del memorialista que deben resolverse con fundamento en la normatividad vigente, además es el propio ministerio quien sabe hasta dónde llegan sus funciones y cómo es la forma de ejercerlas.

4. Finalmente en relación con la solicitud del Ministerio de Comunicaciones, la Sala observa que el establecimiento de franjas teniendo en cuenta el contenido de las programaciones transmitidas por el servicio público de radiodifusión, en ningún momento es 'un deber impuesto por el Honorable Consejo de Estado' como lo afirmó dicha entidad, toda vez que su implementación según se expresó en la providencia objeto de aclaración, corresponde al Ministerio en ejercicio de la autonomía que tanto la Constitución como la Ley le ha otorgado, punto que no ofrece duda alguna.

5. En relación con la solicitud presentada por Radio Cadena Nacional –RCN- en el sentido de aclarar el alcance de la expresión 'adecuar' el contenido del programa 'El Mañanero de La Mega', la Sala estima que aquella no es procedente, toda vez que de un lado en la parte resolutiva claramente se dispuso que se debe 'adecuar el contenido a la normatividad que regula la materia, con el fin de que los usuarios reciban un servicio de radiodifusión de calidad tanto a nivel de temas como de lenguaje' y a su vez, en las consideraciones se señaló que el programa El Mañanero de la Mega contiene un vocabulario fuerte, vulgar, y muchas veces utilizado en doble sentido, por tanto es claro el sentido de la orden impuesta.

En este orden de ideas, la Sala observa que los hechos que motivaron la solicitud de aclaración ya fueron ampliamente explicados, por lo cual aquella deberá ser negada como en efecto se dispondrá".

Pages 303 130 720
Online 400
(http://www.histats.com/viewstats/?sid=12063268&ccid=605)

1.3.4 Apertura de incidente de desacato por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca. El 19 de mayo de 2005, el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Primera, Subsección B, resolvió abrir incidente de desacato dentro del proceso de acción popular referido, con base en las siguientes consideraciones:

"En respuesta al requerimiento hecho para que la parte accionada acreditara el cumplimiento de la sentencia de segunda instancia de julio veintinueve (29) de 2004 dictada en este proceso, el Ministerio de Comunicaciones, remitió el oficio 000346 de mayo dos (2) de 2005.

En el mismo se indicó que el Ministerio de Comunicaciones expidió la resolución 810 de abril 29 de 2005 por medio de la cual impuso una sanción a la sociedad Digital Estéreo Ltda., concesionaria de 'La Mega F.M. Stereo', que se encuentra en trámite de notificación.

Por su parte la entidad Radio Cadena Nacional aludió la introducción de algunos cambios en el tratamiento y difusión del programa radial El Mañanero, con los cuales consideran cumplido el fallo.

Visto lo anterior, las respuestas remitidas por la entidad demandada y por el tercero interesado no resultan claras ni precisas para determinar el efectivo cumplimiento del fallo dictado en este proceso.

Es de advertir que en el escrito de demanda de la presente acción popular se pusieron en conocimiento de esta Corporación graves atropellos cometidos contra la audiencia radial por los conductores del programa 'El Mañanero de La Mega', señores: Alejandro Villalobos Mejía, Mauricio Duque Jaramillo, Alexandra Mariño Rico y Alejandra Azcárate Naranjo.

En dicha oportunidad el actor solicitó que el Ministerio de Comunicaciones cumplirá con sus funciones de inspección, vigilancia y control, y el poder sancionatorio, tanto en el programa como a sus conductores, para que se respondiera por los excesos en que se encuentra

incursa La Mega por las denuncias elevadas.

Pages 303 130 720
Online 400
Vis. today 20 530
(http://www.histats.com/viewstats/?sid=1206326&ccid=605)

Visto lo anterior y de conformidad con el fallo de segunda instancia dictado en este proceso la obligación de la entidad demandada es cumplir con sus funciones de vigilancia y control.

Dicha orden incluía la obligación de ejercer de manera continua la vigilancia del servicio de radiodifusión ofrecido por el programa El Mañanero de La Mega a sus oyentes, así como también verificar que se haya adecuado en debida forma su contenido a la normatividad que regula la materia.

Se advierte además, que el amparo concedido en este proceso cobijó los derechos colectivos a una eficiente prestación del servicio público de radio difusión y de los consumidores y usuarios de la radio colombiana.

En estas condiciones, dado que con las respuestas remitidas únicamente se prueba el ejercicio de la facultad sancionatoria de la superintendencia demandada, (sic) es necesario que esa Corporación verifique el cumplimiento de la orden de continua vigilancia ordenada en el fallo así como la forma en que fue modificado el contenido del programa El Mañanero de La Mega por parte de sus directivos y conductores.

Atendiendo los antecedentes reseñados y los elementos obrantes en la actuación, estima la Sala que resulta procedente ordenar la apertura del incidente de desacato de que trata el artículo 41 de la ley 472 de 1998, en orden a determinar de manera efectiva si el Ministerio de Comunicaciones y Radio Cadena Nacional han dado estricto cumplimiento a lo ordenado en la sentencia proferida por el H. Consejo de Estado, en los términos en ella consignados, y de ser pertinente, imponer las sanciones a que haya lugar. (...)"

-

1.3.5. Resolución adoptada por el Ministerio de Comunicaciones, imponiendo una sanción en cumplimiento del fallo del Consejo de Estado.

-

El siguiente es el texto de la Resolución 000810 del 29 de abril de 2005, adoptada por el Ministerio de Comunicaciones en cumplimiento del fallo de segunda instancia adoptado por el

Pages 303 130 720
Online 400
Vis. today 20 530
(http://www.histats.com/viewstats/?sid=1206326&ccid=605)

Consejo de Estado dentro del proceso de la acción popular en referencia:

"RESOLUCION Número 000810 de 29 de abril de 2005.

Por medio de la cual se impone una sanción.

LA DIRECTORA ADE ADMINISTRACION DE RECURSOS DE COMUNICACIONES

En ejercicio de sus facultades legales, delegadas por la Ministra de Comunicaciones mediante Resolución No. 00887 de junio 16 de 2003, en especial de las que confiere el Decreto 1620 de 2003,

CONSIDERANDO QUE:

1. La Fundación Un Sueño por Colombia, por intermedio de apoderado interpuso acción popular ante el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, contra la Nación – Ministerio de Comunicaciones y Radio Cadena Nacional S.A. – RCN-, la cual fue resuelta el 25 de noviembre de 2003, en la que accedió a las pretensiones de la demanda y consideró que existió supuesta omisión por parte del Ministerio de Comunicaciones, de su función de vigilancia y control al permitir la consecución de espacios radiales nocivos para una audiencia indefensa ante los medios de comunicación, así mismo, el Tribunal advierte que el Ministerio de Comunicaciones estará en la obligación de iniciar la correspondiente investigación que determine si se debe o no restringir el formato utilizado por la sociedad RCN, en la emisión del programa radial 'El Mañanero de La Mega'.

2. La Fundación Un Sueño por Colombia, el Ministerio de Comunicaciones y Radio Cadena Nacional S.A., apelaron la decisión tomada por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, ante el Consejo de Estado y, el cual mediante fallo de fecha 29 de julio de 2004 resolvió ordenar al Ministerio de Comunicaciones cumplir con sus funciones de vigilancia y control respecto de las transmisiones del programa 'El Mañanero de La Mega'. Igualmente, exhorta al mismo para 'que se establezca (sic) franjas u horarios atendiendo a la edad y

Online 400
Vis. today 20 530

condiciones especiales de los usuarios del servicio, para la transmisión de programas como aquellos que tienen gran contenido de sexualidad, palabras o comentarios que puedan desviar o influenciar negativamente la formación de menores adolescentes, o incluso aquellos que por su contexto no pueden ser transmitidos para todo tipo de audiencias'. Luego de esto el Ministerio de Comunicaciones y Radio Cadena Nacional solicitaron la aclaración de la misma, la cual fue denegada por improcedente.

http://www.ministerio.com/view.php?sid=1206832&add=6054

3. Por medio de Auto No. 0202 del 13 de octubre de 2004, se ordenó abrir investigación formal administrativa contra el concesionario Digital Estereo Ltda.., a través de la Emisora 'La Mega FM Estereo', de la ciudad de Bogotá – Cundinamarca, toda vez que el programa radial 'El Mañanero de La Mega', se origina en la frecuencia 90.9 siendo el concesionario de esta frecuencia la Sociedad Digital Estereo Ltda., tal como consta en la Resolución No. 2166 del 17 de agosto de 1995, mediante la cual se autorizó la cesión de los derechos de concesión del 'Centro Misionero Bethesta' a la 'Sociedad Digital Estéreo Ltda.' y la Resolución No. 1860 del 1 de septiembre de 2000 que autorizó la prórroga de la concesión otorgada para este servicio. Igualmente se elevó pliego de cargos por presuntas infracciones a los artículos 2 y 20 de la Constitución Política, los artículos 2, 3 y 5 de la Ley 74 de 1966 y el artículo 300 del Decreto 2737 de 1989 (Código del Menor).

4. El Ministerio de Comunicaciones, para realizar la apertura de la investigación administrativa antes citada, consideró también que con la conducta desplegada por el concesionario se había infringido presuntamente las siguientes normas tanto constitucionales como legales, contenidas en los artículos 2 y 20 de la Constitución Política de Colombia, artículos 2, 3 y 5 de la Ley 74 de 1966 y el artículo 300 del Decreto 2737 de 1989 (Código del Menor).

5. El 9 de noviembre de 2004, por medio de oficio No. 11398, se solicitó a la sociedad Digital Estereo Ltda., comparecer a las instalaciones del Ministerio de Comunicaciones con el propósito de notificarle personalmente el Auto No. 0202 del 13 de octubre de 2004, sin embargo, al no ser posible la notificación personal, se procedió a realizar la notificación por edicto, el cual fue fijado el 1 de diciembre y desfijado el 16 de diciembre de 2004.

(...) ***CONSIDERACIONES DEL DESPACHO***

Estudiados y analizados los argumentos esgrimidos por el investigado, así como los demás elementos de juicio que obran en el expediente, este Despacho procede a resolver sobre la

elementos de juicio que obran en el expediente, este Despacho procede a resolver sobre la investigación y para el efecto en primer término entra a pronunciarse sobre los cargos formulados.

Pages 303 130 720
Online 300
Vis. today 20 530
(http://www.histats.com/viewstats/?sid=1206326&ccid=605)

Se tuvieron como presuntamente violadas las siguientes normas tanto constitucionales como legales, contenidas en los artículos 2 y 20 de la Constitución Política de Colombia, artículos 2, 3 y 5 de la Ley 74 de 1996 y el artículo 300 del Decreto 2737 de 1989 (Código del Menor).

Los descargos presentados por el investigado no desvirtúan los cargos formulados por el Ministerio de Comunicaciones en el Auto No. 0202 del 13 de octubre de 2004, consistentes en la presunta violación de los artículos 2 y 20 de la Constitución Política de Colombia, artículos 2, 3 y 5 de la Ley 74 de 1966 y el artículo 300 del Decreto 2737 de 1989 (Código del Menor), por parte del concesionario, donde se estableció que la conducta desplegada con la emisión del programa 'El Mañanero de La Mega', atentó contra los menores. Por el contrario, al aportar el investigado en su escrito de descargos comunicados de diferentes organizaciones, en donde asienten y reconocen el esfuerzo realizado y evidencian un cambio en las emisiones del programa mencionado y al afirmar la Presidenta Ejecutiva de la UCEP que '(...) La agremiación considera que el esfuerzo realizado por RCN para reestructurar la orientación de sus contenidos en aras de no afectar los valores que deben fortalecer en nuestra juventud, constituye un claro ejercicio de responsabilidad social que le corresponde y debe obtener como consecuencia, el reconocimiento de la audiencia Colombiana', el investigado solo viene a reforzar el argumento de este Ministerio sobre la existencia de una conducta desviada que debió ser corregida. En efecto, lo anterior permite colegir que si el concesionario corrigió la conducta aquí investigada, no lo hizo solamente como respuesta

efectiva y positiva a los diferentes requerimientos del órgano jurisdiccional y de la actuación administrativa surtida por este Despacho, sino que reconoció los errores que se habían cometido sobre el particular y ello constituye un reconocimiento implícito de su violación a la normatividad jurídica en cuestión. No obstante, este reconocimiento sirve de base para que este Despacho considere un atenuante en el momento de graduar la sanción.

De igual manera, la conducta desplegada con la emisión del programa 'El Mañanero de La Mega', con la mal llamada libertad de expresión, colisionó con otros valores y derechos fundamentales que se encuentran protegidos por la Constitución, al atentar contra los derechos de los menores, que según el artículo 44 constitucional en su inciso tercero prescribe lo siguiente: 'Los derechos de los niños prevalecen sobre los derechos de los demás'. Aunado a lo anterior, la Corte Constitucional en sentencia SU-225/98, en relación con los derechos de los menores expone lo siguiente: (...)

Pages 303 130 720
Online 400
Vis. today 20 530
(http://www.histats.com/viewstats/?sid=12063268&cid=605)

Si bien es cierto que las asociaciones internacionales encargadas de la protección de la libertad de expresión manifestaron su preocupación sobre el alcance del fallo del Consejo de Estado, citado en este proveído, también lo es, que dichas 'manifestaciones', como fundamento en los descargos del investigado, no sirven para debilitar los cargos formulados por este Despacho; sin embargo, es importante aclarar que el carácter preferente de la libertad de expresión no implica que estos derechos sean absolutos (...) [se cita un aparte de la sentencia C-010 de 2000].

Respecto a la llamada incongruencia entre la parte considerativa y la parte resolutiva del Auto No. 202 del 13 de octubre de 2004, si se analizan los fallos y como se expresó en los mismos, estos entes jurisdiccionales tienen como fin fundamental la protección de los derechos colectivos a la moral 'pública', las buenas costumbres, los valores, la integridad física y psíquica de la sociedad, defensa del patrimonio público, del patrimonio cultural de la nación, la seguridad y la salubridad pública y los derechos de los consumidores y usuarios de la radio en Colombia; igualmente en las sentencias emanadas por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca y el Consejo de Estado, se le imputan los cargos a la Sociedad Radio Cadena Nacional S.A. por el programa 'El Mañanero' de la emisora La Mega de la ciudad de Bogotá – Cundinamarca, este Despacho al hacer el análisis del concesionario que origina y transmite el programa 'El Mañanero' en la frecuencia de operación 90.0 en esta ciudad, en horario de 6 am a 10 am de lunes a viernes, evidencia que es la Sociedad Digital Estéreo Ltda.. a quien el Ministerio de Comunicaciones otorgó la licencia para prestación del servicio de radiodifusión sonora en la frecuencia mencionada mediante las resoluciones No. 2166 del 17 de agosto de 1995 y 1860 del 1 de septiembre de 2000, por lo que fue a este

concesionario al cual se le endilgó el respectivo pliego de cargos y, habiendo plena claridad respecto del programa en cuestión, se encuentra razón suficiente por la cual la incongruencia citada no existe.

Del análisis probatorio se colige que el concesionario contraría las normas anteriormente transcritas, toda vez que de los apartes de la misma demanda interpuesta y de los fallos emitidos por los jueces del contencioso administrativo, se desprende que en el contenido de las emisiones radiales se encuentran expresiones y comentarios de los comunicadores que se califican de irrespetuosos, además que no fomentan valores democráticos sociales y culturales, por lo cual se está generando en la audiencia un enfrentamiento entre los valores transmitidos por la familia y el sistema educativo y lo difundido en los medios de comunicación, en el presente caso, el programa 'El Mañanero de La Mega'. De esta manera la conducta del concesionario contraría la responsabilidad social que tiene el servicio de radiodifusión sonora en nuestro ordenamiento jurídico y, las responsabilidades particulares que tienen los

Pages 30 128 720
Online 400
Vis. today 20 530
(http://www.histats.com/viewstats?sid=1206326&ctid=605)

comunicadores como lo son los de difundir e incrementar la cultura y afirmar los valores esenciales, con el fin de no abusar de la libre expresión y afectar los derechos fundamentales de otras personas. Es así como los concesionarios del servicio de radiodifusión sonora tienen la obligación de ajustar sus programas a los fines anteriormente indicados.

En relación con la responsabilidad social que tienen los medios de comunicación en la transmisión de informaciones, la Corte Constitucional también se ha pronunciado en diferentes fallos sobre la misma, expresando lo siguiente: [cita de la sentencia T-094/00].

(...) De acuerdo con lo anterior, este Despacho observa que el lenguaje utilizado en los diferentes temas del programa 'El Mañanero de La Mega', no es el adecuado para un espacio dedicado en general para público adolescente que se transmite en horario de 6:00 am a 10:00 am de lunes a viernes, puesto que atentan contra la integridad moral, psíquica y física de los menores, quienes son los oyentes de este tipo de programas y de es amanera se encuentra violando el artículo 2 de la Ley 74 de 1996, puesto que en el programa no se difunde la cultura, ni afirman los valores esenciales de nuestra nacionalidad; así mismo, de acuerdo con lo aquí transcrito se observa que se están utilizando palabras que no van acorde con la audiencia, ya que es evidente el gran contenido de sexualidad, complementado con un vocabulario fuerte y vulgar, que en ciertas ocasiones es utilizado en un sentido impropio.

De igual manera, al ser 'El Mañanero de La Mega' un programa recreativo, el cual según el artículo 5 de la Ley 74 de 1966 está definido como aquellos destinados al sano esparcimiento espiritual, considera este despacho que por la consecuente amenaza que esta información representa a la audiencia y debido a que el citado programa transmite comentarios que no van acorde con el tipo de emisión radial que corresponde a este género, nos encontramos frente a una flagrante violación al régimen de las telecomunicaciones y, en especial a la norma anteriormente citada.

Es así que con las diferentes actitudes y expresiones de los conductores del programa radial, se desvía la función de orientar y educar a la sociedad colombiana, al igual que se encuentran contrariando su deber dado por ley a los prestadores del servicio de radiodifusión sonora que consiste en promover los valores y principios que se debe tener, toda vez que el mismo sirve para edificar y formar tanto la opinión pública, como las inclinaciones y preferencias concretas de la audiencia, por lo que en el caso en estudio la Emisora 'La Mega'

reflejas concretas de la audiencia, por lo que en el caso en estudio la Emisora "La Mega" con su programa 'El Mañanero', se encuentra atentando contra la Constitución y las leyes de la República, tal como lo establece el artículo 3 de la Ley 74 de 1966.

Pages 303 130 720
Online 400
Visits today 90 520
(http://www.histats.com/viewstats/?sid=1206326&ccid=605)

Aunado a lo anterior, el artículo 300 del Decreto 2737 de 1989 (Código del Menor), expone la imposibilidad de realizar por los medios de comunicación, que para el caso concreto es el servicio de radiodifusión sonora, transmisiones que atenten contra la integridad de los menores, inciten a la violencia, hagan apología de hechos delictivos, o contengan descripciones morbosas o pornográficas.

De acuerdo al artículo anterior, y por ser 'El Mañanero de La Mega' un programa dirigido en general a la audiencia juvenil, las transmisiones que se realizan por la Emisora La Mega FM Estéreo, no son las adecuadas para el tipo de oyentes que tiene la misma, siendo que trata temas que se refieren a la sexualidad tanto de los locutores como de las personas que participan, los cuales incitan a los oyentes del programa a realizar conductas que son reprochables para la sociedad ya que como se expresó anteriormente, contienen descripciones morbosas y pornográficas. Es por esta razón, que el concesionario Digital Estéreo Ltda.., a través de la emisora La Mega FM estéreo que transmite el programa 'El Mañanero de La Mega', está contrariando el artículo 300 del Decreto 2737 de 1989.

A pesar de las comunicaciones enviadas en los descargos en los que se pretende probar cambios en los contenidos, éstos no son prueba suficiente de los hechos objeto de esta investigación y no desvirtúan en ningún caso los hechos en que ya incurrió la sociedad Digital

Estéreo Ltda.., concesionario de la frecuencia de operación 90.0 por medio de la cual se transmite el programa 'El Mañanero de La Mega', en lo referente al contenido irrespetuoso y contrario a la moral pública, atentando contra la integridad de los menores.

Los hechos que dieron lugar a las actuaciones judiciales como administrativas, se consumaron e implican una infracción al régimen de las telecomunicaciones y especialmente la regulación aplicable al servicio de radiodifusión sonora.

Por otro lado el mismo Decreto 2737 en su artículo 305, contempla las sanciones a las que se hará acreedora la Sociedad Digital Estéreo Ltda.; el artículo en mención prescribe lo siguiente: (...)

Pages 303 130 720
Online 400
Vis. today 20 530
(http://www.histats.com/viewstats/?sid=1206326&ccid=605)

Teniendo en cuenta las argumentaciones expuestas y, que la falta cometida por el concesionario se puede calificar como grave, este Despacho considera que se le impondrá a la sociedad Digital Estéreo a través de la Emisora 'La Mega FM Estéreo', la sanción equivalente a setenta (70) salarios mínimos legales mensuales vigentes.

En mérito de lo expuesto, este Despacho

RESUELVE

Articulo primero. *Sancionar a la Sociedad Digital Estéreo Ltda.., a través de la emisora 'La Mega FM Estéreo', concesionario de la frecuencia de operación 90.9 de Bogotá – Cundinamarca, con una multa equivalente a setenta (70) salarios mínimos legales mensuales vigentes, por las razones expuestas en la parte motiva. (...)"*

-

1.3.6. Fallo adoptado el 2 de junio de 2005 por el Consejo de Estado, dentro del proceso iniciado por la Fundación Un Sueño por Colombia en relación con los programas emitidos por la Cadena Super S.A.

-

Como parte del acervo probatorio aportado en la demanda se incluyó copia de la sentencia adoptada el 2 de junio de 2005 por el Consejo de Estado – Sala de lo Contencioso Administrativo – Sección Tercera (C.P. Ruth Stella Correa Palacio), dentro del proceso de acción popular promovido por la Fundación Un Sueño Por Colombia contra la Nación – Ministerio de Comunicaciones en relación con los programas emitidos por la Cadena Super S.A.. Se aporta copia de esta decisión judicial para demostrar la aludida violación del derecho a la igualdad en relación con RCN.

1.3.6.1. La demanda contra la Cadena Super S.A. y el Ministerio de Comunicaciones se promovió para obtener la protección de los derechos a "la moral pública, las buenas costumbres, los valores, la integridad física y psíquica de la sociedad al igual que los derechos colectivos previstos en la ley 72 de 1989, la ley 74 de 1966, el decreto 1900 de 1990, decreto 1447 de 1995, decreto 3418 de 1954, 2737 de 1989, Constitución Nacional artículo 20 y 67", aludidamente desconocidos por los programas radiales "El Metro", "El Baño" y "El Closet",

Pages. 303 130 720
Online 400
Vis. today 20 730
(http://www.histats.com/viewstats/?sid=1206326&ccid=605)

damente desconocidos por los programas radiales "El Metro", "El Baño" y "El Closet", transmitidos por la frecuencia 88.9 FM, "La Superestación". Se afirma en la acción popular que el contenido de tales programas corrompe la juventud, "la envenena con la más variada gama de vulgaridad, patanería, grosería, chabacanería, irrespeto y cualquier otro objetivo destructivo de los valores y la moral colectiva".

1.3.6.2. En primera instancia, el Tribunal Administrativo de Cundinamarca – Sección Cuarta – Subsección A, mediante fallo del 8 de marzo de 2004, decidió conceder la acción popular para amparar los derechos colectivos a la defensa del patrimonio público, la defensa del patrimonio cultural de la Nación, la seguridad y salubridad públicas, los derechos de los consumidores y usuarios y la moralidad pública, y ordenó al Ministerio de Comunicaciones que "en el término de 48 horas contadas a partir de la ejecutoria de esta sentencia, inicie la correspondiente investigación que determine, si se debe restringir o no el formato utilizado por la sociedad Cadena Super SA en la emisión de los programas El Baño, El Metro y El Closet e imponer las sanciones que en derecho correspondan".

1.3.6.3. En segunda instancia, el Consejo de Estado revocó el fallo del Tribunal Administrativo, con base en la siguiente argumentación:

"Según la demanda [el objetivo de esta acción] está constituido por la búsqueda de la protección de los derechos a 'la moralidad pública, las buenas costumbres, los valores, la integridad física y síquica de la sociedad al igual que los derechos colectivos previstos en la ley

72 de 1989, ley 74 de 1966, decreto 1900 de 1990, decreto 1447 de 1995, decreto 3418 de 1954, 2737 de 1989, Constitución Nacional artículos 20 y 67'.

De los derechos que la accionante señala como vulnerados con los hechos relacionados en la demanda, ninguno tiene el carácter de colectivo en los términos del artículo 4 de la ley que reguló las acciones populares y de grupo.

En efecto, son derechos colectivos, de conformidad con el artículo 88 de la Constitución Política de 1991 que estableció las acciones populares para su protección: el patrimonio, el espacio, la seguridad y la salubridad públicas, la moral administrativa, el ambiente, la libre competencia económica y otros de similar naturaleza que se definan como tales por ley.

Pages 303 130 720
Online 400
Vis. today 20 530
(http://www.histats.com/viewstats/?sid=1206326&ccid=605)

La normativa que reguló dicho tema es la ley 472 de 1998 y en su artículo 4, señaló que entre otros, son derechos colectivos: […]

El listado de derechos contenido en la ley que reguló las acciones populares, es enunciativo y no taxativo, según se infiere de la redacción del último inciso y del PAR de este artículo, cuyo texto involucra en la categoría de colectivos aquellos derechos definidos como tales en la Constitución, las leyes ordinarias vigentes al momento de la expedición de esa ley o que se expidan con posterioridad y en los tratados de derecho internacional celebrados por Colombia.

La categoría de derechos colectivos susceptibles de ser protegidos a través de la acción popular consagrada en el artículo 88 superior, no deviene de la naturaleza intrínseca del derecho, sino que además, como lo exigió la norma constitucional, su definición como tal debe ser legal. Así, no todo derecho legal o constitucional es colectivo, el interés general no se confunde con el derecho colectivo. El juicio del actor sobre el interés que un derecho reviste para la colectividad, no es suficiente para reconocerle la categoría de colectivo, y el atributo consecuente de ser susceptible de protección a través de la acción popular; su protección tendrá otra vía procesal.

La parte actora afirma buscar a través del ejercicio de esta acción especial constitucional, la protección de: i. la moralidad pública; ii. las buenas costumbres; iii. los valores; iv. La integridad física y síquica de la sociedad; y de manera abstracta señala que también pretende la protección de los derechos colectivos previstos en las siguientes normas: ley 72 de 1989, ley 74 de 1966, decreto 1900 de 1990, decreto 1447 de 1995, decreto 3418 de 1954, 2737 de 1989, Constitución Nacional artículos 20 y 67. No concreta cuáles son los derechos definidos como colectivos por las normas que cita.

En relación con la pretensión de que a través de esta acción se proteja la moralidad pública, las buenas costumbres, los valores y la integridad física y síquica de la sociedad, es claro que tales derechos no han sido definidos por el legislador como colectivos, y por tanto escapan a la finalidad propia de las acciones populares, es decir, no son susceptibles de protección a través de la acción popular.

Pages 303 130 720
Online 400
Vis. today 20 530
(http://www.histats.com/viewstats/?sid=1206326&ccid=605)

El derecho a la moralidad pública que el actor ha invocado como vulnerado, a pesar del interés que la colectividad registra frente a él, no ha sido definido legislativamente como colectivo, y por tanto, al no habérsele atribuido por el legislador tal naturaleza, no es pasible de protección a través de la acción popular, establecida por el Constituyente sólo para la protección de los derechos legislativamente definidos como colectivos.

Y no encuentra la Sala que el concepto de moralidad pública pueda subsumirse en el derecho colectivo a la moralidad administrativa, porque éste se refiere al ejercicio, conforme al ordenamiento jurídico, de la función administrativa, sin que toda vulneración al ordenamiento jurídico, en el ejercicio de función administrativa, lleve consigo de manera automática, vulneración a la moralidad administrativa.

(...) La moral administrativa consiste en la justificación de la conducta de quien ejerce función pública, frente a la colectividad, no con fundamento en una óptica individual y subjetiva que inspire al juez en cada caso particular y concreto, sino en la norma jurídica determinadota de los procedimientos y trámites que debe seguir éste en el cumplimiento de la función pública que le ha sido encomendada.

Por contera la vulneración a la moralidad administrativa no se colige de la apreciación individual y subjetiva del juez en relación con la conducta de quien ejerce función pública; tal inferencia, como lo ha concluido la Sala surge cuando se advierte la inobservancia grosera, arbitraria y alejada de todo fundamento legal, de las normas a las cuales debe atenerse el administrador en el cumplimiento de la función pública. Cabe agregar que la sola desatención de los trámites, procedimientos y reglamentos establecidos normativamente para el ejercicio de la función pública, en que el encargado de la misma incurra, no lleva a concluir automáticamente y sin fórmula de juicio, la vulneración al derecho colectivo a la moralidad administrativa; es necesario además, que de la conducta transgresora del ordenamiento establecido pueda predicarse antijuridicidad.

Así, se concluye que la moralidad administrativa está inescindiblemente vinculada al cumplimiento de las funciones que se establecen en la norma para el ejercicio de un cargo, porque es en el ordenamiento jurídico donde la actuación del encargado de la función pública encuentra su justificación frente a la colectividad y por ende está estrechamente relacionada con el principio de legalidad, cuya vulneración puede darse por extralimitación o por omisión de las autoridades públicas en el ejercicio de sus funciones (artículo 6 de la C.N.), com-

Online 400
Vis. today 20 530
(http://www.histats.com/viewstats/?sid=1206820&idd=606)

prometiendo la responsabilidad del agente causante de la vulneración, no solo frente al Estado y los directamente afectados en un derecho subjetivo amparado en una norma, sino frente a la colectividad interesada en que se mantenga la moralidad administrativa, derecho cuyo disfrute no corresponde a un titular determinado y concreto sino a toda la comunidad.

Por fuera del concepto de moralidad administrativa está el de moralidad pública, que atañe a la justificación que satisfaga, frente a toda la colectividad, de los actos que no solo afectan al sujeto que los realiza, sino que directa o indirectamente afectan la convivencia con los demás. El medio procesal para su protección no es la acción popular, por no habérsele determinado legislativamente el carácter de derecho colectivo.

Lo propio sucede con las buenas costumbres que también señala la accionante como violentadas con la transmisión de algunos programas radiales, cuyo contenido afirma, las vulneran.

Ahora bien, sobre la afectación a los valores, la integridad física y síquica de la sociedad, comparte la Sala el criterio expuesto por la Corte Constitucional, en el sentido de que deben entenderse, entre otras, como las restricciones a las libertades ciudadanas que encuentran fundamento en el concepto de orden público, entendiendo por tal, las condiciones mínimas de seguridad, tranquilidad, salubridad y moralidad que deben existir en el seno de la comunidad para garantizar el normal desarrollo de la vida en sociedad. Pero su protección no está ligada a la acción popular, pues no son de los derechos, entendidos como colectivos por el legislador.

En cuanto a los derechos colectivos que según la demanda están consagrados en las leyes 72 de 1989 y 74 de 1966 y en los decretos 1900 de 1990, 1447 de 1995, 3418 de 1954 y 2737 de 1989, observa la Sala que no existe tal determinación.

En efecto, la ley 72 de 1989 definió nuevos conceptos y principios sobre la organización de las telecomunicaciones en Colombia y sobre el régimen de concesión de los servicios. La regulación allí contenida está dirigida fundamentalmente a la concesión del servicio de telecomunicaciones, sin que exista determinación de derecho colectivo alguno en su articulado.

La ley 74 de 1966 por su parte, reglamentó la transmisión de programas por los servicios de

radiodifusión. Clasificó los programas que se transmiten y señaló la forma de acceder a la licencia. Tampoco estableció derecho colectivo.

Pages 303 130 720
Online 460
(http://www.histats.com/viewstats/?sid=1206326&ccid=605)

El Decreto 1900 de 1990, reformó las normas y estatutos que regulan las actividades y servicios de telecomunicaciones y afines, incluyendo en la reglamentación el régimen de derechos y deberes de los operadores y de los usuarios. Tampoco allí se estableció derecho colectivo alguno.

A través del Decreto 1447 de 1995, por el cual se reglamenta la concesión del servicio de radiodifusión sonora en gestión directa e indirecta, se define el plan general de radiodifusión sonora y se determinan los criterios y conceptos tarifarios y las sanciones aplicables al servicio. Al igual que en los casos anteriores, tampoco en este decreto se determinó un derecho con el carácter de colectivo.

Finalmente la accionante señala como vulnerados los derechos contemplados en los artículos 20 y 67 de la Constitución Política, y que corresponden a la libertad de expresión y a la no censura y, al derecho a la educación, respectivamente. Los derechos contemplados en el artículo 20 pertenecen a aquellos protegidos mediante acción de tutela y aquel consagrado en el artículo 67, integra el grupo de derechos sociales, económicos y culturales que tienen por titular al individuo en particular y no a la colectividad y cuya protección escapa a la finalidad de protección de la acción popular.

En síntesis, ninguno de los derechos de los cuales la actora pide su protección a través de esta acción popular, han sido definidos constitucionalmente como colectivos, y por tanto, esta acción resulta improcedente para su protección.

3) La conclusión.

Como ninguno de los derechos que se señaló como vulnerados en la demanda, ha sido determinado legislativamente como colectivo, se evidencia la improcedencia de esta acción, para buscar su protección, por tanto, se impone revocar la sentencia de primera instancia, para en su lugar desestimar las súplicas de la demanda".

Pages 303 130 720
Online 400
Vis. today 20 538
(http://www.histats.com/viewstats/?sid=1206326&ccid=605)

2. Decisión del juez de primera instancia.

Mediante fallo del 8 de septiembre de 2005, el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo – Sección Cuarta, resolvió denegar la acción de tutela de la referencia, por considerar que esta acción no es procedente contra providencias judiciales. Para sustentar esta posición se efectúa un análisis jurisprudencial que se opone expresamente a las tesis incluidas en la sentencia SU-960 de 1996 de la Corte Constitucional, por considerar que dicha sentencia contraría la voluntad del constituyente y la doctrina plasmada en la sentencia C-543 de 1992.

Este fallo fue impugnado por el demandante.

3. Decisión del juez de segunda instancia

El Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo – Sección Quinta, mediante sentencia del 21 de octubre de 2005, confirmó la sentencia de primera instancia. Reiteró esta Sección que en su criterio, no es competente el juez de tutela para pronunciarse sobre providencias judiciales.

ACAPITE IV-2

LA LIBERTAD DE EXPRESION EN COLOMBIA

1. El derecho fundamental a la libertad de expresión en sentido genérico.

1.1. El ámbito de protección del artículo 20 de la Constitución. Elementos normativos que lo conforman.

1.1.1. El artículo 20 de la Carta Política dispone:

Pages 303 130 720
Online 400
Vis. today 20 530
(http://www.histats.com/viewstats/?sid=1206326&ccid=605)

"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."

1.1.2. Esta norma constitucional consagra simultáneamente varios derechos y libertades fundamentales distintos, que comúnmente se agrupan bajo la categoría genérica de "libertad de expresión" pero, según ha reconocido esta Corte, tienen objetos, contenidos y ámbitos de aplicación específicos y diferenciables.[37] Se trata de un *sistema* de derechos y libertades fundamentales, que usualmente se protegen en forma conjunta, y que cubren las diferentes etapas del proceso de expresión y comunicación del ser humano actual. Cada uno de estos elementos es autónomo, pero en casos particulares –como el presente- pueden interactuar de diversas formas, tanto entre sí como con otros derechos fundamentales. La categoría genérica de "libertad de expresión" es, pues, tan amplia y compleja como lo es el ámbito de la comunicación, y los distintos elementos que la conforman responden a la especificidad de las facetas del proceso comunicativo en las sociedades contemporáneas.

1.1.3. Adicionalmente, en virtud de lo dispuesto en los artículos 93[38] y 94[39] de la Carta Política, el alcance de esta disposición se ha de interpretar a la luz de los tratados e instrumentos internacionales de derechos humanos que obligan a Colombia y que contienen disposiciones sobre el particular.[40] Así, para delimitar el contenido de la libertad de expresión en nuestro ordenamiento constitucional y el ámbito de protección del artículo 20 Superior, es obligatorio tener en cuenta –como mínimo- el contenido de la Declaración Universal de Derechos Humanos de 1948 –artículo 19[41]-, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos –artículos 19[42] y 20[43]-, la Convención Americana sobre Derechos Humanos –artículo 13[44]-, la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre de 1948 –artículo IV[45]-, la Convención sobre los Derechos del Niño –con sus Protocolos adicionales-, la Convención para la prevención y la sanción del delito de genocidio, y la Convención internacional sobre la eliminación de todas las formas de discriminación racial

internacional sobre la eliminación de todas las formas de discriminación racial.
Pages 303 130 720
Online 400
Vis. today 20 530
(http://www.histats.com/viewstats/?sid=1206326&ccid=605)

1.1.4. A la luz de tales instrumentos internacionales, se tiene que el artículo 20 de la Constitución contiene un total de **once elementos normativos diferenciables,** puesto que ampara *siete* derechos y libertades fundamentales específicos y autónomos, y establece *cuatro* prohibiciones especialmente cualificadas en relación con su ejercicio. Estos derechos, libertades y prohibiciones son los siguientes:

(a) La libertad de expresar y difundir el propio pensamiento, opiniones, informaciones e ideas, sin limitación de fronteras y a través de cualquier medio de expresión –sea oral, escrito, impreso, artístico, simbólico, electrónico u otro de elección de quien se expresa-, y el derecho a no ser molestado por ellas. Esta libertad fundamental constituye la **libertad de expresión *stricto senso***, y tiene una doble dimensión – la de quien se expresa, y la de los receptores del mensaje que se está expresando.

(b) La libertad de buscar o investigar información sobre hechos, ideas y opiniones de toda índole, que junto con la libertad de informar y la de recibir información, configura la llamada **libertad de información.**

(c) La libertad de informar, que cobija tanto información sobre hechos como información sobre ideas y opiniones de todo tipo, a través de cualquier medio de expresión; junto con la libertad de buscar información y la libertad de recibirla, configura la llamada **libertad de información.**

(d) La libertad y el derecho a recibir información veraz e imparcial sobre hechos, así como sobre ideas y opiniones de toda índole, por cualquier medio de expresión. Junto con los anteriores elementos, configura la **libertad de información**.

(e) La libertad de fundar medios masivos de comunicación.

(f) La libertad de prensa, o libertad de funcionamiento dichos medios masivos de comunicación, con la consiguiente responsabilidad social.

Pages 303 130 720
Online 400
Vis. today 20 530
(http://www.histats.com/viewstats/?sid=1206326&ccid=605)

(g) El derecho a la rectificación en condiciones de equidad.

(h) La prohibición de la censura, cualificada y precisada por la Convención Americana sobre Derechos Humanos,

(i) La prohibición de la propaganda de la guerra y la apología del odio, la violencia y el delito, cualificada y precisada por la Convención Americana sobre Derechos Humanos y la Convención internacional sobre la eliminación de todas las formas de discriminación racial,

(j) La prohibición de la pornografía infantil, y

(k) La prohibición de la instigación pública y directa al genocidio.

1.1.5. No todos los elementos normativos protegidos por el artículo 20 Superior han contado con igual desarrollo en la jurisprudencia constitucional colombiana. Mientras que existe una prolija doctrina de esta Corte sobre la libertad de información, así como importantes línea decisorias sobre la libertad de prensa, el derecho a la rectificación y la prohibición de la censura, el elemento de la libertad de expresión *stricto senso* ha recibido menos atención, y no se ha intentado una sistematización de las reglas relativas al contenido específico de los distintos elementos protegidos por el artículo 20 de la Carta, sus interacciones mutuas y las limitaciones de las que son susceptibles. En el caso presente son relevantes, en tanto referentes constitucionales para adoptar una decisión, los elementos normativos indicados en los literales (a), (c), (d), (e), (f) y (h) anteriores; pero dado que la libertad de expresión en sentido estricto es uno de los principales derechos fundamentales a tener en cuenta en este caso por la Corte, se hará especial énfasis en su contenido y alcance específicos.

1.1.6. La interpretación del contenido y alcance de estos derechos, libertades y prohibiciones, en lo que es relevante para el expediente que se revisa, se efectuará no solamente a la luz de lo dispuesto por la Carta Política y la jurisprudencia colombiana, sino también tomando en cuenta las disposiciones de instrumentos internacionales aplicables, las decisiones judiciales internacionales que interpretan con autoridad dichas disposiciones, y el derecho

comparado como fuente auxiliar de interpretación judicial.

Online 400
Vis. today 20 530
(http://www.histats.com/viewstats/?sid=1206326&ccid=605)

1.2. Importancia de la libertad de expresión. Razones de su especial salvaguarda.

1.2.1. Existe consenso prácticamente universal respecto de la importancia de la libertad de expresión, en todas sus manifestaciones, dentro de los sistemas políticos democráticos; los distintos debates a los que ha dado lugar este derecho se han suscitado más en torno al contenido y la aplicación de cada uno de sus elementos constitutivos en casos concretos que en torno a la trascendencia de constituir su salvaguarda en uno de los principales esfuerzos de las autoridades dentro de un Estado democrático de Derecho. Los principales tratados internacionales de derechos humanos consagran generosas cláusulas sobre la libertad de expresión. En el derecho comparado, con muy pocas excepciones, es considerada una de las libertades fundamentales que los Estados están obligados a proteger. Las cortes nacionales correspondientes han dado, por regla general, una aplicación vigorosa a estas disposiciones, de forma tal que la jurisprudencia comparada constituye, hoy en día, una referencia obligada al momento de delimitar el alcance de la libertad de expresión.[46]

1.2.2. La *expresión*, en sus diversas manifestaciones y elementos protegidos, cuenta -como se verá- con un status jurídico especial, y un grado de inmunidad significativo frente a regulaciones estatales, que es mayor que aquel que se provee a los bienes jurídicos tutelados por otros derechos y libertades, dado el especial aprecio que se presta en las constituciones modernas y en la normatividad internacional al libre proceso de comunicación interpersonal y social. La libre manifestación y comunicación del pensamiento, así como el libre flujo social de información, ideas y opiniones, han sido erigidos en *"la condición indispensable de casi todas las demás formas de libertad"*[47], en un prerrequisito para evitar la atrofia o el control del pensamiento, y un presupuesto necesario de las sociedades políticas abiertas, pluralistas y democráticas. Este lugar privilegiado de la expresión dentro de los ordenamientos jurídicos nacionales e internacionales, así como el grado reforzado de protección que se le otorga en cada uno de ellos, se justifica –principalmente- con cinco tipos de fundamentos: (1) consideraciones filosóficas sobre la búsqueda de la verdad, (2) razones derivadas del funcionamiento de las democracias, (3) motivos atinentes a la dignidad y autorrealización individual, (4) consideraciones sobre la preservación y aumento del patrimonio cultural y científico de la sociedad, y (5) motivos históricos y consideraciones prácticas sobre la incapacidad estatal de intervenir apropiadamente en esta esfera. Los cinco tipos de fundamentos son pertinentes al momento de interpretar el alcance de los derechos que están en juego en casos complejos como el presente, por lo cual a continuación se indicará brevemente su contenido.

Pages 303 130 720
Online 400
Vis. today 20 530
(http://www.histats.com/viewstats/?sid=1206326&ccid=605)

1.2.3. Razones filosóficas. Se acepta generalmente que uno de los valores principales de la protección de la libertad de expresión es el de *contribuir al avance del conocimiento y al logro de la verdad*. Las posturas clásicas sobre el valor de la expresión en el proceso de búsqueda de la verdad son las de John Milton (1644, en protesta contra el esquema de licenciamiento de libros británico) y John Stuart Mill (1859).[48] Este argumento subraya la importancia de la discusión abierta para el proceso de descubrimiento de la verdad, y la libre confrontación de las distintas opiniones existentes, sean verdaderas o falsas, como prerrequisito de dicho proceso; las restricciones a la expresión son intolerables, porque exponen a la sociedad al riesgo de que se impida la afirmación y publicación de hechos ciertos o juicios precisos[49], su imposición presupone que las autoridades tienen la capacidad de establecer cuál es la verdad, y causa perjuicios indebidos a las personas cuya expresión se suprime al marginarlas del proceso social de construcción del conocimiento.[50]

La Corte Constitucional ha adoptado esta justificación para la protección de la libertad de expresión, al señalar que una de las funciones de ésta libertad dentro de los regímenes democráticos consiste en que *"permite buscar la verdad y desarrollar el conocimiento. Cuando las diferentes opiniones y puntos de vista se enfrentan libremente en una sociedad, es más fácil para sus miembros decidir cuál de todas es la más cierta o la más adecuada, según el tipo de discusión que se esté dando. Este argumento, esbozado originalmente por John Stuart Mill***[51]***, señala, adicionalmente, que cuando una opinión se toma por cierta, los desafíos libres a ella aseguran que las "verdades" sean corroboradas, corregidas, complementadas o superadas. Privar a una sociedad del principio de la libertad de expresión implica frenar el proceso colectivo de descubrimiento de la verdad y, en gran medida, impedir el desarrollo del conocimiento. Para que esta función pueda cumplirse a cabalidad no basta con el conflicto abierto entre interpretaciones de la realidad. Permitir una especie de intercambio libre de ideas es necesario pero no es una garantía suficiente, por sí sola, de que se llegará a la verdad puesto que una versiones o posiciones pueden ser tan dominantes que las otras no sean divulgadas o lo sean esporádica, aislada y débilmente. De ahí que esta función se puede cumplir en condiciones de enfrentamiento equilibrado entre versiones antagónicas de la realidad."***[52]

1.2.4. Razones derivadas del funcionamiento de las democracias. La principal justificación para conferir a la libertad de expresión una posición central dentro de los regímenes constitucionales contemporáneos es que, mediante su protección, se *facilita la democracia representativa, la participación ciudadana y el autogobierno por parte de cada nación*. Este argumento subraya que la comunicación y el libre flujo de informaciones, opiniones e ideas en la

Pages 303 130 720
Vis. today 20 530
(http://www.histats.com/viewstats/?sid=1206326&ccid=605)

miento subraya que la comunicación y el libre flujo de informaciones, opiniones e ideas en la sociedad es un elemento esencial del esquema de gobierno democrático y representativo, por lo cual la libertad de expresión, al permitir un debate abierto y vigoroso sobre los asuntos públicos, cumple una función política central.[53] En este sentido, la Corte Constitucional ha subrayado que la libertad de expresión ocupa una posición preferente dentro de los regímenes como el que establece la Carta Política colombiana al ser *"un elemento decisivo para crear condiciones democráticas en la sociedad y la realización misma de la democracia"*[54], y "*un elemento estructural básico para la existencia de una verdadera democracia participativa (CP arts 1º, 3º y 40)"*[55].

En su dimensión política, la libertad de expresión cumple numerosas funciones específicas: (i) el debate político amplio y abierto protegido por esta libertad informa y mejora la calidad de la elaboración de las políticas públicas, en la medida en que permite *"la inclusión de todos los sectores de la sociedad en los procesos de comunicación, decisión y desarrollo"*[56], inclusión que *"es fundamental para que sus necesidades, opiniones e intereses sean contemplados en el diseño de políticas y en la toma de decisiones"*[57], permitiendo así el ejercicio equitativo del derecho a la participación[58]; (ii) la libertad de expresión mantiene abiertos los canales para el cambio político, impidiendo mediante la crítica que los gobernantes se arraiguen indefinidamente en una postura ilegítima; (iii) una protección sólida de la libre comunicación de información e ideas previene los abusos gubernamentales de poder, al proporcionarles un contrapeso mediante la apertura de un canal para el ejercicio del poder ciudadano de participación y control de lo público[59] – en otras palabras, proporciona una oportunidad para la discusión de los asuntos de interés general, oportunidad que a su vez frena los riesgos de represión oficial; (iv) promueve la estabilidad sociopolítica, al proveer una válvula de escape para el disenso social y establecer, así, un marco para el manejo y procesamiento de conflictos que no amenaza con socavar la integridad de la sociedad[60]; (v) protege a las minorías políticas activas en un momento dado, impidiendo su silenciamiento por las fuerzas mayoritarias o prevalecientes; y (vi) a un nivel más básico, es una condición necesaria para asegurar la libre expresión de la opinión de los electores al depositar sus votos, optando por un representante político[61]. También se ha indicado que la libertad de expresión (vii) contribuye a la formación de la opinión pública[62] sobre asuntos políticos y a la consolidación de un electorado debidamente informado,[63] dado que materializa el derecho de los ciudadanos a comprender los asuntos políticos y les permite, así, participar efectivamente en el funcionamiento de la democracia, (viii) haciendo efectivo el principio de autogobierno representativo por los ciudadanos mismos[64] y (viii) el de responsabilidad de los

Pages 303 130 720
Online 400
Vis. today 20 530
(http://www.histats.com/viewstats/?sid=1206326&cod=605)

gobernantes ante el electorado[65], así como (ix) el principio de igualdad política.[66] Finalmente, se ha enfatizado que (x) la libertad de expresión fortalece la autonomía del individuo en tanto sujeto político dentro de un régimen democrático[67], y que (xi) al permitir la construcción de opinión, facilita el control social sobre el funcionamiento, no solo del sistema político, sino de la sociedad misma, incluyendo el ordenamiento jurídico y sus necesidades de evolución o modificación.[68] Desde esta perspectiva, pues, la principal finalidad de la libertad de expresión es la de *profundizar la democracia*[69]; se trata, según ha indicado la Corte Constitucional, de *"un derecho básico y central para el modelo de sociedad sobre la cual se construye una democracia constitucional"*.[70]

La importancia de la libertad de expresión para la consolidación de la democracia también ha sido fuertemente resaltada a nivel internacional. La **Comisión Interamericana de Derechos Humanos**, por ejemplo, en la "Declaración de Principios sobre Libertad de Expresión", ha considerado que *"[l]a libertad de expresión, en todas sus formas y manifestaciones, es (...) un requisito indispensable para la existencia misma de una sociedad democrática"*, que *"la consolidación y desarrollo de la democracia depende de la existencia de libertad de expresión"*, y que *"cuando se obstaculiza el libre debate de ideas y opiniones se limita la libertad de expresión y el efectivo desarrollo del proceso democrático"*. La **Corte Interamericana de Derechos Humanos**, por su parte, también ha enfatizado la función política de la libertad de expresión, al afirmar que este derecho fundamental, *"como piedra angular de una sociedad democrática, es una condición esencial para que ésta esté suficientemente informada"*[71]. Más recientemente, luego de un estudio sobre la relación existente entre democracia y libertad de expresión en los instrumentos jurídicos producidos por diferentes entes internacionales[72], la Corte Interamericana afirmó que existe *"una coincidencia en los diferentes sistemas regionales de protección a los derechos humanos y en el universal, en cuanto al papel esencial que juega la libertad de expresión en la consolidación y dinámica de una sociedad democrática. Sin una efectiva libertad de expresión, materializada en todos sus términos, la democracia se desvanece, el pluralismo y la tolerancia empiezan a quebrantarse, los mecanismos de control y denuncia ciudadana se empiezan a tornar inoperantes y, en definitiva, se empieza a crear el campo fértil para que sistemas autoritarios se arraiguen en la sociedad."*[73] La **Corte Europea de Derechos Humanos**, a su vez, ha reiterado en numerosas oportunidades que la libertad de expresión constituye uno de los fundamentos o pilares esenciales de las sociedades democráticas y una de las condiciones fundamentales para su progreso, postulado que constituye la premisa del esquema analítico y decisorio aplicado por este tribunal en casos relacionados con el Artículo 10 de la Convención Europea.[74]

Pages 303 130 720
Online 400
Vis. today 20 530
(http://www.histats.com/viewstats/?sid=1206326&ccid=605)

Ahora bien, la importancia central del principio democrático como fundamento de la protección constitucional de la libertad de expresión no significa que este derecho únicamente cubra las expresiones de contenido político; no cabe duda de que expresiones cuyo contenido no es político –tales como las artes, las ciencias, el discurso religioso, emotivo o comercial- también forman parte de su ámbito de aplicación.[75] Por lo tanto, el argumento derivado de la democracia no es una explicación suficiente, en sí misma, para justificar la totalidad de las manifestaciones de la libertad de expresión en los sistemas constitucionales contemporáneos; hay otras justificaciones relevantes dentro de otros campos de la comunicación. No obstante, este argumento puede considerarse como la principal razón de su protección, y la teoría de mayor influencia en el desarrollo del derecho contemporáneo de la libertad de expresión. Además, según se explicará más adelante, en la mayoría de las jurisdicciones la expresión política cuenta con un *status* constitucional especial, que le confiere un grado más significativo de protección que las otras formas de expresión, como efecto directo de la importancia del argumento democrático que sustenta la protección de esta libertad.

1.2.5. Razones derivadas de la dignidad humana. Una tercera serie de consideraciones que justifican la protección de la libertad de expresión, parten del supuesto según el cual la comunicación es un aspecto integral del derecho de cada individuo al desarrollo y la realización personales. Esta perspectiva subraya la importancia que tiene el proceso expresivo para el individuo, en el sentido de *promover la autonomía individual, la expresión de la propia identidad y la autorrealización personal;* se asume que las restricciones sobre lo que una persona puede decir, escribir, ver, oír o leer, inhiben el crecimiento de su personalidad y coartan el control que ejerce sobre su propio razonamiento, y que a menos que las personas puedan expresar sus creencias y actitudes a través de discusiones abiertas y en respuesta a las críticas y al intercambio con otras, no podrán desarrollarse intelectual y espiritualmente. Se enfatiza, dentro de esta óptica, que la expresión tiene un valor intrínseco afirmativo de la libertad individual, la autonomía y la realización personal, tanto para los hablantes como para los escuchas individuales. La libertad de expresión constituye, desde este punto de vista, un medio que permite a los individuos desarrollar sus facultades, por lo cual se enfatiza su carácter de derecho fundamental de la persona. La Corte Constitucional también ha adoptado esta perspectiva en múltiples oportunidades, resaltando que la libertad de expresión, además de ser medular para los sistemas democráticos, tiene un valor intrínseco en tanto derecho fundamental por su importancia para la dignificación de la persona: *"...en la medida en que tanto información e ideas son elementos necesarios para la definición, y realización social de los distintos proyectos de vida individuales, resulta claro que constituye un ingrediente esencial para el respeto de la dignidad humana"*.[76] También ha explicado la jurisprudencia constitucional que *"[l]a libertad de expresión cumple funciones trascendentales en una democracia pero su protección constitucional no depende sólo de ello sino también de su va-*

Pages 909 190 720
Online 400
Vis. today 20 530
(http://www.histats.com/viewstats/?sid=12063266&ccid=605)

lor intrínseco en tanto derecho fundamental. La protección de la libertad de expresión es un fin en sí mismo como manifestación de lo que entendemos por un ser humano digno y autónomo y por una sociedad de personas igualmente libres. La libertad de expresión, verbal o no verbal, es valiosa en cuanto posibilita la proyección de cada persona como sujeto individual y permite la realización de sus planes de vida. Solo una sociedad compuesta de personas libres de expresar quienes son y quienes quieren ser, puede reclamarse como abierta, pluralista y participativa".[77] Similarmente, para la Corte Europea de Derechos Humanos, una de las funciones esenciales de la protección de la libertad de expresión radica en que ésta permite la realización personal de cada individuo.[78]

El énfasis sobre el elemento de auto-realización y dignificación implícito en la expresión, extiende el ámbito de protección de esta libertad fundamental más allá del campo político al arte, la literatura, las ciencias, la religión, la recreación y la publicidad, entre múltiples otros campos. Además, justifica el otorgamiento de protección constitucional a expresiones que no necesariamente conllevan un beneficio público para la consolidación de la democracia pero son, no obstante, importantes para la realización individual de quien se expresa.[79]

1.2.6. Razones atinentes al patrimonio cultural y científico de la sociedad. Una cuarta línea de razonamiento justifica la protección constitucional de la libertad de expresión por ser ésta una condición para el progreso material de la sociedad, el avance del conocimiento y de las ciencias, y la preservación y desarrollo del patrimonio cultural de una nación.

1.2.7. Razones históricas y prácticas. Son ampliamente conocidos los males derivados de la voluntad estatal de controlar o frenar el pensamiento y su manifestación – males que históricamente se ha pretendido abolir mediante la consagración de un derecho a la libertad de expresión. Fenómenos como la censura previa de los materiales impresos por parte de cuerpos eclesiásticos, civiles o mixtos[80], o los procesos penales por "difamación sediciosa" o "desacato" a quienes expresaran críticas al quehacer de las autoridades, constituyen los ejemplos más salientes de las técnicas a las que han recurrido durante siglos los gobernantes para lograr su propósito de suprimir el disenso o imponer un modo de pensamiento determinado. Tan importante se ha considerado históricamente la libertad de expresión en tanto precondición de una sociedad política libre y abierta, que la Declaración Universal de Derechos Humanos de 1948 recuerda, en su preámbulo, que *"se ha proclamado, como la aspiración más elevada del hombre, el advenimiento de un mundo en que los seres humanos, liberados del temor y de la miseria, disfruten de la libertad de palabra y de la libertad de creencias…"*. Adicionalmente, la protección de esta libertad encuentra un fundamento práctico en la suspicacia, históricamente fundada, ante toda intervención estatal en la expresión; existen

Pages 303,130,720
Online 400
Today 0
(http://www.histats.com/viewstats/?sid=1206326&rcid=605)

sólidas razones fácticas para concluir que los intentos de regular o limitar la expresión conllevan riesgos o peligros especiales que no están presentes en la regulación de otras conductas. Por ejemplo, grandes obras de arte y obras maestras de la literatura han sido censuradas o suprimidas por considerarse contrarias a la moral predominante en una etapa histórica dada; igualmente, reivindicaciones sociales legítimas que hoy se consideran básicas han sido reprimidas por haber sido catalogadas como expresiones subversivas del orden establecido en otros tiempos. La historia universal provee, así, una justificación sólida para preservar constitucionalmente la libertad de expresión.

La historia colombiana, particularmente la Asamblea Constituyente de 1991, subrayan con énfasis adicional la importancia de la libertad de expresión en nuestro ordenamiento, cuyo carácter es marcadamente protector de este derecho fundamental.

1.2.8. *Aplicación simultánea de las distintas justificaciones para la protección constitucional de la libertad de expresión.* La Corte enfatiza que todas las anteriores consideraciones se han de poner en juego simultáneamente al momento de interpretar el alcance del derecho fundamental a la libertad de expresión y de su protección judicial en un caso concreto. Por una parte, es importante aplicarlas simultáneamente porque otorgar primacía a alguna de ellas frente a las demás conduciría, potencialmente, a privilegiar la protección de ciertos modos de expresión constitucionalmente protegidos a expensas de otros.[81] Por otra parte, las diferentes justificaciones del principio de libertad de expresión tienen diferentes implicaciones para el alcance de la protección jurídica de expresiones producidas en ámbitos concretos. Debe tenerse en cuenta, además, que no todos los argumentos se aplican con igual facilidad a todos los tipos de expresión humana.[82]

ACAPITE IV-3

Presunción a favor de la libertad de expresión.

Cargas impuestas por dicha presunción a las autoridades que pretendan limitar la libertad de expresión.

La multiplicidad de razones que justifica otorgar a la libertad de expresión en sentido genérico un lugar privilegiado dentro del ordenamiento constitucional colombiano, tiene una con-

secuencia práctica inmediata: existe una **presunción constitucional a favor de la libertad de expresión**. Los principales efectos jurídicos de esta presunción son tres:

Pages 303 130 720
Online 400
(http://www.histats.com/viewstats/?sid=1206326&ccid=605)

1.3.1. *Presunción de cobertura de una expresión por el ámbito de protección del derecho constitucional.* En principio, toda expresión se presume cubierta por la libertad consagrada en el artículo 20 Superior, salvo que se demuestre en cada caso concreto y de forma convincente que, por sus características, se justifica la limitación de tal expresión, por estar dadas las condiciones constitucionales para ello –que se señalarán en acápites subsiguientes-.

1.3.2. *Presunción de primacía de la libertad de expresión frente a otros derechos, valores y principios constitucionales en casos de conflicto.* Cuandoquiera que el ejercicio de la libertad de expresión entre en conflicto con otros derechos, valores o principios constitucionales, su posición privilegiada exige que se haya de otorgar, en principio, una primacía a la libertad de expresión; dicha primacía cesará cuando se demuestre que el otro derecho, valor o principio constitucional adquiere mayor peso en el caso concreto, a la luz de las circunstancias generales en que el conflicto se ha suscitado, y con cumplimiento de las condiciones constitucionales que admiten la limitación de esta libertad.[83] De esta forma, en varias oportunidades la Corte ha explicado que cuando se presenta un conflicto entre la libertad de expresión y otro derecho fundamental, se ha de proceder a un ejercicio de ponderación sobre la base de la primacía de la libertad de expresión en cualquiera de sus manifestaciones.[84] Por supuesto, si después de la ponderación resulta claro que los derechos de menores de edad están siendo afectados, y la armonización con la libertad de expresión es imposible, se dará aplicación al artículo 44 de la Carta.

1.3.3. *Sospecha de inconstitucionalidad de las limitaciones sobre la libertad de expresión y aplicación de un control de constitucionalidad estricto*. Cualquier limitación estatal sobre la libertad de expresión, a través de los actos de cualquier autoridad pública –en ejercicio de funciones legislativas, administrativas, judiciales, policivas, militares o de otra índole-, se ha de entender como una intervención constitucionalmente sospechosa.[85] En la misma medida en que existe una presunción de protección constitucional de toda expresión, existe una sospecha de inconstitucionalidad de las intervenciones estatales sobre el ejercicio de esta libertad.[86] En consecuencia, toda limitación de la libertad de expresión está sujeta a un control constitucional estricto, en el curso del cual se ha de determinar que están dadas las exigentes condiciones jurídicas que permiten dicha limitación en casos concretos, las cuales imponen a la autoridad que pretende establecer tal limitación una carga de justificación especialmente elevada. El nivel de exigencia del control constitucional, que de entrada es es-

Pages 313 150 720
Online 400
Vis. today 20 530
(http://www.histats.com/viewstats/?sid=1206326&ccid=605)

tricto, se puede ver reforzado por el tipo de expresión del cual se trate, por el medio que se utilice para transmitir dicha expresión a otros, o por el carácter de la regulación.

1.3.4. La prohibición de la censura en tanto presunción imbatible. Si bien las anteriores presunciones pueden ser desvirtuadas, si se cumple la elevada carga de justificación mencionada, la propia Carta enuncia en forma contundente una presunción que no admite ser desvirtuada: la censura previa está prohibida de tal forma que cualquier regulación estatal o decisión de un funcionario del Estado que constituya censura implica, *ipso jure*, una violación del derecho a la libertad de expresión.

1.4. Cargas impuestas por la presunción constitucional a favor de la libertad de expresión sobre las autoridades que pretendan limitarla.

Como correlato de las anteriores presunciones, las autoridades que pretendan establecer una limitación a la libertad de expresión deben cumplir con tres cargas especiales, cuya verificación compete al juez constitucional:

1.4.1. Carga definitoria: Es la carga de decir en qué consiste la finalidad que se persigue mediante la limitación de la libertad de expresión, y que la justifica; cual es su fundamento legal preciso, claro y taxativo; y cuál es la situación específica afectada por dicha limitación, señalando con exactitud la incidencia que tiene el ejercicio de la libertad de expresión sobre el bien protegido mediante la limitación. Esta carga definitoria debe cumplirse en el acto mismo en el cual se adopta la limitación, como parte constitutiva de su fundamentación jurídica. Así, por ejemplo, no cumple esta carga la autoridad que, para justificar el establecimiento de una limitación sobre la libertad de expresión, invoca la moralidad pública en abstracto. Se trata de una carga de tipo *antiintuitivo*, es decir, que busca establecer un control sobre la autoridad para evitar el subjetivismo y la arbitrariedad en el establecimiento de limitaciones sobre esta importante libertad constitucional.

1.4.2. Carga argumentativa: Con base en el cumplimiento de la carga definitoria, compete a las autoridades que pretenden establecer limitaciones a la libertad de expresión plasmar, en el acto jurídico de limitación, los argumentos necesarios para demostrar, sin margen de duda, que se han derrotado las distintas presunciones constitucionales que amparan la libertad de expresión, y que se ha cumplido con cada uno de los requisitos que deben cumplir las limitaciones de esta clase, según se explican más adelante.

Pages 303 130 720
Online 400
Vis. today 20 530
(http://www.histats.com/viewstats/?sid=1206326&ccid=605)

1.4.3. Carga probatoria: Finalmente, las autoridades que limitan la libertad de expresión deben asegurarse de que los elementos fácticos, técnicos o científicos que sustentan su decisión cuenten con una base sólida en evidencias que den suficiente certeza sobre su veracidad. Por ejemplo, cuando se invoca como justificación para limitar la expresión la posible generación de impactos psicológicos o sociales nocivos, éstos impactos han de estar sólidamente demostrados con evidencias científicas y técnicas que comprueben su objetividad y provean, así, un sustento a las decisiones que se hayan de adoptar.

Una vez cumplidas estas cargas, el juez podrá determinar si las presunciones enunciadas han sido desvirtuadas, y por lo tanto concluir que las limitaciones razonables y proporcionadas a la libertad de expresión se ajustan a la Constitución.

1.5. Carácter constitucionalmente tolerable de los riesgos generados por la protección de la libertad de expresión y de las cargas impuestas por su ejercicio.

La segunda consecuencia principal del lugar preferente de la libertad de expresión dentro del ordenamiento constitucional, es que su ejercicio genera riesgos e impone cargas sociales que resultan por regla general tolerables, a la luz de los diferentes objetivos que se persiguen mediante su protección. En este sentido, se reitera la sentencia C-087 de 1998[87], en la cual se sostuvo que la libertad de expresión conlleva un riesgo social implícito en los sistemas democráticos, cuya supresión implicaría renunciar a uno de los postulados inherentes de tales sistemas; y que en las sociedades democráticas, es más tolerable el riesgo derivado de los eventuales daños generados por la expresión, que el riesgo de una restricción general de la libertad correspondiente. En consecuencia, la expresión –con los riesgos que conlleva- goza de un margen de inmunidad ante las restricciones estatales mayor que el de otras conductas no expresivas que podrían estar cobijadas por otras libertades.

Ahora bien, la valoración de todos los riesgos sociales adquiere una connotación especial cuando estos recaen de manera específica y diferenciada sobre menores de edad, dada su elevada vulnerabilidad y las secuelas futuras de un eventual daño en su desarrollo psicológico. Pero esta característica del riesgo y del impacto, ha de ser claramente demostrada porque de lo contrario la mera alegación de la presencia potencial de algunos menores en la audiencia bastaría para restringir la libertad de expresión y privar a los ciudadanos del acceso a infor-

mación u opiniones valiosas para ejercer como sujetos políticos de una sociedad democrática.

Online 400
Vis. today 20 530
(http://www.histats.com/viewstats/?sid=1206326&ccid=605)

ACAPITE IV-4

El derecho fundamental a la libertad de expresión *stricto senso*

1. Definición. Dimensiones individual y colectiva de la libertad.

1.1. Como se indicó, la libertad de expresión en sentido estricto –primer elemento normativo específico protegido por la libertad de expresión genérica que consagra el artículo 20 Superior- es el derecho de las personas a expresar y difundir libremente *el propio* pensamiento, opiniones, informaciones e ideas, sin limitación, a través del medio y la forma escogidos por quien se expresa. Apareja el derecho de su titular a no ser molestado por expresar su pensamiento, opiniones, informaciones o ideas personales, y cuenta con una dimensión individual y una colectiva, como se verá. Se trata de una libertad que, en términos de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, *"no es una concesión de los Estados"*, sino *"un derecho fundamental e inalienable, inherente a todas las personas"*.[88]

1.2. En términos de esta Corporación, la libertad de expresión *stricto senso* *"consiste en la facultad que tienen todas las personas de comunicar sus concepciones e ideas sin temor a ser constreñidos por ello en manera alguna"*.[89] Para la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en su dimensión individual su ejercicio *"[r]equiere (...) que nadie sea arbitrariamente menoscabado o impedido de manifestar su propio pensamiento y representa, por tanto, un derecho de cada individuo"*.[90]

1.3. Esta facultad, según ha explicado la Corte Interamericana, abarca en su aspecto individual no solamente el derecho formal a expresarse como tal, sino el derecho a utilizar cualquier medio adecuado para difundir el propio pensamiento: la libertad en comento *"no se agota en el reconocimiento teórico del derecho a hablar o escribir, sino que comprende además, inseparablemente, el derecho a utilizar cualquier medio apropiado para difundir el pensamiento y hacerlo llegar al mayor número de destinatarios. En este sentido, la expre-*

Pages 303 130 720
Online 400
Vis. today 20 530
(http://www.hlstats.com/viewstats/?sid=1206326&ccid=605)

pensamiento y hacerlo llegar al mayor número de destinatarios. En este sentido, la expresión y difusión del pensamiento y de la información son indivisibles, de modo que una restricción de las posibilidades de divulgación representa directamente, y en la misma medida, un límite al derecho de expresarse libremente".[91] También abarca, según han explicado la Comisión Interamericana de Derechos Humanos y la Corte Europea de Derechos Humanos, el derecho a escoger la *forma* y el *tono* que se prefieran para expresar las ideas, pensamientos, opiniones e informaciones propias.[92]

1.4. Por otra parte, la libertad de expresión *stricto senso* –entendida como un medio para el intercambio de pensamientos, ideas, opiniones e informaciones entre las personas- tiene una dimensión colectiva, consistente en el derecho de todas las personas a recibir tales pensamientos, ideas, opiniones e informaciones de parte de quien las expresa. En términos de la Corte Interamericana, esta dimensión colectiva *"implica también (...) un derecho colectivo a recibir cualquier información y a conocer la expresión del pensamiento ajeno"*[93], o *"el derecho de todas [las personas] a conocer opiniones, relatos y noticias. Para el ciudadano común tiene tanta importancia el conocimiento de la opinión ajena o de la información de que disponen otros como el derecho a difundir la propia".*[94] Esta dimensión colectiva es igual de importante que la individual, por lo cual ha de ser protegida en forma simultánea con ésta: *"La Corte considera que ambas dimensiones poseen igual importancia y deben ser garantizadas en forma simultánea para dar efectividad total al derecho a la libertad de pensamiento y de expresión en los términos previstos por el artículo 13 de la Convención".*[95]

2. Alcance y contenido de la libertad de expresión en sentido estricto: rasgos generales relevantes para el caso bajo revisión.

En términos del alcance y el contenido de la libertad de expresión stricto senso, existen ocho rasgos del ámbito constitucionalmente protegido que la Corte considera indispensable resaltar con detalle, para efectos de llegar a una decisión adecuada en el caso presente:

(1) su titularidad es universal sin discriminación, compleja, y puede involucrar intereses públicos y colectivos;

Pages 380,130,720
Online 400
Vis. today 20,530
(http://www.hsto.pr/activements/?sid=1206326&sid=605)

(2) sin perjuicio de la presunción de cobertura de toda forma de expresión por la libertad constitucional, existen ciertos tipos específicos de expresión respecto de los cuales la presunción es derrotada, por convenios prácticamente universales y de acuerdo con tratados internacionales que obligan al Estado colombiano;

(3) existen diferentes grados de protección constitucional en los variados ámbitos de la expresión humana amparados por la libertad de expresión *stricto senso*, por lo cual hay tipos de discurso que reciben una protección más reforzada que otros – lo cual tiene efectos directos sobre la regulación estatal admisible y el estándar de control constitucional al que se han de sujetar las limitaciones;

(4) la expresión protegida por esta libertad puede ser tanto la del lenguaje convencional, como la manifestada a través de conducta simbólica o expresiva convencional o no convencional;

(5) la expresión puede efectuarse a través de cualquier medio elegido por quien se expresa, teniendo en cuenta que cada medio en particular plantea sus propios problemas y especificidades jurídicamente relevantes, ya que la libertad constitucional protege tanto el contenido de la expresión como su forma y su manera de difusión;

(6) la libertad constitucional protege tanto las expresiones socialmente aceptadas como las que son inusuales, alternativas o diversas, lo cual incluye las expresiones ofensivas, chocantes, impactantes, indecentes, escandalosas, excéntricas o simplemente contrarias a las creencias y posturas mayoritarias, ya que la libertad constitucional protege tanto el contenido de la expresión como su tono;

(7) su ejercicio conlleva, en todo caso, deberes y responsabilidades para quien se expresa; y

(8) impone claras obligaciones constitucionales a todas las autoridades del Estado, así como a los particulares.

Pages 303 130 720
Online 400
Vis. today 20 550

A continuación, la Corte precisará brevemente el alcance y la importancia de cada uno de estos rasgos, cuya (http://vlex.com/vid/1206368?cid=605) es crítica para la resolución de casos como el presente.

2.1. *Titularidad universal sin discriminación, compleja, que puede involucrar intereses colectivos y públicos.*

2.1.1. *Universalidad sin discriminación.* "Toda persona" es titular de la libertad de expresión, porque así lo dispone expresamente el artículo 20 Superior. La jurisprudencia constitucional ha reconocido y aplicado esta regla en varias oportunidades.[96]

2.1.2. *Complejidad.* Teniendo en cuenta que la comunicación es un proceso en el que intervienen distintos sujetos –a saber, el emisor y el receptor-, la libertad de expresión es un derecho de *titularidad compleja*, puesto que radica simultáneamente en cabeza de todos los sujetos del proceso comunicativo; esto es, involucra al mismo tiempo los intereses de quien se expresa, del receptor de la comunicación, y en algunas oportunidades de ciertas audiencias o el mismo público en general. Son titulares de la libertad de expresión, en relación con un acto de comunicación determinado, tanto el emisor como el receptor, que en ciertos casos puede ser una colectividad o el público en general.

La precisión sobre la titularidad compleja de este derecho es de relevancia constitucional, en la medida en que el análisis conjunto de los diferentes intereses que están en juego es un factor determinante para la resolución de problemas jurídicos concretos a la luz del derecho a la libertad de expresión, en forma tal que éste se materialice al máximo en todas sus dimensiones. Hay variedades de comunicación que implican fundamentalmente a un emisor, y otras que se centran en el receptor; mientras que una perspectiva puede enfatizar el derecho de quien se expresa o de quien publica como lo más importante, otras pueden enfatizar los derechos del receptor o el interés público en la comunicación abierta. La Constitución Política protege tanto los derechos de quien se expresa como los del receptor de un determinado mensaje bajo el ámbito de esta libertad, y este es un factor crucial a tener en cuenta al momento de resolver casos sujetos a decisión judicial.

2.1.2.1. Los intereses del emisor, o quien se expresa, son en principio los de mayor trascendencia, especialmente por el carácter de derecho fundamental de la libertad de expresión y su

Pages 303 130.720
Online 400
Vis. today 29.530
(http://www.histats.com/viewstats/?sid=1206326&cid=605)

dencia, especialmente por el carácter de derecho fundamental de la libertad de expresión y su vinculación directa con las posibilidades de autorrealización y dignificación individuales. Además, a través de la expresión se pueden materializar diferentes derechos fundamentales, como la libertad religiosa, la participación política o el libre desarrollo de la personalidad. El interés del emisor radica tanto en expresar sus ideas, pensamientos, opiniones e informaciones, como en transmitirlas y diseminarlas al público que escoja.

El tema de la titularidad de la libertad de expresión desde la perspectiva del emisor del mensaje –de quien se expresa- plantea dos asuntos constitucionales significativos, que resultan relevantes para el caso presente.

(i) En primer lugar, la relevancia del tipo de emisor, para efectos de determinar el grado de protección constitucional que ha de recibir su libertad de expresión. El tipo de emisor puede constituirse en factor relevante para efectos de determinar el mayor grado de protección constitucional que ha de recibir su libertad de expresión. Así, quien pretende contribuir a la discusión política o social está en una situación distinta a quien busca promover sus propios intereses económicos, personales u otros, sin que ello obste para que éste ultimo sujeto también sea acreedor de protección constitucional, puesto que las expresiones proferidas con intereses económicos o particulares también caen bajo el campo de aplicación de esta libertad.

(ii) Segundo, el tema de la posibilidad de que las *personas jurídicas* ejerzan el derecho a la libertad de expresión. Este punto es relevante tanto en el caso de partidos políticos y otras colectividades y agremiaciones sociales con intereses públicos o políticos, así como en el caso de empresas y organizaciones privadas con ánimo de lucro; y cobra una dimensión especialmente significativa en el caso de medios de comunicación o empresas editoriales, que además de ser personas jurídicas en sí mismas y ejercer, por lo tanto, su propia libertad, obran como canales para la expresión de terceros.

La Corte Constitucional ha reconocido la existencia de un derecho a la libertad de expresión en cabeza de los medios de comunicación[97], y ha aceptado en numerosas oportunidades que las personas jurídicas pueden ser titulares de derechos fundamentales según su naturaleza particular; en consecuencia, es claro que la libertad de expresión sí cobija a los medios de comunicación en tanto personas jurídicas, así como a quienes se expresan a través de ellos. En el derecho comparado también existen numerosas disposiciones jurisprudenciales que reconocen a las personas jurídicas la titularidad de este derecho constitucional, sea porque lo consideran inherente a la personalidad jurídica, o porque consideran digno de protec-[98]

Pages 303,130,720
Online 400
Today 2,000
(http://www.histats.com/viewstats/?sid=12063208&ccid=605)

ción el valor de sus expresiones, independientemente de su fuente.[98] Por su parte, la Corte Europea de Derechos Humanos ha reconocido que las personas jurídicas – medios de comunicación (tales como las editoriales), independientemente de si se asocian o no con el contenido de lo que publican, juegan un rol central en el ejercicio de la libertad de expresión al proveer a los autores de un medio para tal ejercicio; por ello, las afectaciones de la libertad de expresión que se manifiesta a través de tales medios, afectan a su vez sus propios derechos fundamentales como personas jurídicas.[99] En igual medida, los medios de comunicación –ha dicho la Corte Europea- están sujetos a los mismos deberes y responsabilidades que los autores o emisores de expresiones a quienes publican.[100]

Es igualmente pertinente, en este ámbito, la relación entre la libertad de expresión del medio de comunicación en tanto persona jurídica, y la libertad de expresión de las personas naturales que forman parte de la estructura organizacional de tales personas jurídicas – por ejemplo, los editores, redactores, reporteros y otros periodistas o comunicadores sociales, que contribuyen a la transmisión de expresiones de terceros, a la vez que ejercen su propia libertad de expresión. La relación existente entre ambas libertades, y a su vez entre dichas libertades y la libertad de expresión de quien efectivamente está comunicando un mensaje a través de tales medios o personas, ha de dilucidarse en cada caso concreto con especial atención a los distintos intereses en juego, para llegar a una solución que logre el máximo nivel de armonización concreta entre todos ellos, y a su vez con los intereses del receptor y, en especial, del público en general. Este punto se retomará más adelante, al tratar el tema de la libertad de prensa y los medios de comunicación.

2.1.2.2. Los intereses del *receptor* de la expresión también son determinantes para establecer el alcance de esta libertad. La jurisprudencia constitucional ha resaltado reiteradamente que la libertad de expresión en sentido estricto –al igual que la libertad de información- es un derecho constitucional de doble vía, puesto que involucra tanto al emisor como al receptor de actos comunicativos concretos.[101] Por ello, tanto el emisor como el receptor tienen derechos e intereses que pueden invocarse en situaciones apropiadas, y que han de armonizarse conjuntamente para lograr una maximización de la libertad de expresión en casos concretos. El interés del receptor de un acto comunicativo ha sido caracterizado por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, como se vió en el apartado 1.4 precedente, como la dimensión colectiva de la libertad de expresión, consistente en el derecho de toda persona a recibir o conocer informaciones, opiniones, ideas y pensamientos, dimensión que debe ser garantizada simultáneamente con la del individuo que se expresa para cumplir con las obligaciones impuestas por la Convención Americana sobre Derechos Humanos en este ámbito. Otros tratados internacionales y constituciones extranjeras establecen protecciones expresas para los intereses tanto del emisor como del receptor, en diferentes aspectos.

Pages 303 130 720
Online 400
Vis. today 20 530
(http://www.histats.com/viewstats/?sid=1206326&ccid=605)

El receptor también tiene derecho a dejar de oir las expresiones que no desea escuchar, lo cual hace relevante el análisis de las posibilidades al alcance del receptor para dejar de escuchar y, de otro lado, las condiciones en las cuales puede realmente concluirse que una audiencia está cautiva.

2.1.2.3. Casos en que se involucra el *interés público*. En relación con ciertos tipos de actos comunicativos es constitucionalmente relevante considerar el interés público, bien sea porque éste se entremezcla o identifica con el interés del receptor o la audiencia de la emisión –caso en el cual opera como un refuerzo a la protección de la libertad en comento-, bien sea porque la expresión puede afectar elementos específicos de dicho interés público –caso en el cual opera como un eventual límite a su ejercicio-.

En la primera hipótesis, es decir, cuando el interés público se identifica o se entremezcla con el interés de los receptores de la expresión -que es el caso de las comunicaciones a través de medios masivos o de manifestaciones públicas- las expresiones no se dirigen a un individuo o un grupo en particular, pero es relevante, en cualquier caso, tener en cuenta el interés del público en recibir las opiniones, ideas, pensamientos e informaciones transmitidas, entendido éste como la sumatoria de los derechos individuales de las personas que lo conforman a recibir tales expresiones sin interferencias indebidas por parte de autoridades o particulares.

En la segunda hipótesis, es decir, cuando el interés público obra como un límite eventual al ejercicio de la libertad individual de expresión, dicho interés público se identifica necesariamente con las causales que, de conformidad con los tratados internacionales que obligan a Colombia, justifican limitar la libertad de expresión en casos concretos, a saber: la preservación de la seguridad, el orden público, la salud o la moral públicas y los derechos de los demás. Estos componentes del interés público, sin embargo, están sujetos a una interpretación no expansiva sino altamente restrictiva. Ello implica que el interés público ha de materializarse en un interés puntualmente definido, para evitar que categorías de interés público demasiado amplias terminan por erosionar la libertad de expresión. De tal forma que para que el interés público pueda ser invocado como limitante de la libertad de expresión es necesario que éste sea precisado en cada caso, es decir, circunscrito a hipótesis específicas e identificables de perjuicios concretos a evitar, como se explicará en el capítulo sobre las limitaciones admisibles a la libertad de expresión *stricto senso*.

Pages 303 130 720
Online 460
Visitors today 20530
(http://www.histats.com/viewstats/?sid=1206326&ccid=605)

2.2. Modos de expresión no protegidos, por haber sido desvirtuada respecto de ellos la presunción de cobertura de la libertad constitucional.

Un problema fundamental de interpretación constitucional es la determinación de qué constituye "expresión" para efectos de la protección constitucional; a nivel de derecho comparado existen rancios y arraigados debates sobre la mayor, menor o nula protección constitucional que se brinda a distintas formas de expresión.[102] En Colombia, sin embargo, la existencia de una presunción constitucional a favor de la libertad de expresión imprime al ordenamiento jurídico nacional un carácter marcadamente protector y liberal en este aspecto.

Como se explicó anteriormente, existe una presunción constitucional en virtud de la cual toda expresión se ha de entender, en principio, cubierta por la libertad consagrada en el artículo 20 Superior, salvo que se demuestre en cada caso concreto y de forma convincente que, por sus características, se justifica la limitación de tal expresión, por estar dadas las condiciones constitucionales para ello. Esta figura legal apareja una presunción correlativa de inconstitucionalidad de toda limitación estatal de la libertad de expresión, que se habrá de clasificar como sospechosa de entrada, y sujetar a un control de constitucionalidad estricto.

Sin perjuicio de la aplicabilidad general de estas presunciones -que son presunciones *de hecho*-, existen ciertos tipos de expresión que no entran dentro del ámbito de protección de la libertad constitucional de expresión stricto senso, porque a través de un consenso prácticamente universal, plasmado en tratados internacionales de amplia membresía, se ha acordado que están dadas las condiciones para admitir una proscripción estatal completa de tales tipos de expresión, en atención a los caros valores que con ellos se persiguen; su prohibición constituye, así, una obligación internacional del Estado en el ámbito de los derechos humanos. En otras palabras, la presunción de cobertura de la libertad de expresión resulta desvirtuada en relación con estos tipos de expresión, por acuerdo internacional prácticamente unánime.

En criterio de la Corte, a la luz de las disposiciones constitucionales y de tratados internacionales sobre derechos humanos aplicables, estos tipos de expresión sobre los cuales se ha desvirtuado la presunción de cobertura constitucional de la libertad de expresión y que están, en consecuencia, proscritos, son:

(a) la propaganda en favor de la guerra[103];

(a) la propaganda en favor de la guerra [illegible];

Pages 303 130 720
Online 400
Vis. today 20 530
(http://www.histats.com/viewstats/?sid=1206326&ccid=605)

(b) la apología del odio nacional, racial, religioso o de otro tipo de odio que constituya incitación a la discriminación, la hostilidad, la violencia contra cualquier persona o grupo de personas por cualquier motivo[104] (modo de expresión que cobija las categorías conocidas comúnmente como *discurso del odio, discurso discriminatorio, apología del delito* y *apología de la violencia*)[105];

(c) la pornografía infantil[106]; y

(d) la incitación directa y pública a cometer genocidio[107].

Estas categorías se han de interpretar con celoso apego a sus definiciones precisas en los instrumentos correspondientes, para así minimizar el riesgo de que se incluyan, bajo su alcance, formas de expresión que sí son legítimamente acreedoras de la protección constitucional.

En lo que respecta a la discriminación de género, nota la Sala que no existen prohibiciones expresas comparables plasmadas en tratados internacionales vinculantes para Colombia. Ello, sin perjuicio de la existencia de disposiciones bajo las cuales se podrían limitar expresiones contrarias a la dignidad de la mujer y al pleno ejercicio de sus derechos humanos; por ejemplo, el artículo 2-(f) de la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer, en virtud del cual los Estados Parte se obligan a "adoptar todas las medidas adecuadas, incluso de carácter legislativo, para modificar o derogar leyes, reglamentos, usos y prácticas que constituyen discriminación contra la mujer". No obstante, estas disposiciones internacionales no comparten el nivel de especificidad y precisión de las otras prohibiciones a las que se ha aludido. Las categorías de expresiones cuyo contenido está expresamente excluido de la presunción de cobertura por el derecho a la libertad de expresión pueden variar a medida que el consenso internacional plasmado en instrumentos jurídicos evolucione. En este sentido, cabe señalar que el concepto de "discriminación contra la mujer" enunciado en el artículo 1º de la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer (ratificada por Colombia mediante Ley 51 de 1981) es amplio y comprende tanto el objeto como el resultado de menoscabar el ejercicio de los derechos de

y comprende tanto el objeto como el resultado de menoscabar el ejercicio de los derechos de las mujeres.[108] No obstante, ningún instrumento jurídico internacional ha incluido prohibiciones semejantes a las mencionadas anteriormente en este ámbito de la igualdad de género. Lo anterior no significa que la comunidad internacional, al definir la Plataforma de Beijing, no haya expresado su posición sobre la importancia de fomentar una imagen equilibrada y no estereotipada de la mujer en los medios de difusión, advirtiendo que las medidas que se adopten para alcanzar este objetivo "no atenten contra la libertad de expresión".[109]

Pages 303 130 720
Online 20 530
(http://www.histats.com/viewstats/?sid=1206326&cid=605)

Con excepción de estas formas prohibidas de expresión, estrictamente definidas, la presunción constitucional de cobertura por la libertad de expresión, y la presunción correlativa de inconstitucionalidad de toda limitación –legislativa, administrativa o judicial- a la expresión, se aplican en principio, en tanto presunciones *de hecho*, a *toda forma de expresión humana*.

2.3. *Grados diversos de protección constitucional dependiendo del ámbito de expresión y el tipo de discurso, con implicaciones sobre el margen de regulación estatal admisible y el estándar de control constitucional.*

2.3.1. Dada la amplitud del campo de protección de la libertad de expresión *stricto senso*, que abarca prácticamente todo el espectro de la comunicación humana, múltiples formas de discurso y modos de expresión reciben protección constitucional. Sin embargo, por razones tanto históricas como jurídicas, dentro del espectro de expresión protegida, ciertos tipos de discurso o de comunicación reciben un amparo constitucional especialmente reforzado, lo cual tiene un impacto directo sobre la regulación estatal admisible respecto de dichas formas de expresión, sobre las cargas que debe cumplir la autoridad que pretenda limitarlas, y sobre el estándar de control constitucional –particularmente estricto- al que se han de sujetar las limitaciones.

2.3.2. Dentro del rango de tipos de discursos protegidos por la libertad de expresión en sentido estricto, el mayor grado de protección se provee al discurso *político*, al debate sobre asuntos de interés público, y a los discursos que constituyen un ejercicio directo e inmediato de derechos fundamentales adicionales que se vinculan necesariamente a la libertad de expresión para poder materializarse. Otras formas de expresión, aunque preservan un núcleo intangible de protección constitucional, están sujetas a limitaciones de mayor alcance –con cumplimiento estricto de las condiciones constitucionales expuestas más adelante-, bien sea porque el ejercicio de la libertad de expresión a través de dichos modos de discurso implica cargas, deberes o responsabilidades constitucionales expresas –como es el caso del uso de

los medios de comunicación social-, o porque su ejercicio ha de armonizarse satisfactoriamente con el ejercicio de los derechos constitucionales de los demás –como es el caso de la expresión comercial y publicitaria o la expresión sexualmente explícita o que puede resultar socialmente ofensiva, en particular cuando están de por medio los derechos de los niños-. Resalta la Corte que la existencia de estas categorías de protección diferencial dependiendo del tipo de discurso del cual se trate, no obsta para que en principio, la presunción constitucional de cobertura y la presunción de inconstitucionalidad de las limitaciones operen, a un nivel básico, respecto de *todos* los modos de expresión en cada uno de estos ámbitos.

2.3.3. Modos de expresión objeto de protección reforzada

2.3.3.1. El discurso político y el debate sobre asuntos de interés público. Las expresiones de contenido político, o que contribuyen al debate abierto sobre asuntos de interés público o general, reciben –y han recibido tradicionalmente- un nivel especialmente alto de protección constitucional frente a todo tipo de interferencia. Es claro que el discurso de contenido político, o que forma parte del debate público, no se agota en las publicaciones y discursos políticos relacionados con temas electorales; esta categoría cubre toda expresión relevante para el desarrollo de la opinión pública sobre los asuntos que contribuyan a la vida pública, política y social de la nación.

Los jueces nacionales, extranjeros e internacionales, así como la doctrina especializada en el tema, coinciden en este punto. La Corte Europea de Derechos Humanos, por ejemplo, ha sostenido reiteradamente que existe muy poco margen, bajo la Convención Europea, para restringir o limitar el discurso político y el debate sobre asuntos de interés público, y que los límites a las críticas admisibles son mayores en relación con el Estado y las autoridades que en relación con los ciudadanos particulares e incluso con los personajes públicos, teniendo en cuenta que en los sistemas democráticos, las actuaciones del Estado deben estar sujetas a un escrutinio cercano de la opinión pública.[110] Esta doctrina ha sido recogida y aplicada en casos recientes por la Corte Interamericana de Derechos Humanos.[111] La Comisión Interamericana de Derechos Humanos, por su parte, también ha afirmado la existencia de un especial nivel de protección a la expresión política, en particular a las críticas hacia el Estado y los funcionarios públicos, como pieza crucial de una sociedad democrática libre.[112] El Tribunal Constitucional de Alemania[113], la Corte Suprema de Justicia de los Estados Unidos[114], entre otros, también han adoptado esta postura ampliamente protectora de las expresiones de contenido político o importantes para el debate sobre asuntos de interés público. Así, aunque las respectivas constituciones no restringen la libertad de expresión al discurso

de contenido político, en la práctica los jueces sí se inclinan a proteger tal expresión más plenamente que otras categorías de comunicación.

Pages 303,130,720
Online 400
(http://www.histats.com/viewstats/?sid=1206326&ccid=605)

La especial importancia del discurso político se justifica por dos motivos principales. (a) En primer lugar, por la importancia del argumento democrático para justificar la protección constitucional de la libertad de expresión, según se explicó en acápites precedentes, que eleva los discursos de contenido político a un estatus especial.[115] (b) En segundo lugar, por razones históricas; concretamente, en reacción a la práctica oficial censurar la expresión política y de interés público –específicamente las crítica del Estado y los funcionarios públicos, así como el disenso político y social-, a través de figuras como las "leyes de desacato" o las "leyes de difamación sediciosa"[116] ("*seditious libel*"). Gran parte de la jurisprudencia comparada sobre libertad de expresión se ha centrado en la reducción progresiva del alcance de estas figuras penales, donde aún subsisten[117], para efectos de ampliar al máximo la órbita de protección de la libertad de expresión en el ámbito de la política y del debate sobre asuntos públicos[118]; de hecho, la valoración creciente de la importancia de la discusión pública sobre asuntos de interés general ha llevado a la virtual desaparición, en la práctica, del delito de "difamación sediciosa" en los países anglosajones que lo mantenían vigente.[119] La Comisión Interamericana de Derechos Humanos se ha pronunciado en el mismo sentido sobre las leyes que penalizan la crítica de los funcionarios públicos -"leyes de desacato"-, afirmando que las restricciones de este tipo de expresión son contrarias a la libertad protegida, entre otros motivos porque desestimulan la consolidación de un debate democrático vigoroso, amplio y abierto al interior de la sociedad.[120]

Ha de resaltarse que la importancia del debate político no lo hace inmune a limitaciones legítimas que cumplan con las condiciones establecidas constitucionalmente para ello, según se explican en acápites posteriores de esta providencia; el efecto de su especial protección es el de otorgar a las autoridades un margen menor para establecer tales limitaciones, y establecer una serie de cargas argumentativas y probatorias reforzadas para efectos de justificarlas.

2.3.3.2. Modos de expresión especialmente protegidos por constituir una precondición del ejercicio de otros derechos fundamentales en ámbitos concretos, o por recibir protección constitucional expresa. Existe una serie de modos de expresión que constituyen, en sí mismos, el ejercicio de otros derechos fundamentales distintos a la libertad de expresión stricto senso, la cual por lo tanto es una condición necesaria para su ejercicio y ha de recibir especial protección en estos ámbitos particulares. Se trata, en resumen, de ocho tipos de discurso:

Pages 303,130,720
Online 400
(http://www.histats.com/viewstats/?sid=1206326&ccid=605)

(a) la correspondencia y demás formas de comunicación privada, (b) los discursos estéticos, morales, emotivos o personales, manifestados a través de expresiones verbales, artísticas, o de conductas simbólicas o expresivas, sin perjuicio de la protección constitucional explícita de la libre expresión artística; (c) la objeción de conciencia; (d) el discurso religioso; (e) el discurso académico, investigativo y científico; (f) las expresiones realizadas en el curso de manifestaciones públicas pacíficas; (g) el discurso cívico o de participación ciudadana, y (h) el discurso de identidad, que expresa y refuerza la propia adscripción cultural y social. Cada uno de estos tipos de discurso corresponde al ejercicio de un derecho constitucional fundamental específico, a saber:

(i) la libertad e inviolabilidad de la correspondencia y demás formas de comunicación privada[121] –ya que las comunicaciones privadas, incluyendo las que se realizan a través del teléfono, el fax, el correo electrónico y demás medios tecnológicos contemporáneos de comunicación interpersonal, son formas constitucionalmente protegidas de expresión relacionadas estrechamente con el derecho a la intimidad, que pueden abarcar tanto información (financiera, comercial, publicitaria, académica, científica, etc.) como comunicaciones de contenido personal tuteladas por la libertad de expresión en sentido estricto-;

(ii) el derecho al libre desarrollo de la personalidad[122] –interpretado en sentido estricto y en los casos específicos en que efectivamente se demuestre que la expresión constituye un elemento crucial para la opción de un individuo por un estilo de vida determinado, como sería el caso de los discursos artísticos o literarios[123], personales, morales o emotivos, o también el caso de conductas simbólicas o expresivas de contenido personal debidamente probadas en el caso concreto-;

(iii) la libertad de conciencia[124] –en la medida en que la expresión, o la no expresión, de las propias convicciones o creencias, entre otras a través de la objeción de conciencia si están dadas las condiciones constitucionales para ello, es un prerrequisito para el ejercicio efectivo de esta libertad en ciertas circunstancias-;

(iv) la libertad religiosa y de cultos[125] –uno de cuyos elementos constitutivos es el dere-

Pages 303 130 720
Online 400
Vis. today 26 530
(http://www.histats.com/viewstats/?sid=1206326&ccid=605)

cho a profesar y difundir una determinada religión o creencia[126], como consecuencia de lo cual el discurso religioso es objeto de protección constitucional reforzada bajo la libertad de expresión, y no sólo bajo la libertad de cultos, lo cual ha sido reconocido por la jurisprudencia constitucional[127]-;

(v) las libertades de enseñanza, aprendizaje, investigación y cátedra[128], así como el derecho a la educación en sus diferentes facetas[129] –motivo por el cual, en el ámbito académico, investigativo y científico, la libertad de expresión ha recibido protección constitucional reforzada en la jurisprudencia[130]-;

(vi) la libertad de reunión y manifestación pública y pacífica[131] –ya que esta libertad presupone la de expresar aquello que se quiere manifestar públicamente, por lo cual la misma Constitución dispuso que las limitaciones de la libertad de reunión y manifestación sólo pueden ser establecidas por el Legislador, además de cumplir con los otros requisitos de las limitaciones a la libertad de expresión-;

(vii) el derecho a la participación política[132] –que, interpretado en forma estricta, también se materializa en discursos de contenido político especialmente protegidos por la libertad de expresión, como se señaló-;

(viii) las expresiones que constituyen una manifestación de la identidad cultural, tanto nacional y regional como de grupos étnicos específicos, por cuanto el patrimonio cultural, en sus muy diversas manifestaciones, recibe especial protección constitucional,[133] y en el caso de los grupos étnicos, constituye parte del derecho fundamental comunitario a la integridad y supervivencia cultural; igualmente, en el caso de quienes forman parte de la sociedad mayoritaria, estas expresiones están especialmente protegidas por formar parte del derecho fundamental a la participación en la vida social y cultural[134]. De allí que las expresiones que forman parte de este patrimonio y expresan la identidad cultural propia no solo no puedan ser coartadas por las autoridades, sino que tienen que ser activamente protegidas, promovidas y difundidas por ellas como elemento integrante de la nacionalidad.

Pages 303 130 720
Online 400
Vis. today 20 530
(http://www.histats.com/viewstats/?sid=1206532&idc=605)

La Corte resalta la importancia de distinguir entre los ámbitos de protección específicos de estos ocho derechos fundamentales, y el componente de libertad de expresión protegido en cada uno de ellos, por cuanto tales ocho derechos fundamentales involucran, además de este ingrediente expresivo, múltiples elementos distintos que no se relacionan con la libertad de expresión en sentido estricto.

2.3.4. Modos de expresión sujetos a un mayor margen de regulación estatal.

Como se indicó, otros tipos de discurso humano que también están incluidos bajo la órbita de protección de la libertad de expresión y cubiertos por las presunciones constitucionales correspondientes, pueden admitir, no obstante, un mayor margen de regulación estatal, por dos tipos de razones:

(i) porque su utilización lleva implícita cargas, deberes o responsabilidades constitucionales especiales y expresas – es el caso del discurso periodístico, o del que se transmite a través de los medios de comunicación. En un acápite subsiguiente de esta providencia se exploran las especificidades constitucionales de las libertades de información y de prensa, y del ejercicio de la libertad de expresión a través de los medios de comunicación; baste afirmar, en este punto, que se trata de ámbitos en los cuales la Constitución misma exige una regulación legal para hacer efectivas dichas cargas, deberes o responsabilidades, sin perjuicio de que las limitaciones hayan de cumplir, en todo caso, con los requisitos señalados más adelante para desvirtuar la presunción de inconstitucionalidad de tales limitaciones, de conformidad con criterios estrictos de revisión constitucional.

(ii) porque el ejercicio de la libertad de expresión a través de estos modos de discurso se debe armonizar con el ejercicio de los derechos de terceros, dadas las características del discurso en cuestión; es el caso de (a) las *expresiones de contenido comercial o publicitario* – que, según ha aceptado la jurisprudencia, están cubiertas por la libertad de expresión pero admiten un mayor margen de regulación, en virtud de las disposiciones constitucionales que exigen la regulación estatal de la vida económica y los derechos de los consumidores[135] - o (b) las *expresiones de contenido indecente, chocante o sexualmente explícito, o que pueden ser socialmente ofensivas*, particularmente cuando están de por medio los intereses de menores de edad –tema que se tratará ampliamente en un capítulo siguiente de esta providencia- y de receptores involuntarios que no pueden evitar verse expuestos a las expresiones que les

de receptores involuntarios que no pueden evitar verse expuestos a las expresiones que les resultarían gravemente ofensivas.

Pages 303 130 720
Vis. today 20 530
(http://www.histats.com/viewstats/?sid=1206326&ccid=605)

No obstante, el hecho de que exista un margen mayor para la limitación estatal de estos modos de expresión, no afecta la preservación, en todo caso, un núcleo básico de protección constitucional, así como la presunción constitucional de cobertura y la presunción de inconstitucionalidad de las limitaciones sobre estos discursos, que siguen operando respecto de *todos* los modos de expresión en cada uno de estos ámbitos, y exigen para justificar cualquier limitación el cumplimiento estricto de ciertas condiciones, cuyos elementos se explicarán en un capítulo subsiguiente de esta providencia.

2.3.5. *Cobertura tanto de expresión del lenguaje convencional como de conducta simbólica o expresiva por la libertad de expresión en sentido estricto.*

Las comunicaciones cubiertas por la libertad de expresión stricto senso puede ser efectuadas tanto a través de expresiones del lenguaje convencional (habladas o escritas) como a través de conductas con contenido expresivo o implicaciones expresivas, convencionales o no convencionales. Tanto las unas como las otras reciben protección constitucional, puesto que es claro que la "expresión" cubierta por la libertad en comento no se restringe a las comunicaciones verbales.[136]

A este respecto, son pertinentes tres precisiones generales. (a) Si bien es difícil distinguir cuáles formas de comportamiento o actividades tienen por propósito fundamental la comunicación de ideas, y cuáles surten este efecto de manera incidental o secundaria -no se puede equiparar la acción o el comportamiento con la expresión, puesto que toda conducta puede comunicar alguna idea o información a sus observadores sin que esa sea necesariamente la intención de quien la ejecuta-, la determinación de si una determinada conducta cae bajo la órbita de aplicación de la libertad de expresión compete a los jueces en cada caso concreto. (b) También es necesario distinguir entre los casos de "expresión simbólica", que no va acompañada por comunicaciones verbales o escritas[137], y los casos en que la "expresión" en sentido verbal se transmite a través de conductas como marchas, manifestaciones o distribución de volantes[138]: a menudo, las Cortes deben resolver casos cuyas circunstancias contienen alguna expresión como tal, pero también involucran conducta física: distribución de panfletos, demostraciones, uso de pancartas y carteles; en otros casos, se pronuncian sobre casos que involucran meramente la conducta de quien pretende transmitir por esa vía un

Pages 303 130 720
Online 400
Vis. today 20 530
(http://www.histats.com/viewstats/?sid=1206326&ctid=605)

mensaje. La caracterización de este tipo de conductas como "expresión" constitucionalmente protegida depende de las circunstancias de cada caso en particular, y el peso que se otorgue al elemento comunicativo de la conducta dentro del proceso de apreciación judicial. En síntesis, los criterios relevantes para caracterizar una conducta simbólica como expresión protegida son: la intención del actor, y las convenciones generalmente aceptadas sobre el significado de un comportamiento y su rol como medio de comunicación no lingüística.[139] (c) Otro problema importante en este ámbito es el de distinguir entre las afirmaciones legítimas de la libertad de expresión a través de la conducta, y conductas que corresponden a la invocación de derechos diferentes que también implican la libertad o autonomía personal y apuntan hacia la autorrealización – por ejemplo, derecho a publicitar bienes y servicios, a hacer donaciones a campañas políticas, a escoger una determinada opción sexual o a utilizar una determinada apariencia personal. En estos casos, el ejercicio de los derechos conexos a través de conductas puede tener una relación indirecta con la libertad de expresión y un elemento genérico de sentido comunicativo, sin que por ello se subsuman bajo la órbita de protección de la libertad de expresión, puesto que ello haría a esta libertad imposible de distinguir de otros derechos conexos, y abarcaría conductas o intereses que no se relacionan como tal con la expresión.

2.3.6. *Protección constitucional del medio de expresión elegido por el titular de la libertad, y especificidad de los problemas constitucionales planteados por cada medio en particular.*

Tal como se señaló anteriormente, uno de los elementos constitutivos de la libertad de expresión stricto senso, en su dimensión individual, es el derecho de quien se expresa a transmitir y difundir su mensaje de la manera en que mejor considere hacerlo, y a través del medio que elija para el propósito. En consecuencia, la expresión puede efectuarse a través de cualquier medio seleccionado por quien se expresa, y la protección constitucional se extiende a dicho proceso de transmisión y difusión, así como al medio utilizado, ya que la libertad constitucional que se estudia protege tanto el *contenido* de la expresión como su *forma*.[140] A este respecto, ha de tenerse en cuenta que cada medio expresivo en particular, además de gozar de un nivel básico de protección constitucional compartido por todas las formas de transmisión y difusión de las expresiones, plantea a la vez sus propias especificidades constitucionalmente relevantes, que inciden sobre el alcance de esta libertad en casos concretos.

Las cortes nacionales e internacionales han otorgado protección a una amplia gama de formas y medios expresivos y de comunicación –incluyendo novelas[141], libros de periodismo informativo[142], libros biográficos[143], periódicos, revistas y semanarios, películas de

Pages 303 130 720
Online 401
Vis. today 20 530
(http://www.histats.com/viewstats/?sid=1206326&ccid=605)

cine, videos, obras de teatro, fotografías[144], pinturas, poesías, emisiones radiales, programas de televisión, páginas de Internet, manifestaciones públicas, cartas personales, el uso de prendas personales con mensajes expresivos…-. Asimismo, han reconocido la especificidad de la protección jurídica impartida en relación con cada uno de esos medios –así, por poner solo algunos ejemplos ilustrativos, ha indicado (a) la intangibilidad de los libros de literatura en tanto creaciones estéticas unitarias de sus autores, la forma en que dicha intangibilidad se ha de armonizar con los derechos de terceros[145] y la diferencia entre los libros y los medios de comunicación masiva impresos en cuanto al manejo de la información en ellos consignada, dado su impacto y el espacio reflexivo que permiten a los receptores[146], (b) las distintas dimensiones de la libertad artística y sus vínculos con los derechos de los espectadores de todas las edades[147], (c) la relación entre el ejercicio de la fotografía y la camarografía, las libertades de información y expresión y otros derechos fundamentales[148], (d) las diferencias entre los programas de televisión informativos y los dramatizados para efectos de los deberes en el manejo de los datos[149], o (e) la especificidad de las comunicaciones radiales, que será explorada con mayor detalle en capítulos posteriores de esta providencia, por tratarse del tema central del caso a decidir e involucrar tanto la libertad de información como la libertad de prensa y la prohibición de la censura.

Lo dicho anteriormente no significa que cualquier persona pueda exigir el derecho a determinado medio de comunicación masiva, público o privado.

2.3.7. *Protección constitucional tanto de las expresiones socialmente aceptadas como de las socialmente diversas.*

La libertad constitucional de expresión en sentido estricto protege tanto las expresiones socialmente aceptadas o celebradas, como las que son consideradas inofensivas o dignas de indiferencia, así como las que son inusuales, alternativas o diversas. Dentro de las expresiones diversas protegidas por la Carta Política se incluyen las expresiones ofensivas, chocantes, impactantes, que perturban, se consideran indecentes, inapropiadas, escandalosas, inconvenientes, incómodas, excéntricas, vergonzosas o, simplemente, contrarias a las creencias y posturas mayoritarias. En suma, la libertad de expresión *stricto senso* protege tanto el **contenido** de la expresión como su **tono**; según ha explicado la jurisprudencia internacional en la materia, ello es consecuencia del pluralismo, la tolerancia y la apertura sin las cuales no existe una sociedad democrática. Así, lo que puede parecer chocante o vulgar para unos puede ser natural o elocuente para otros, de tal forma que el hecho de que alguien se escan-

puede ser natural o elocuente para otros, de tal forma que el hecho de que alguien se escandalice en un determinado mensaje no es razón para limitarlo, mucho menos si el que se escandaliza es un funcionario público.

Pages 303 130,720
Online 400
Visitors 20,536
(http://www.histats.com/viewstats/?sid=1206326&ccid=605)

Esta regla ha sido aplicada en repetidas oportunidades por la jurisprudencia nacional e internacional. Así, la Corte Constitucional ha señalado que dentro del ámbito de protección constitucional entran "*ideas o datos que no son acogidos favorablemente por las mayorías sociales, que pueden juzgarlas inquietantes o peligrosas*"[150], "*expresiones inútiles, anodinas, impulsivas, carentes de importancia social o inclusive contrarias a las prácticas sociales y a las verdades recibidas*"[151], o *"las ideas expresadas por una persona [que] no correspondan a las creencias de la mayoría"*[152], "*sin importar qué tan molesta, equivocada, provocadora, revolucionaria o inmoral pueda ser la idea expresada*"[153]. Por su parte, la Corte Europea de Derechos Humanos ha reiterado en numerosas oportunidades que la libertad de expresión protege no solamente las ideas e información recibidas de manera favorable o consideradas inofensivas o indiferentes, sino también aquellas que ofenden, causan impacto, impresionan o perturban al Estado o a cualquier sección de la comunidad.[154]

2.3.8. *Existencia de deberes y responsabilidades constitucionales correlativos para quien se expresa.*

Como todo derecho fundamental, la libertad de expresión en sentido estricto impone deberes y responsabilidades a quien la ejerce.[155] Así está consignado en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos[156], regla que ha sido reafirmada en repetidas decisiones por la jurisprudencia internacional.[157] El alcance de estos deberes y responsabilidades variará, dependiendo del tipo de discurso que se exprese, el ámbito en el cual se haga uso de él y los medios utilizados.[158]

2.3.9. *Existencia de claros deberes y obligaciones constitucionales en cabeza de las autoridades estatales en relación con la libertad de expresión en sentido estricto.*

Pages 303 130 720
Online 400
Vjs. today 20 530
(http://www.histats.com/viewstats/?sid=1206326&ccid=605)

Como todo derecho humano, la libertad de expresión impone a las autoridades estatales –de cualquier nivel, en cualquier rama del poder público– cuatro tipos básicos de obligaciones: las de *respeto*, las de *garantía y protección*, las de *promoción* y la de *provisión de un recurso efectivo*, sobre la base de la no discriminación[159].

ACAPITE IV-5

El derecho fundamental a la libertad de información

El segundo derecho fundamental específico que forma parte de la libertad de expresión en sentido genérico es la *libertad de información*. Por la frecuencia con la cual han surgido conflictos entre el ejercicio de este derecho y los derechos y libertades de los demás, existe una amplia y desarrollada jurisprudencia constitucional en nuestro país sobre la materia. Para efectos del caso presente, sin embargo, la Corte considera necesario resaltar algunas características de la libertad de información, que resultan pertinentes porque a través del programa "El Mañanero de La Mega", objeto de la acción de tutela que se estudia, también se transmite información de distintos tipos a la audiencia, además de manifestaciones de la libertad de expresión *stricto senso*. Las características a tener en cuenta son las siguientes: (1) su objeto jurídico específico, (2) la complejidad de su objeto y su titular, (3) su importancia central para la democracia, (4) los deberes y responsabilidades específicos implícitos en su ejercicio, con derechos correlativos para el receptor de la información, (5) la necesidad de aplicar el método de ponderación y armonización concreta en caso de conflicto con otros derechos o valores constitucionales, y (6) la existencia de obligaciones específicas de respeto, protección y promoción para el Estado.

1. *Objeto jurídico específico*. El objeto jurídico de protección de esta libertad es la *información*. Se trata de un objeto conexo pero diferenciable del que protege la libertad de expresión *stricto senso*, según ha explicado en distintas oportunidades esta Corporación[160], ya que la libertad de expresión en sentido estricto protege la transmisión de todo tipo de pensamientos, opiniones, ideas e informaciones *personales* de quien se expresa, mientras que la libertad de información protege la comunicación de versiones sobre hechos, eventos, acontecimientos, gobiernos, funcionarios, personas, grupos y en general situaciones, en aras de que el receptor se entere de lo que está ocurriendo. Por eso, en la libertad de información el interés del receptor de la misma es crucial[161]; según se definió en la sentencia C-488 de 1993, *"el dere-*

Pages 303,130,720
Online 400
(http://www.histats.com/viewstats/?sid=1206326&cid=605)

cho a la información puede entenderse como aquel derecho fundamental que tiene toda persona a ser informada y a informarse de la verdad, para juzgar por sí misma sobre la realidad con conocimiento suficiente". En esa medida, ha explicado la jurisprudencia constitucional que la libertad de información está sujeta a una mayor regulación por parte de las autoridades que la libertad de expresión en sentido estricto, dada la diferencia en los bienes e intereses jurídicamente protegidos por cada una de ellas.[162] Además, como se explicará a continuación, este mayor margen de regulación se traduce en la existencia de ciertas características que ha de tener la información transmitida, así como en claros deberes y responsabilidades para quien ejerce su libertad de informar, y derechos correlativos del receptor de la información. Por otra parte, una y otra libertad se diferencian por los supuestos con los que se materializa su ejercicio; así, según se señaló en la sentencia SU-056 de 1995[163], mientras que la libertad de expresión únicamente requiere para su ejercicio que su titular cuente con las facultades físicas y mentales necesarias, la libertad de información supone, además, que exista una infraestructura material apta para captar y difundir la información.[164] En tal sentido, se debe determinar en cada caso particular si se está frente al ejercicio de una u otra libertad.[165]

2. *Complejidad en su objeto y en su titular.* En atención a las distintas fases del proceso comunicativo, la libertad de información abarca los procesos de buscar e investigar información, procesar la información descubierta y transmitirla a través de un medio determinado, y recibir tal información. En esa misma medida, al igual que la libertad de expresión stricto senso, la libertad de información es un derecho de titularidad universal y compleja, puesto que está en cabeza de todas las personas por mandato del artículo 20 de la Carta[166], pero al mismo tiempo tiene contenidos distintos dependiendo de si la ejerce quien busca la información, quien la transmite, o quien la recibe – característica que ha llevado a esta Corporación a calificar esta libertad como un derecho de doble vía[167]. Por las características especiales de esta libertad, el énfasis jurisprudencial se pone usualmente sobre los derechos del receptor de la información.

3. *Importancia central para la democracia.* Por el lugar central que ocupa el libre flujo de informaciones de todo tipo dentro del funcionamiento ordinario de una sociedad política democrática, la libertad de información ocupa un lugar especial dentro del ordenamiento estatal colombiano, particularmente cuando su ejercicio se apareja con el de la libertad de prensa – es decir, cuando se ejerce a través de los medios masivos de comunicación. Las funciones políticas de la libertad de expresión en sentido genérico se manifiestan con especial fuerza en la libertad de información.

Pages 303 130 720
Online 400
Vis. today 20 530
(http://www.histats.com/viewstats/?sid=1206326&ccid=605)

4. *Deberes y responsabilidades específicos implícitos en su ejercicio, con derechos correlativos para el receptor de la información*. Por su importancia para la democracia y el impacto que puede surtir sobre su audiencia, así como por la existencia de un derecho específico en cabeza del receptor de la información, el ejercicio de la libertad de información conlleva claros deberes y responsabilidades para su titular.[168] La Corte ha explicado, entre otras en la sentencia SU-056 de 1995, que los requisitos constitucionales que se imponen sobre el ejercicio de la libertad de información se justifican por su importancia misma para la sociedad democrática y la formación de la opinión pública.[169]

Las principales obligaciones que impone el ejercicio de esta libertad, así como los derechos correlativos de los receptores de la información, se refieren a las características de la información que se transmite – dicha información ha de ser "veraz e imparcial", y respetuosa de los derechos fundamentales de terceros, particularmente a la intimidad y al buen nombre[170]. A este respecto, en particular cuando se ejerce la libertad de información a través de los medios de comunicación, la jurisprudencia ha trazado una distinción entre la transmisión de información fáctica y la emisión de opiniones o valoraciones de hechos. La información sobre hechos, en tanto ejercicio de la libertad de información, ha de ser veraz e imparcial, mientras que la expresión de opiniones sobre dichos hechos, cubierta por la libertad de expresión *stricto senso*, no está sujeta a estos parámetros[171]. Esta distinción constituye, de conformidad con la jurisprudencia de esta Corte, un deber de quienes se expresan a través de los medios, en el sentido de no inducir al público a confusiones sobre qué información es fáctica y qué corresponde a juicios de valor de los comunicadores sociales, reporteros, periodistas u otros que se expresen a través de los medios masivos. En cualquier caso, es claro que las opiniones equivocadas y parcializadas gozan de la misma protección constitucional que las acertadas y ecuánimes.

5. *Ponderación y armonización concreta en caso de conflicto de la libertad de información con otros derechos o valores constitucionales.* En los casos frecuentes en que puede entrar en colisión con otros derechos o valores constitucionales, la libertad de información ha de ser objeto de un ejercicio de **ponderación** que derive en la maximización concreta y armónica de todos los derechos e intereses enfrentados[172], pero sobre la base inicial de la primacía de la libertad de información dentro de una sociedad democrática[173]. El caso más frecuente de conflicto se establece con los derechos constitucionales a la honra, la intimidad y el buen nombre, como se indicará en acápites posteriores. Una solución aceptada nacional e

Pages 303 130 720
Online 401
Vis. today 20 530
(http://www.histats.com/viewstats/?sid=1206326&ccid=605)

el buen nombre, como se indicará en acápites posteriores. Una solución aceptada nacional e internacionalmente, y consagrada en la Constitución, es la del respeto por los derechos de rectificación en condiciones de equidad y réplica por los afectados.

[174]

6. *Existencia de obligaciones específicas de respeto, protección y promoción para el Estado.* La libertad de información, como la libertad de expresión en sentido estricto, también impone al Estado obligaciones de respeto, garantía y protección y promoción, con contenidos específicos, en particular cuando su ejercicio se efectúa a través de los medios masivos de comunicación y se apareja, por lo tanto, con la libertad de prensa. Esto significa, por ejemplo, que no le basta al Estado con no atentar contra la libertad de información, puesto que además de respetarla, debe proteger su ejercicio libre y garantizar la circulación amplia de información, aun de aquella que revele aspectos negativos del propio Estado o la sociedad.

7. *Otros elementos de la libertad de información.* Otras manifestaciones de esta compleja libertad, como el habeas data, la libertad de buscar, investigar y acceder a información, la reserva oficial sobre información, el acceso a las fuentes y la especial protección constitucional del ejercicio del periodismo y la comunicación social, son importantes pero no son directamente relevantes para la resolución del caso presente, por lo cual la Corte no se pronunciará sobre estos aspectos.

ACAPITE IV-6

El derecho fundamental a la libertad de prensa.

Los medios de comunicación y su responsabilidad social.

El tercer elemento del ámbito de protección de la libertad de expresión en sentido genérico consagrada en el artículo 20 Superior, es la libertad de prensa, que se refiere no solo a los medios impresos sino a todos los medios masivos de comunicación. Esta incluye tanto la libertad de fundar medios masivos de comunicación como la libertad de estos medios de funcionar sin interferencias indebidas, de forma tal que puedan cumplir sus cruciales funciones dentro de la sociedad democrática. El ejercicio de las libertades de expresión e información adquiere características distintivas cuando se realiza a través de un medio de comunicación masivo, características que variarán dependiendo de cada medio en particular. Estas variacio-

nes repercuten, a su vez, sobre el alcance de los derechos que se ejercen, su contenido, y las posibles limitaciones de las que eventualmente son susceptibles. No en vano se consagra en el artículo 20 superior la responsabilidad social de los medios de comunicación.

Pages 303,130,720 Online 400 (http://www.histats.com/viewstats/?sid=1206326&ccid=605)

Al igual que la libertad de información, la libertad de prensa ha sido objeto de copiosos pronunciamientos judiciales a nivel nacional e internacional. Para los efectos del caso que se examina, considera pertinente la Corte resaltar ciertos rasgos particulares de la libertad de prensa: (1) su importancia medular para la democracia; (2) su trascendencia para el desarrollo de la personalidad individual; (3) el poder social de los medios de comunicación, con los riesgos implícitos y conflictos potenciales que conlleva; (4) el hecho de que el funcionamiento de los medios de comunicación involucra el ejercicio de derechos fundamentales por distintos sujetos, y tiene el potencial de lesionar derechos fundamentales ajenos seriamente; (5) la responsabilidad social adscrita, por lo mismo, al ejercicio de la libertad de prensa; (6) la previsión expresa de un margen para la regulación estatal de esta libertad en la Carta Política, y la posibilidad de establecer limitaciones puntuales con cumplimiento estricto de las condiciones constitucionales, y sujetas a un control estricto de constitucionalidad; (7) su potencial para entrar en conflicto con otros derechos fundamentales, los cuales estarán sujetos a ponderación y armonización concreta sobre la base inicial de la primacía de la libertad de prensa; y (8) el carácter de servicio público que tiene el funcionamiento de algunos medios de comunicación, con sus efectos constitucionales.

1. *Importancia medular de la libertad de prensa para la democracia.* Las mismas razones que explican la importancia de la libertad de expresión en sentido genérico para la democracia, se manifiestan con particular fuerza en el ejercicio de la libertad de prensa, que por lo mismo cumple una función política clave dentro del ordenamiento colombiano. La jurisprudencia constitucional ha afirmado específicamente que (i) la libertad de prensa es un requisito esencial para la existencia de una democracia, porque *"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"*[175]; (ii) la libertad de prensa goza de especial protección del Estado (art. 74, C.P.), por tratarse de *"una condición estructural de funcionamiento de la democracia y del Estado de derecho. En efecto, sólo con una prensa libre, pluralista e independiente, puede desarrollarse un debate democrático vigoroso y pueden los ciudadanos controlar los eventuales abusos de los gobernantes*"[176]; (iii) la libertad de prensa es fundamental en el ordenamiento político constitucional, porque cumple funciones de control al poder y de ser depositaria de la confianza pública.[177] Como consecuencia de su importancia para el sistema democrático, los medios de comunicación gozan de especial protección constitucional[178], y

Pages 303 130 720
Online 100
Vis. today 20 530
(http://www.histats.com/viewstats/?sid=1206326&ccid=605)

mocrático, los medios de comunicación gozan de especial protección constitucional ; y (iv) los medios de comunicación cumplen una tarea fundamental para la participación ciudadana en una democracia, al proveer información y observaciones críticas sobre la gestión de las autoridades: *"Los medios de comunicación desarrollan tareas esenciales dentro de una democracia, debido a que la información de las personas y la observación crítica de la gestión de las autoridades son el sustrato indispensable de una participación ciudadana efectiva. Más que ser una forma para desarrollar eficazmente el ejercicio de una libertad -la de expresión-, los medios masivos de comunicación han entrado a ejercer un papel preponderante dentro del Estado de Derecho"*[179]. La jurisprudencia internacional también ha reconocido la importancia específica de la libertad de prensa dentro de los ordenamientos democráticos, resaltando que las salvaguardas constitucionales de su ejercicio tienen especial importancia dentro del ámbito de la libertad de expresión, y las responsabilidades que le competen en el sentido de impartir información e ideas de interés público.[180]

2. *Trascendencia para el desarrollo de la personalidad individual.* Como manifestación de la libertad de expresión, la libertad de prensa también es fundamental para el ejercicio 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"*[181], lo cual es difícil sin el pluralismo expresado a través de diversos medios masivos de comunicación..

3. *Poder social de los medios de comunicación: riesgos implícitos y conflictos potenciales.* La difusión masiva que alcanzan las informaciones transmitidas a través de ellos, su poder de penetración, el impacto profundo que pueden tener sobre la audiencia y, en general, el poder social de los medios de comunicación, lleva implícitos ciertos riesgos y puede eventualmente entrar en conflicto con otros derechos, valores o intereses constitucionalmente protegidos.[182] No obstante, cada medio masivo tiene unos rasgos distintivos, lo cual conduce a que su poder social sea también diferente. Esta Corporación ha indicado que ciertos medios de comunicación tienen un mayor impacto que otros en la audiencia, habida cuenta de su penetración, de la forma y el momento en que le llegan a su audiencia o al permitir, por ejemplo, un espacio fugaz para la reflexión personal y generar así "audiencias cautivas"[183], por lo cual están sujetos a una mayor responsabilidad y a regulaciones específicas a las características del medio[184]. La Corte Constitucional también ha señalado otro tipo de riesgos implícitos en la existencia y funcionamiento de los medios de comunicación contemporáneos, como el de la limitación del pluralismo democrático por los monopolios en su propie-

nes, como el de la limitación del pluralismo democrático por los monopolios en su propiedad.[185]

Pages 303 130 720
Online 400
Vis. today 20 530
(http://www.histats.com/viewstats/?sid=1206326&ccid=605)

4. *El funcionamiento de los medios involucra el ejercicio de derechos fundamentales por distintos sujetos, y tienen el potencial de afectar derechos fundamentales ajenos*. La libertad de prensa involucra, en su ejercicio, a distintos sujetos, puesto que en los actos de comunicación que se realizan a través de los medios masivos toman parte: los medios en tanto personas jurídicas que ejercen su libertad de expresión, los periodistas y comunicadores sociales que operan a través de los medios y que ejercen tanto su libertad de expresión como su derecho al trabajo, las personas que sin ser periodistas o comunicadores transmiten a través de estos canales sus expresiones, y la audiencia[186]. Además, está de por medio el ejercicio de la libertad de empresa y del derecho a la propiedad de sus dueños[187], y la preservación de los derechos fundamentales de terceros potencialmente afectados por las publicaciones o transmisiones realizadas. Cada uno de estos sujetos, así como los distintos derechos en juego, deben ser cuidadosamente considerados en cada caso particular para efectos de lograr una armonización concreta de todos.

5. *La libertad de prensa conlleva una responsabilidad social.* Por mandato expreso del artículo 20 Superior, los medios de comunicación tienen responsabilidad social; esta responsabilidad se hace extensiva a los periodistas, comunicadores y particulares que se expresan a través de los medios, en atención a los riesgos que éstos plantean y su potencial de lesionar derechos de terceros, así como por su poder social y su importancia para el sistema democrático.[188]

La responsabilidad social de los medios de comunicación tiene distintas manifestaciones. En relación con la transmisión de informaciones sobre hechos, los medios están particularmente sujetos a los parámetros de (i) veracidad e imparcialidad, (ii) distinción entre informaciones y opiniones, y (iii) garantía del derecho de rectificación[189].

6. *Regulaciones estatales expresamente previstas en la Carta Política, y sujeción a limitaciones concretas respetuosas de la totalidad de las condiciones constitucionales.* Como contrapeso al poder social de los medios y en tanto efecto de las importantes responsabilidades que pesan sobre ellos, la Constitución Política admite que el ejercicio de la libertad de prensa esta sujeto a dos tipos de limitaciones.[190]

Pages 303 130 720
Online 400
Vis. today 20 530
(http://www.histats.com/viewstats/?sid=1206326&ccid=605)

(a) Por una parte, existen ciertas limitaciones expresamente previstas en la Constitución respecto de ciertos medios de comunicación en particular, que facultan a las autoridades para establecer ciertas regulaciones de su funcionamiento -como lo son (i) el artículo 20, en el sentido de que los medios de comunicación son libres pero tienen responsabilidad social, disposición que la jurisprudencia constitucional ha interpretado como facultad para que el legislador determine los alcances de dicha responsabilidad[191]; (ii) el artículo 7, que leído en conjunción con el artículo 20 superior permite al Estado intervenir para asegurar la equidad y pluralidad en el manejo de la información por los medios de comunicación, según ha interpretado esta Corporación[192]; (iii) el artículo 75, que atribuye al espectro electromagnético el carácter de *"bien público inenajenable e imprescriptible sujeto a la gestión y control del Estado"*, con garantía constitucional de *"la igualdad de oportunidades en el acceso a su uso en los términos que fije la ley"*, y con atribución constitucional expresa al Estado para intervenir, por mandato de la ley, en su uso[193], lo cual ha sido interpretado por la Corte como una autorización para el establecimiento de un régimen diferenciado de regulaciones estatales para los distintos medios de comunicación, según hagan uso o no del espectro electromagnético[194], con cumplimiento de ciertas condiciones por el Legislador[195]; (iv) los artículos 76[196] y 77[197], que facultan al Estado para intervenir sobre los servicios de televisión a través de un organismo especial encargado de esta función; y (v) el artículo 365[198], que sujeta la prestación de los servicios públicos a la intervención del Estado por medio de la fijación del régimen legal correspondiente y, dentro de dicho marco, su regulación, control y vigilancia-.

(b) Por otra parte, la libertad de prensa, como los otros dos elementos constitutivos de la libertad de expresión en sentido genérico, puede estar sujeta a limitaciones concretas que sean plenamente respetuosas de la totalidad de condiciones constitucionales que se examinan en el capítulo siguiente,[199] con la cualificación adicional de que, por tratarse del ejercicio de una libertad tan cara a la democracia, las autoridades tienen un margen de apreciación menor para determinar la existencia de una necesidad social imperativa que justifique la adopción de una limitación a este derecho[200]. Como se indicará, cualquier limitación concreta está sujeta a un control constitucional particularmente estricto, ya que la prohibición constitucional de la censura adquiere un carácter marcadamente agudo en este ámbito y proscribe tajantemente cualquier tipo de control previo sobre la actividad de los medios que pueda equivaler a censura –según ha resaltado la jurisprudencia constitucional[201]-, por lo cual toda limitación de la libertad de prensa, efectuada por cualquier autoridad a través de un acto gene-

Pages 303 130 720
Online 490
Vis. today 20 530

limitación de la libertad de prensa, efectuada por cualquier autoridad a través de un acto general o particular, se ha de asumir, de entrada, como sospechosa, y se ha de someter a un examen exigente[202] (http://www.bacrim.com/ver_noticia.php?Pid=120,6326&cid=605) especialmente si tiene el potencial de desestimular el vigoroso y sólido funcionamiento de la libertad de prensa en una sociedad abierta y pluralista[203].

7. *Potencial de colisión con otros derechos fundamentales, sujetos a ponderación y armonización concreta sobre la base de la primacía de la libertad de prensa.* La presunción de primacía de la libertad de expresión en sentido genérico sobre los otros derechos, valores o intereses constitucionalmente protegidos con los que pueda entrar en conflicto –y con los que, de hecho, entra en colisión frecuentemente-, cobra una especial dimensión en el caso de los medios de comunicación.[204] No obstante, para efectos de armonizar su ejercicio con el de los derechos que pueden verse afectados, existen ciertas soluciones constitucionales tales como el derecho de rectificación en condiciones de equidad,[205] así como ciertos criterios elementales a respetar por los medios para efectos de prevenir las violaciones de los derechos ajenos, tales como el cuidado en el manejo de la información y el respeto a los parámetros fijados mediante autorregulación.

8. *Carácter de servicio público de algunos medios de comunicación.* Por último, es relevante el carácter de *servicio público* que se adscribe al funcionamiento de ciertos medios masivos de comunicación, entre los cuales sobresalen la radiodifusión, la televisión, la telefonía celular y satelital, y el Internet. El hecho de que estos medios se clasifiquen como servicios públicos les ubica bajo el campo de aplicación del artículo 365 Superior[206], con las consecuencias constitucionales que ello conlleva: es deber del Estado garantizar su prestación eficiente a todos los habitantes del país, están sometidos al régimen jurídico establecido en la ley, y a la regulación, control y vigilancia estatales. A pesar de que cada medio tiene rasgos específicos, en lo que resulta pertinente para el caso presente la Corte resalta que la regulación estatal únicamente puede estar orientada a garantizar la calidad y eficiencia de los aspectos técnicos, de cobertura en la prestación del servicio y accesibilidad en condiciones de igualdad y pluralismo, pero *jamás* puede recaer sobre el contenido de las expresiones e informaciones que a través de dichos medios se transmiten. En otras palabras, ni la calidad ni la eficiencia de los servicios públicos que se prestan a través de los medios masivos de comunicación se pueden evaluar con base en criterios que se relacionan con el contenido de las expresiones e informaciones que a través de ellos se comunican; sólo pueden hacer referencia a los aspectos técnicos, de cobertura y de accesibilidad que se han referido. La regulación estatal de la materia, así como las dinámicas y pautas de control y vigilancia por parte de las autoridades, deben respetar el elemento crucial de libertad de expresión que está presente en

Pages 305 190 720
Online 400
Vis. today 20 530
(http://www.histats.com/viewstats/?sid=1206326&ccid=605)

este tipo de servicios públicos, y por lo tanto no puede, ni directa ni indirecta ni consecuencialmente, llegar a constituir un modo proscrito de censura o de control previo sobre los contenidos de la comunicación. La naturaleza de servicio público de estos medios de comunicación no puede invocarse, en ningún caso, como justificación para intervenir sobre el contenido de la expresión, y mucho menos para restringirla o limitarla en su alcance – al contrario, por medio de la promoción de la eficacia, calidad y accesibilidad de estos medios, se ha de magnificar el poder comunicativo que proporcionan, promoviendo así el libre flujo de expresiones en la sociedad colombiana.

ACAPITE IV-7

Condiciones constitucionales para la limitación estatal de la libertad de expresión, en cualquiera de sus manifestaciones.

1. La libertad de expresión no es un derecho absoluto, en ninguna de sus manifestaciones específicas (como libertad de expresión *stricto senso*, libertad de información o libertad de prensa); está sujeta a limitaciones, establecidas para preservar otros derechos, valores e intereses constitucionalmente protegidos con los cuales puede eventualmente entrar en conflicto.[207] Sin embargo, como se ha enfatizado en los apartes precedentes, el carácter privilegiado de la libertad de expresión tiene como efecto directo la generación de una serie de presunciones constitucionales – la presunción de cobertura de toda expresión por el ámbito de protección constitucional, la sospecha de inconstitucionalidad de toda limitación de la libertad de expresión, la presunción de primacía de la libertad de expresión sobre otros derechos, valores o intereses constitucionales con los cuales pueda llegar a entrar en conflicto, y la presunción de que los controles al contenido de las expresiones constituyen censura.[208]

2. Se tiene, pues, que toda limitación –a través de actos jurídicos de alcance particular o general, proferidos en ejercicio de la función legislativa, administrativa, jurisdiccional, de policía u otra cualquiera desempeñada por el Estado- de la libertad de expresión en cualquiera de sus manifestaciones (libertad de expresión en sentido estricto, libertad de información o libertad de prensa) ha de presumirse, en principio, constitucionalmente sospechosa como una invasión del derecho protegido. Esta presunción es de hecho, y admite prueba en contrario; sin embargo, compete a la autoridad que establece la limitación la carga de demostrar que están dados los exigentes requisitos constitucionales para poder establecer una limitación en este ámbito. Dada la trascendencia de la libertad de expresión en el ordenamiento constitucional, las limitaciones de las que es susceptible, según están plasmadas en los tratados internacionales aplicables, deben interpretarse de manera tal que se preserve el máximo campo posible de expresión libre de interferencias estatales. Por su parte, el juez constitucional al considerar toda limitación de la libertad de expresión como una actuación *sospechosa*, debe

someterla en consecuencia a un juicio estricto de revisión constitucional, verificando que estén rigurosamente satisfechos los requisitos que la Corte pasará a explicar a continuación.

Online 400
Vis. today 20 530
(http://www.histats.com/viewstats/?sid=1206326&ccid=605)

La Corte considera necesario enfatizar que *cualquier* acto jurídico o actuación de hecho, de carácter general o particular, que de manera directa o indirecta limite el ejercicio de la libertad de expresión en cualquiera de sus manifestaciones, realizado por *cualquier autoridad* estatal colombiana independientemente de su jerarquía o su posición dentro de la estructura del Estado, ha de considerarse como una invasión sospechosa del ejercicio de este derecho y, por ende, someterse a revisión constitucional estricta para efectos de determinar si están dados los requisitos que hacen admisible una limitación estatal en el ejercicio de esta importante libertad.

3. El marco general de las limitaciones admisibles a la libertad de expresión, el cual como se dijo es de interpretación restrictiva, lo proveen los artículos 19 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, y 13 de la Convención Americana de Derechos Humanos.[209] El primero dispone: *"3. El ejercicio del derecho previsto en el párrafo 2 de este artículo entraña deberes y responsabilidades especiales. Por consiguiente, puede estar sujeto a ciertas restricciones, que deberán, sin embargo, estar expresamente fijadas por la ley y ser necesarias para: (a) Asegurar el respeto a los derechos o a la reputación de los demás; (b) La protección de la seguridad nacional, el orden público o la salud o la moral públicas."* El segundo establece: *"2. El ejercicio del derecho previsto en el inciso precedente no puede estar sujeto a previa censura sino a responsabilidades ulteriores, las que deben estar expresamente fijadas por la ley y ser necesarias para asegurar: a. el respeto a los derechos o a la reputación de los demás, o b. la protección de la seguridad nacional, el orden público o la salud o la moral públicas. // (...) 4. Los espectáculos públicos pueden ser sometidos por la ley a censura previa con el exclusivo objeto de regular el acceso a ellos para la protección moral de la infancia y la adolescencia, sin perjuicio de lo establecido en el inciso 2."*

Una lectura detenida de estas disposiciones revela que las limitaciones a las libertades de expresión (en sentido estricto), información y prensa, para ser constitucionales, deben cumplir con los siguientes requisitos básicos: (1) estar previstas de manera precisa y taxativa por la ley, (2) perseguir el logro de ciertas finalidades imperativas, (3) ser necesarias para el logro de dichas finalidades, (4) ser posteriores y no previas a la expresión, (5) no constituir censura en ninguna de sus formas, lo cual incluye el requisito de guardar neutralidad frente al contenido de la expresión que se limita, y (6) no incidir de manera excesiva en el ejercicio de este derecho fundamental.

Pages 303 130 720
Online 400
Vis. today 20 530
(http://www.histats.com/viewstats/?sid=1206326&ccid=605)

3.1. *Las limitaciones deben estar formuladas precisa y taxativamente en una Ley de la República.*

Ya ha señalado esta Corporación –recogiendo la extensa jurisprudencia europea sobre este punto específico- que, de conformidad con los tratados internacionales de derechos humanos aplicables, las limitaciones sobre la libertad de expresión deben ser establecidas en la ley, de manera clara, expresa, taxativa, previa y precisa[210], por lo cual las autoridades que establecen dichas limitaciones por fuera de la autorización legal, o sin ella, violan la libertad constitucionalmente protegida[211].

El nivel de precisión con el cual se han de formular las leyes correspondientes debe lo suficientemente específico y claro como para permitir que los individuos regulen su conducta de conformidad con ellas. Este requisito se identifica con la prohibición de interferir sobre la libertad de expresión a través de actos estatales vagos, ambiguos, amplios o indeterminados. [212]

Si bien -como lo ha aclarado el tribunal europeo- por las características mismas del lenguaje humano, en el que se han de redactar forzosamente las leyes nacionales, es imposible lograr un nivel absoluto de certeza en su formulación, el grado de precisión, especificidad y claridad en la definición legal de la limitación debe ser tal que evite la discriminación, la persecución o la arbitrariedad de las autoridades que habrán de hacer cumplir las leyes al respecto. También debe la definición de la limitación estar en la misma ley para evitar que sea la administración o la autoridad judicial la que llene su contenido. Estas consideraciones sobre las proyecciones del principio de legalidad en este ámbito son especialmente pertinentes, dado que buena parte de las leyes sobre la materia son anteriores a la Carta de 1991 y no son leyes estatutarias.

3.2. *Las limitaciones deben perseguir el logro de ciertas finalidades imperativas definidas de manera concreta y específica.*

La segunda condición constitucional que han de satisfacer las limitaciones de la libertad de expresión, es la de perseguir la materialización de ciertas finalidades constitucionales impe-

rativas, que se han enumerado en los tratados aplicables: la protección de los derechos de los demás, la protección de la seguridad y el orden público, la protección de la salud pública y la protección de la moral pública.

Pages 105 190 720
Online 400
Vis. today 20 530
(http://www.flstats.com/viewstats/?sid=1206326&ccid=605)

Sobre estas finalidades, la Corte considera necesario efectuar cinco advertencias generales, antes de explicar su contenido individual.

(a) En primer lugar, deben ser objeto de una interpretación restringida, para efectos de maximizar el ámbito de la libertad de expresión.

(b) Segundo, se trata de una enumeración taxativa, por fuera de la cual no caben justificaciones o finalidades adicionales para limitar la libertad de expresión.

(c) Tercero, en consonancia con el principio de legalidad, no es suficiente con invocarlas en forma abstracta para justificar una limitación determinada; debe demostrarse que, en cada caso particular, están dados los elementos para considerar que efectivamente está presente una de estas finalidades constitucionales de imperativa consecución. En otras palabras, el interés público que se pretende materializar mediante una limitación a la libertad de expresión, debe ser enunciado en forma concreta y específica en cada caso, con referencia a las caracte-

rísticas propias del mismo, y no recurriendo a una simple formulación abstracta y vaga, que en sí misma equivaldría a una forma de cheque en blanco para lesionar la libertad constitucionalmente protegida.

(d) La formulación concreta y específica del interés público que se persigue mediante la limitación, debe ser compatible con los principios esenciales de una sociedad democrática y del Estado Social de Derecho (C.P., art. 1).

(e) La referida formulación concreta y específica de las finalidades perseguidas con la limitación también debe ser compatible con el principio de la dignidad humana.

Pages 303 130 720
Vis. today 20 530
(http://www.histats.com/viewstats/?sid=1206326&ccid=605)

Estas cinco precisiones serán ilustradas con mayor detalle a continuación, al examinar el alcance preciso de cada una de estas finalidades.

3.2.1. *Limitaciones adoptadas para preservar los derechos de los demás.*

Se trata de la categoría más obvia entre las finalidades que justifican restringir la libertad de expresión; pero su importancia es evidente, dado que el ejercicio de la libertad de expresión puede fácilmente entrar en conflicto con los derechos constitucionales de terceras personas, que son objeto de protección constitucional.

A este respecto, debe tenerse en cuenta que la libertad de expresión, por su trascendencia dentro del orden constitucional colombiano, sólo puede ser limitada para efectos de preservar derechos que tengan un rango comparable: en otras palabras, esta finalidad se refiere únicamente a derechos constitucionales *fundamentales,* como la intimidad, el buen nombre y la prohibición de la discriminación. La libertad de expresión no puede estar sujeta a limitaciones para efectos de preservar derechos que no gozan de un nivel de protección comparable en la Carta Política.

Así mismo, precisa la Corte que el método a aplicar en estos casos de conflicto entre la libertad de expresión y otros derechos fundamentales, es el de la **ponderación**[213], sobre la base inicial de la presunción de primacía de la libertad de expresión sobre los demás derechos.[214] Es decir, de entrada se debe adscribir a la libertad de expresión un valor preferente dentro del método de ponderación. En cualquier caso, el equilibrio entre los derechos en conflicto variará, dependiendo del tipo de discurso del que se trate, y del contexto en el cual se ejerza – así, (i) el discurso político está sujeto a menores limitaciones y quienes se vean afectados por él, concretamente las figuras públicas, deben soportar una carga mayor en el ámbito de sus derechos a la honra, intimidad y buen nombre, más cuando la expresión se ejerce a través de la prensa –posición asumida por la jurisprudencia nacional, comparada[215] e internacional[216]; (ii) el discurso religioso, por la protección constitucional reforzada de la que es objeto al constituir el ejercicio de la libertad de cultos, admite dentro de su órbita de protección expresiones que, en otro ámbito, serían consideradas como ex-[217]

Pages 303-130 720
Online 400
Vis. today 20 930
http://www.histats.com/viewstats/?did=12063268&cid=605]

cesivas y lesivas de la honra y reputación ajenas[217]; o (iii) como se vió, el uso de los medios masivos de comunicación para transmitir expresiones a una pluralidad indeterminada de receptores, dadas las características específicas de estos medios -incluyendo su diferente capacidad de penetración y su impacto inmediato sobre la audiencia-, admite regulaciones apropiadas a las especificidades de cada tipo de medio masivo. (iv) Por su parte, las expresiones cuya audiencia incluye niños están sujetas a especiales condiciones constitucionales orientadas a preservar el interés superior, el desarrollo integral y los derechos fundamentales de los menores.

Los casos más frecuentes de limitación de la libertad de expresión para preservar derechos ajenos se generan por el ejercicio de las libertades de información y de prensa a través de los medios masivos de comunicación: baste citar los múltiples casos en que se alega que ha habido un daño a los derechos fundamentales a la intimidad, la honra o el buen nombre de terceros. La jurisprudencia colombiana cuenta con un alto nivel de desarrollo en este ámbito[218], y ha establecido reglas claras orientadas a armonizar los derechos enfrentados, maximizando la libertad de expresión, como también lo han hecho la jurisprudencia comparada e internacional[219]. Otras instancias de conflicto con derechos de terceros se presentan, por ejemplo, cuando se ejerce la libertad de expresión *stricto senso* por medio de discursos sobre temas religiosos, que son susceptibles de ofender las creencias ajenas con mayor facilidad que otros tipos de discurso; una situación conexa es la de las películas u obras artísticas que ofenden las sensibilidades religiosas de terceros. En estos casos, teniendo en cuenta la importancia de los extremos en conflicto, las Cortes han optado por soluciones conciliadoras que maximicen la libertad de expresión al tiempo que preservan los derechos potencialmente lesionados por su ejercicios; por ejemplo, han enfatizado que quien hace uso de su libertad de expresión en el contexto de las opiniones y creencias religiosas asumen el deber de evitar, en lo posible, ofender gratuitamente a los demás, y la carga de soportar un mayor margen de limitación de su derecho por el Estado para efectos de armonizar los intereses encontrados.[220] Otros tipos de conflictos se presentan entre la libertad de expresión y derecho a la intimidad, en casos de publicación de libros que revelan información o narran eventos que afectan a personas reales.[221] La jurisprudencia también se ha pronunciado sobre casos en que la libertad de expresión entra en conflicto con los derechos a la vida e integridad personal[222] o a la participación política a través de las elecciones democráticas[223], por solo citar algunos ejemplos salientes.

Un caso especial, de importancia directa para el presente fallo, lo plantean los derechos de los niños, en las hipótesis en que se pueden ver lesionados por expresiones de otras personas. Son pertinentes en este sentido las disposiciones del artículo 44 Superior, en el sentido de

Pages 303 130 128
Online 400
Vis. today 20 530
(http://www.histats.com/viewstats?sid=1206326&ccid=605)

que (i) los niños tienen derecho fundamental al cuidado, la educación, la cultura, la recreación y al libre expresión de su opinión; (ii) *"[l]a familia, la sociedad y el Estado tienen la obligación de asistir y proteger al niño para garantizar su desarrollo armónico e integral y el ejercicio pleno de sus derechos"*; y (iii) *"[l]os derechos de los niños prevalecen sobre los derechos de los demás"*. Deben tenerse en cuenta a este respecto, además, ciertas obligaciones específicas impuestas al Estado colombiano por la Convención sobre los Derechos del Niño: (w) la obligación estatal de promover, en toda actuación que les concierna, su interés superior, atender a su desarrollo integral y su bienestar y proteger sus derechos fundamentales prevalecientes[224], (x) la obligación estatal de respetar las responsabilidades, derechos y deberes de los padres o de quienes están legalmente encargados del niño, en el sentido de impartirle, de conformidad con su etapa de desarrollo, la dirección y orientación necesarias para el ejercicio de sus derechos[225], y de cumplir con sus obligaciones primordiales en materia de crianza y desarrollo del menor[226], (y) la consagración expresa de los derechos de los niños a la libertad de recibir informaciones y opiniones diversas[227], al descanso, esparcimiento y participación en la vida cultural y artística[228], y (z) la obligación estatal de respetar los derechos y deberes de los padres, o representantes legales del niño, en el sentido de guiarlo, conforme a su etapa de desarrollo, en el ejercicio de sus libertades de pensamiento, conciencia y religión[229]. Más aún, la Corte ha de tener en cuenta lo dispuesto en el artículo 17 de la Convención sobre los Derechos del Niño que se cita:

> *"Artículo 17. Los Estados Partes reconocen la importante función que desempeñan los medios de comunicación y velarán por que el niño tenga acceso a información y material procedentes de diversas fuentes nacionales e internacionales, en especial la información y el material que tengan por finalidad promover su bienestar social, espiritual y moral y su salud física y mental. Con tal objeto, los Estados Partes:*
>
> *a) Alentarán a los medios de comunicación a difundir información y materiales de interés social y cultural para el niño, de conformidad con el espíritu del artículo 29;*
>
> *(...) e) Promoverán la elaboración de directrices apropiadas para proteger al niño contra toda información y material perjudicial para su bienestar, teniendo en cuenta las disposiciones de los artículos 13 y 18."*

En consecuencia, en casos en los que potencialmente esté de por medio la preservación de los derechos de menores de edad, en particular ante transmisiones de información e imágenes a través de los medios de comunicación que pueden ser perjudiciales para su desarrollo integral, los jueces han de prestar especial atención a su protección, y a la armonización con-

Pages 365 130 720
Online 400
Vis. today 20 530
(http://www.histats.com/viewstats/?sid=12063268&cid=605)

creta de los derechos enfrentados, sobre la base de la prevalencia de los derechos de los niños que puede vencer, por mandato expreso del artículo 44 de la Constitución, la primacía *ab initio* de la libertad de expresión. En ocasiones anteriores, la Corte Constitucional ha explicado que los conflictos entre la libertad de expresión y los derechos de los niños se han de abordar constitucionalmente sobre la base de la prevalencia de los segundos.[230] Sin embargo, el carácter prevaleciente de los derechos de los menores de edad no otorga a las autoridades completa discrecionalidad para limitar la libertad de expresión a su agrado; las limitaciones establecidas para proteger a los menores de edad también deben cumplir con la totalidad de las condiciones constitucionales que se explican en el presente acápite, y no pueden invocarse como un comodín para limitar la libertad de expresión cada vez que se anticipe que quizás algún niño sea receptor de la información, las opiniones y las imágenes divulgadas por un medio masivo de comunicación. Se debe recordar que en este tipo de casos, el juez constitucional ha de garantizar que, por virtud de la protección de los derechos de los niños, no se termine restringiendo indebidamente la libertad de expresión.

3.2.2. *Limitaciones adoptadas para preservar la seguridad y el orden público.*

En ciertas ocasiones los valores de una democracia, incluida la libertad de expresión, sólo se pueden preservar mediante el mantenimiento de condiciones propicias para el ejercicio de los derechos fundamentales. Sin embargo, como en nombre de la seguridad y el orden público se han cometido numerosos atropellos contra la libertad de expresión, es particularmente importante que en este ámbito, los intereses que justificarían la limitación sean celosamente respetuosos del principio de legalidad y de la definición concreta y específica de los

fines imperiosos de orden público y seguridad que es necesario alcanzar. Además, el concepto de seguridad a precisar, especificar y concretar ha de ser compatible con la democracia abierta y pluralista, no con un concepto autoritario de seguridad.[231]

En estas hipótesis, se debe establecer un punto de equilibrio entre el orden público y la libertad de expresión; los jueces usualmente aplican el método de ponderación para reconciliar los intereses en conflicto, pero partiendo de la base inicial de primacía de la libertad de expresión. La Corte Constitucional ha aceptado tan solo en algunas ocasiones, desde una óptica protectora de la libertad de expresión, que las necesidades concretas y específicas de orden público pueden justificar limitaciones puntuales al alcance de este derecho fundamental, que sean proporcionadas y razonables según las circunstancias, y declaró inconstitucional que en aras de un concepto abstracto e indeterminado de seguridad nacional se autorizara limitar los derechos fundamentales.[232]

Pages 303 130 720
Online 400
Vis. today 20 530
(http://www.histats.com/viewstats/?sid=1206326&ccid=605)

3.2.2.1. Por ejemplo, en la sentencia C-431 de 2004[233], al examinar la constitucionalidad de una norma que consagraba como falta grave para los militares el *"hacer publicaciones sobre asuntos militares por medio de la prensa, la radio, la televisión o cualquier otro medio, sin el permiso correspondiente"*, la Corte efectuó una interpretación armónica de las distintas disposiciones constitucionales en juego –la libertad de expresión y el cumplimiento de los fines esenciales del Estado, concretamente las funciones de defensa asignadas a las Fuerzas Militares-[234], para concluir que se ajusta a la Carta Política el establecimiento de una reserva legal sobre la divulgación de información sobre asuntos militares que pueda poner en riesgo la preservación, por la Fuerza Pública, de la independencia nacional, la integridad territorial o la convivencia pacífica[235], siempre y cuando se interprete de manera restringida para no abarcar un sinnúmero de informaciones de tipo militar cuya divulgación no plantea riesgos de esta índole[236]; y excluyó de la prohibición, en aplicación de los principios de proporcionalidad y necesidad, las publicaciones sobre posibles violaciones de los derechos humanos, infracciones penales o administrativas por parte de los militares, o publicaciones para preservar o proteger la moralidad pública.[237]

3.2.2.2. En el contexto específico de los estados de conmoción interior, la Corte ha avalado limitaciones proporcionales de la libertad de expresión, en particular de la libertad de información; así, (a) en la sentencia C-179 de 1994[238], la Corte examinó las normas de la ley estatutaria sobre estados de excepción que establecían la posibilidad gubernamental, durante los estados de conmoción interior y guerra exterior, de suspender las emisiones de radio o televisión y sancionar a los infractores cuando con dichas transmisiones se pudiesen poner en peligro la vida de las personas, se utilizaran para afectar en forma grave e inminente el desarrollo de las operaciones de guerra, se divulgara propaganda en beneficio del enemigo o se hiciera su apología, y declaró que era exequible, en el entendido de que constituían un ejercicio de la potestad punitiva del legislador que no era equiparable a una censura previa por traducirse en sanciones posteriores para los infractores, y que se refería a conductas reprimidas por causa de la relación íntima que tenían con el desarrollo y control de las operaciones de guerra interna[239]; (b) en la sentencia C-033 de 1933[240], la Corte explicó que es posible armonizar durante los estados de conmoción interior la protección de la libertad de expresión, con la consiguiente prohibición de la censura, y la preservación del orden público, siempre y cuando se respete el núcleo esencial de aquella[241] - así, medidas como (i) la prohibición de difundir el contenido de comunicados de grupos guerrilleros y organizaciones delincuenciales vinculadas al narcotráfico y el terrorismo a través de los medios de comunicación, pero preservando para éstos el derecho a informar al respecto, (ii) la prohibición

Pages 303 130 720
Online 400
Vis. today 20 530
(http://www.histats.com/viewstats/?sid=1206326&ccid=605)

información, pero preservando para estos el derecho a informar al respecto; (ii) la prohibición de identificar a través de los medios a los testigos de actos de terrorismo, rebelión, sedición, asonada, secuestro, extorsión o narcotráfico, para efectos de preservar sus vidas, y manteniendo para los medios el derecho a informar sobre los actos presenciados, o (iii) la prohibición de transmitir en directo a través de los medios hechos de terrorismo, subversión o narcotráfico mientras están ocurriendo, conservando el derecho de transmitirlos una vez hayan cesado, resultan todas constitucionales como medidas de limitación proporcionales de la libertad de información, para lograr los objetivos de un estado de conmoción interior declarado de conformidad con la Constitución[242]; y (c) en la sentencia C-045 de 1996[243], afirmando que el Gobierno está en la obligación de impedir que los criminales magnifiquen sus acciones a través del abuso de la libertad de información en los medios y que es legítimo, dentro de un orden democrático, limitar la libertad de información respecto de discursos que constituyen apología del delito y la violencia[244], se declararon constitucionales ciertas limitaciones de la libertad de información –consistentes en la prohibición, para los medios, de difundir comunicados o declaraciones de grupos guerrilleros u organizaciones delincuenciales vinculadas a la subversión o al terrorismo, o de sus miembros (siempre y cuando se excluyera de dicha prohibición la información atinente a las violaciones de derechos humanos o a la voluntad de paz de dichos grupos)[245], y en la prohibición de identificar testigos de actos delictivos a través de los medios[246]-.

3.2.2.3. El conflicto que se puede suscitar entre el ejercicio de la libertad de expresión en cualquiera de sus manifestaciones y la preservación del orden público ha dado lugar a importantes líneas jurisprudenciales en el derecho comparado, que son pertinentes en tanto herramientas para la delimitación de las posibles circunstancias en que se puede invocar una necesidad de orden público para restringir la libertad de expresión. A modo de ejemplo, se pueden citar las categorías jurisprudenciales de "incitación", "palabras agresivas" y "audiencias hostiles", y los casos –particularmente estudiados por la Corte Europea de Derechos Humanos- de limitaciones de la libertad de expresión ante amenazas o actos de terrorismo o fragmentación de la unidad nacional.

(a) *"Instigación" a la violencia o al delito*.[247] Una pregunta clásica que se han formulado los tribunales enfrentados a casos de libertad de expresión, es si la cláusula constitucional correspondiente cubre las expresiones dirigidas a incitar a sus receptores a una violación del ordenamiento jurídico o a la violencia. Se trata de expresiones relacionadas con las que, como se vio anteriormente, están proscritas por formar parte del "discurso del odio", pero que a diferencia de éste, tienden no a hacer una apología genérica de la violencia o el delito, sino a incitar en forma directa e inmediata a su audiencia a violar la ley o a incurrir en actos violentos en una situación concreta y específica. Se ha aceptado generalmente que es legí

Pages 303 130 720
Visitors 20 530
Vis. today (http://www.histats.com/viewstats/?sid=1206326&ccid=605)

violentos en una situación concreta y específica. Se ha aceptado generalmente que es legítimo establecer limitaciones proporcionadas y razonables a este tipo de expresiones, siempre y cuando esté demostrado que plantean un **peligro claro y presente** de violencia o de dar pie a la comisión de un delito.[248] Esta aproximación es consistente con el enfoque de tribunales internacionales que han afirmado la existencia de un margen de limitación mayor para el Estado cuandoquiera que las expresiones incitan directa e inmediatamente a la violencia contra un individuo, un servidor público o un sector de la población.[249]

(b) *"Palabras agresivas"*[250]. Esta categoría se refiere a expresiones que, por su verbalización misma, inducen a la reacción violenta por parte de los receptores en contra de quien se están profiriendo. El típico caso es el de un mensaje provocativo o insultante, que enfurece de tal forma a la audiencia, que algunos escuchas pueden recurrir a la violencia en respuesta; el Estado tendría un título legítimo para limitar a quien se expresa, para así garantizar el orden público y evitar la violencia. Esta categoría ha sido aplicada con particular precisión por los jueces de los sistemas jurídicos del *common law* – particularmente Estados Unidos[251] y el Reino Unido[252]-, que han insistido en la importancia del elemento consistente en que se pueda presentar una ruptura inminente del orden público como consecuencia de las expresiones utilizadas, para que éstas puedan ser limitadas; de lo contrario, han explicado, se otorgaría un poder censor *de facto* a ciertos miembros minoritarios de la audiencia, restringiendo así indebidamente la expresión pública.[253] Así, se ha traza una diferencia decisiva entre las expresiones que deben ser protegidas, aunque implican un riesgo para el orden público, y las expresiones inflamatorias como tal, que pueden ser legítimamente limitadas sin vulnerar la libertad de expresión, si están dadas las demás condiciones constitucionales para ello.

(c) *"Audiencias hostiles"*[254]. Se trata de una categoría cercana a la de los "términos agresivos", que se refiere a expresiones que tienen el potencial de provocar en su audiencia colectiva, que no simpatiza con el mensaje transmitido, o bien violencia, o bien amenazas de violencia, igualmente colectiva; se ha aplicado principalmente a casos en los que se debate la posibilidad constitucional de limitar reuniones y manifestaciones públicas, por la posibilidad de que con ellas se altere de tal forma al público que éste responda violentamente, en forma tal que se cause una ruptura del orden. Las Cortes británicas y estadounidenses han aplicado tradicionalmente esta doctrina, precisando y restringiendo su alcance a lo largo del tiempo.[255] Una solución razonable al conflicto constitucional que se presenta en estos casos entre la preservación del orden público y la libertad de expresión es la de exigir permisos para la celebración de reuniones y manifestaciones públicas pacíficas, como en Alemania[256], o adoptar regulaciones sobre el modo, tiempo y lugar de la demostración, para minimizar el

Pages 303 130 720
Online 480
Vis. today 20 530

adoptar regulaciones sobre el modo, tiempo y lugar de la demostración, para minimizar el riesgo de desórdenes, por ejemplo previniendo su entrada a áreas conflictivas, preservando al mismo tiempo el [257] (http://www.rigats.com/Investors/?sid=1206326&acid=605)

(d) *Lucha antiterrorista y preservación de la unidad nacional.* La libertad de expresión también ha planteado problemas significativos en el contexto de la lucha contra el terrorismo y la supresión de movimientos insurreccionales. El Relator Especial de las Naciones Unidas para la Libertad de Opinión y de expresión, el Representante de Libertad de los Medios de la Organización para la Seguridad y la Cooperación en Europa y el Relator Especial sobre Libertad de Expresión de la Organización de Estados Americanos adoptaron una Declaración Conjunta en diciembre de 2005, en la cual condenaron los intentos gubernamentales de utilizar la necesidad de combatir el terrorismo como una justificación para adoptar leyes que restringen indebidamente la libertad de expresión, con base en criterios vagos y excesivamente amplios que rebasan con mucho el alcance de las categorías tradicionales –y legítimas- de incitación a la violencia, o amenazas al orden público o la seguridad nacional.[258] En esta misma Declaración, se expresa que (1) la libertad de expresión es un derecho humano universalmente reconocido y preciado, y responder al terrorismo mediante la restricción de este derecho podría facilitar el logro de ciertos objetivos terroristas, particularmente el desmantelamiento de los derechos humanos[259]; y que (2) mientras que es legítimo y necesario prohibir la incitación al terrorismo, los Estados no pueden usar términos vagos tales como "glorificar" o "promover" el terrorismo al establecer limitaciones sobre la libertad de expresión; en este sentido, la incitación proscrita se ha de entender como un llamado directo a llevar a cabo terrorismo, con la intención de promover mediante tal llamado las actividades terroristas, en un contexto en el que tal llamado puede constituir una causa directa del incremento de la probabilidad de un acto terrorista.[260] La Corte Europea de Derechos Humanos, por su parte, también ha desarrollado una importante doctrina sobre la protección de la libertad de expresión en este contexto. En este tipo de situaciones, la Corte ha examinado cuidadosamente el potencial específico que tiene cada expresión, a través del medio particular por el cual se transmite, para generar una ruptura efectiva del orden público; el examen estricto al que ha sometido el tribunal europeo este tipo de limitaciones ha llevado a que en prácticamente todos los casos sometidos a su escrutinio se haya declarado que las limitaciones establecidas son violatorias de la libertad de expresión, especialmente de autores de novelas históricas y críticas del Estado, que no tienen el potencial para generar un daño que proporcione un contrapeso adecuado a la limitación de esta importante libertad fundamental.[261]

3.2.4. *Limitaciones establecidas para preservar la moralidad pública.*

Pages 303 130 720
Online 400
Vis. today 20 530
(http://www.histats.com/viewstats/?sid=1206326&ccid=605)

3.2.4.1. De conformidad con el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y la Convención Americana de Derechos Humanos, uno de los objetivos de peso cuya consecución justificaría establecer limitaciones a la libertad de expresión es el de proteger la moralidad pública, finalidad que resulta de particular relevancia para el caso presente.

3.2.4.2. Sin embargo, al igual que sucede con las demás finalidades legítimas previstas en estos tratados internacionales para limitar la libertad de expresión, la noción de "moralidad pública" (a) debe ser objeto de una interpretación especialmente restringida, y ser definida de manera previa, clara y precisa en una ley nacional; (b) no puede invocarse en forma abstracta para justificar una limitación, sino debe especificarse y concretizarse de forma tal que sea claro, en cada caso, que existen intereses puntuales en juego que encuadran con la definición previa y precisa establecida en la ley nacional; y (c) esta formulación concreta y específica de aspectos determinados de la moralidad pública en cada caso particular, con referencia a intereses puntuales en juego, debe ser compatible con los principios esenciales de una sociedad democrática, con el Estado Social de Derecho y con el principio de dignidad humana (C.P., art. 1). Además, según ha expresado la jurisprudencia constitucional, la carga de demostrar el peso del interés estatal en proteger la moralidad pública en cada caso particular corresponde a la autoridad que busca establecer la limitación sobre el ejercicio de la libertad de expresión; en caso de no cumplirse adecuadamente con esta carga, priman las presunciones constitucionales que amparan los actos expresivos. Por otra parte, tal y como ha expresado el Relator Especial para este derecho de las Naciones Unidas, *"…las restricciones aplicadas a la libertad de expresión no deberían aplicarse de modo que fomenten el prejuicio y la intolerancia".* ***[262]***

3.2.4.3. La noción de "moralidad pública" ha sido abordada en anteriores oportunidades por esta Corporación, que además ha desarrollado en su jurisprudencia una doctrina constitucional clara sobre diferentes temas atinentes a la noción de "moral" y su relevancia jurídica. No es del caso que, en la presente oportunidad, la Corte aborde todos los temas específicos sobre los que han existido pronunciamientos en este campo; por ejemplo, no es pertinente pronunciarse sobre las relaciones entre la moral cristiana y el derecho, ni sobre la relación entre la moral social y las normas jurídicas, como tampoco sobre la noción objetiva de moralidad social que, bajo ciertas condiciones, se ha adoptado como criterio para determinar la concordancia de una determinada norma legal con la Constitución. En este caso es relevante únicamente detenerse en el contenido específico de la noción de "moralidad pública" en tanto objetivo constitucional que justifica el establecimiento de limitaciones concretas sobre el ejercicio de la libertad de expresión; se trata de delimitar hasta qué punto esta noción específica de "moralidad pública" puede obrar como un límite al alcance y ejercicio de derechos funda-

Pages 303 130 120
Online 400
Vis. today 20 530
(http://www.histats.com/viewstats/?sid=1206326&ccid=605)

mentales en casos concretos, para lo cual es relevante examinar en qué circunstancias y bajo qué condiciones ha acudido la jurisprudencia constitucional a dicha noción en casos de tutela[263]. Sobre este particular, hay tres decisiones previas de la Corte Constitucional que resultan pertinentes:

(a) En la sentencia T-301 de 2004[264], la Corte conoció de un caso de hostigamiento policial a personas homosexuales en Santa Marta, basado en su condición; entre otras actuaciones, eran desalojados del espacio público por considerar la policía que su presencia era contraria a la moral pública. Al preguntarse, en tanto problema jurídico, si *"la manifestación de comportamientos asociados a las personas homosexuales en la vía pública ¿vulnera la moral pública en su componente constitucionalmente relevante?"*, y si "*pueden dichas características personales ser objeto de control mediante la detención preventiva administrativa"*, la Corte analizó *"cómo ha de entenderse en el contexto de un Estado social y democrático de derecho, el concepto de moral pública"*. En este sentido, hizo las siguientes precisiones: (i) la justificación de las medidas que limitan derechos con base en la moral pública, en un estado pluralista respetuoso de la autonomía individual, debe examinarse a la luz del principio *pro-libertate*, y sujetarse por lo mismo a un *test* estricto de proporcionalidad[265]; (ii) la imposición de medidas sancionatorias con base en la moralidad pública ha de vincularse directamente a la preservación de intereses constitucionales concretos[266]; (iii) para que la moral pública pueda constituir una justificación legítima de una restricción de la libertad personal, no debe privilegiar una determinada postura moral a expensas de las demás que están presentes en las sociedades plurales contemporáneas – debe ser aquella noción de moralidad pública que es estrictamente necesaria para armonizar proyectos disímiles de vida que tienen derecho a coexistir dentro de un orden democrático y pluralista[267]; y (iv) *"está compuesta por los principios que se encuentran en relación de conexidad necesaria con la idea de Estado social y democrático de derecho, cuales son, entre otros: dignidad humana, la búsqueda de la paz, el pluralismo y la tolerancia"*. En consecuencia, afirmó la Corte que *"frente a la vaguedad conceptual e indeterminación de fuentes normativas de reglas y principios en el ámbito de la moral pública –y frente a la posible restricción ilegítima del derecho a la libertad- debe aplicarse un test estricto de proporcionalidad"*; para el caso específico de la libertad de expresión, el test de proporcionalidad forma parte del juicio de necesidad al que se ha de someter toda limitación estatal de su ejercicio.

(b) En la sentencia T-602 de 1995[268], la Corte se pronunció sobre la acción de tutela interpuesta por un padre de familia que vivía en un sector contiguo a varios locales en los que se ejercía la prostitución y donde se generaban, a menudo, perturbaciones del orden público y

Pages 303,130,720
Online 400
Visitors Today 1,025
(http://www.histats.com/viewstats/?sid=1206326&ccid=605)

la tranquilidad residencial, así como exhibiciones sexuales y actos de prostitución en la vía pública. La Corte, identificando la moralidad pública como un elemento del orden público, afirmó que en principio el Estado no puede sancionar a las personas que deciden optar por un oficio como la prostitución -por constituir una manifestación de su libertad personal-, pero que sí existe un título legítimo para limitar el ejercicio de estas actividades cuando puedan entrar en conflicto con otros derechos, particularmente con los derechos de los niños, que son prevalecientes.[269] Así, explicó la Corte que *"[e]n el caso concreto de los menores, la defensa de la moral no es para el Estado social de Derecho cuestión accidental, sino sustancial. Por ello el artículo 44 de la Carta Política dispone que los niños deben ser protegidos contra toda forma de* ***violencia mora****l; y, por otra parte, el artículo 67 superior señala que corresponde al Estado velar por la mejor* ***formación moral*** *de los educandos. asi, la moral, sobre todo en el caso de los menores, aparece como objeto jurídico protegido"*; y que *"una de las formas de violencia moral que se ejerce contra los niños consiste en el escándalo público de que se les pueda hacer víctimas en el lugar donde residen, o en su vecindario, a través de actos como la exhibición pública de conductas obscenas, las riñas callejeras, la exteriorización de sentimientos o conductas agresivas a la vista de los menores, etc. El Estado tiene la obligación de prevenir y evitar que tales situaciones se presenten erigiéndose en atentado real o potencial contra el derecho fundamental de los menores a no ser agredidos física ni moralmente."* En consecuencia, resaltando que existen soluciones que permiten armonizar el ejercicio de la actividad en cuestión con los derechos con los que puede entrar en colisión –concretamente a través del establecimiento de zonas de tolerancia[270]-, la Corte concluyó que en ese caso concreto el ejercicio de la prostitución estaba alterando las condiciones de vida dignas y tranquilas del barrio residencial del peticionario, en forma grave, directa e inminente, por lo cual existía una perturbación del orden público, que legitimaba la intervención de las autoridades en aras de preservar ese elemento de moralidad pública vinculado a la preservación de derechos e intereses constitucionales concretos y prevalecientes – en este caso, los de los menores de edad.[271]

(c) En la sentencia SU-476 de 1997[272], la Corte estudió las acciones de tutela interpuestas por varios habitantes de un sector residencial de Bogotá que se veían afectado por el despliegue de gran cantidad de actividades de prostitución en la vía pública de su barrio, con la consiguiente realización de escándalos, actos sexuales a la vista de todos los transeúntes, y ocasionales actos delictivos como atracos y expendio de drogas, sin que las autoridades policivas hubiesen tomado medidas para controlar la situación. La Corte recordó en primer lugar que las autoridades del Estado están instituidas para proteger el orden público[273], el cual incluye elementos de moralidad pública que pueden ser objeto de protección judicial cuan-

Pages 303 130 720
Quiere 400
Vis. today 20 530
(http://www.histats.com/viewstats/?sid=1206326&ccid=605)

doquiera que su vulneración amenace derechos fundamentales concretos y específicos[274]; y, en este caso, se concluyó que efectivamente, el ejercicio público y notorio de la prostitución en la vía pública conllevaba el desconocimiento concreto y probado de los derechos fundamentales de los peticionarios y de sus hijos menores de edad a la intimidad, seguridad y dignidad, por lo cual se ordenó a las autoridades de policía competentes que adoptaran las medidas correctivas a las que hubiera lugar.[275]

3.2.4.4. En resumen, la invocación abstracta de "razones de moralidad pública", o de la "moral pública" para justificar limitaciones de la libertad de expresión, constituye una violación del ámbito constitucionalmente protegido de este derecho fundamental por no cumplir con los requisitos anteriormente mencionados.

3.3. *Las limitaciones deben ser necesarias para el logro de la finalidad que persiguen y proporcionadas.*

El tercer requisito establecido en los tratados internacionales para que las limitaciones de la libertad de expresión sean aceptables, es que deben ser *necesarias* para el logro de la finalidad que se persigue. En este sentido, según lo han explicado y aplicado en anteriores oportunidades la Corte Constitucional[276], la Corte Interamericana de Derechos Humanos[277] y, en particular, la Corte Europea de Derechos Humanos, toda limitación de la libertad de expresión en cualquiera de sus manifestaciones debe ser sometida por el juez constitucional a un test estricto de necesidad, en virtud del cual la autoridad que busca adoptar la limitación debe demostrar el cumplimiento de todos y cada uno de los siguientes elementos:

(a) la finalidad invocada, como se indicó, debe puntualizarse para el caso particular de manera tal que se demuestre que, dentro de las circunstancias en las cuales se está realizando una expresión determinada, existe la necesidad **imperiosa**, **apremiante, específica** y **concreta** de preservar un derecho ajeno, un elemento previamente definido -de manera precisa y clara- del orden público, de la salud pública o de la moralidad pública. El carácter apremiante e imperioso de la necesidad social a la que se debe atender ha sido repetidamente señalado por la Corte Europea de Derechos Humanos como uno de los requisitos que se deben cumplir para que las limitaciones a la libertad de expresión sean admisibles. Por ejemplo, en el caso de Barthold v. Alemania[278], señaló que el adjetivo "necesario" usado en el artículo 10.2 de la Convención Europea no es sinónimo de "indispensable", pero tampoco tiene la

Pages 303 130 720
Visits 400
Vis. today 20 530
(http://www.histats.com/viewstats/?sid=1206326&ccid=605)

10-2 de la Convención Europea no es sinónimo de "indispensable", pero tampoco tiene la flexibilidad de expresiones como "admisible", "ordinario", "útil", "razonable" o "deseable" – implica una necesidad social apremiante o *imperiosa*, más que simplemente útil, importante, legítima u oportuna. respecto de la cual los Estados parte tienen un cierto poder de apreciación.[279] La Corte Interamericana de Derechos Humanos, en el caso de Herrera Ulloa v. Costa Rica, adoptó las pautas establecidas por la jurisprudencia europea en la materia (lo cual ya había hecho en la Opinión Consultiva 05/85) sobre el significado de la "necesidad", precisando que ésta debe ser una necesidad social *imperiosa*, más que simplemente útil, razonable u oportuna.[280] A su vez, la Corte Constitucional ha incorporado este requisito a su propia jurisprudencia; por ejemplo, en la sentencia T-235A de 2002[281] la Corte explicó que las limitaciones a la libertad de expresión sólo podían responder a necesidades suficientemente claras y razonables, por oposición a invocaciones vagas o indeterminadas[282]. Además, se ha precisado que el margen con el que cuentan las autoridades para establecer la necesidad de una limitación a la libertad de prensa es más restringido que aquel con el que cuentan para determinar si es necesario adoptar limitaciones a otros elementos de la libertad de expresión en sentido genérico, por la importancia de los medios de comunicación en la democracia.

(b) la limitación concreta a establecer debe estar permitida –en el sentido de no desconocer la prohibición de la censura (directa, indirecta o por consecuencia), que forma parte del ámbito de cobertura del artículo 20 Superior-, y a la cual se hará referencia detallada posteriormente-;

(c) la relación entre la limitación concreta a adoptar, en tanto medio para alcanzar el fin que se persigue, y la finalidad imperiosa, concreta y específica invocada para justificar la limitación, ha de ser no solo apta o apropiada, no solo apta, apropiada o efectivamente conducente para el logro de dicha finalidad, sino cumplir un requisito más exigente. En efecto, la limitación que se pretende justificar para desvirtuar las presunciones anteriormente mencionadas, debe ser un medio (i) *materialmente necesario* –en el sentido de que no hay otro medio disponible para el logro de la finalidad perseguida en las circunstancias concretas-[283], y (ii) *lo menos restrictivo posible* del ejercicio de la libertad de expresión –por lo tanto, de existir un medio alternativo menos restrictivo para alcanzar la finalidad imperiosa, concreta y específica, la limitación de la libertad de expresión será contraria a este derecho fundamental-[284].

(d) la incidencia de la limitación sobre la libertad de expresión debe ser proporcionada, de tal

Pages 303 130 720
Online 408
Vis. today 20 530
(http://www.histats.com/viewstats/?sid=1206326&ccid=605)

(d) la incidencia de la limitación sobre la libertad de expresión debe ser proporcionada, de tal forma que son inadmisibles las limitaciones excesivas. El requisito de *proporcionalidad* [285] exige una particular atención por parte de las autoridades, tanto de aquella que adopta la limitación como de la que revisa su constitucionalidad. Esta proporcionalidad se determina, no solo evaluando si no existe una desproporción simple o manifiesta entre la limitación y la finalidad que se busca, sino estableciendo en forma *positiva* que la relación entre ambos extremos logra un equilibrio adecuado. Entonces, la limitación que se pretende justificar ha de maximizar la armonización entre la finalidad buscada y el ejercicio de la libertad de expresión, de tal forma que el grado de incidencia sobre dicha libertad sea menor o igual al peso de la finalidad imperiosa, concreta y específica invocada como justificación de la limitación sospechosa de dicha libertad. Al analizar si se logra en el caso concreto dicha armonización, son pertinentes criterios que permitan verificar si (1) se ha establecido un **equilibrio** entre **todos** los diferentes valores en conflicto, (2) que los promueve de manera simultánea, (3) armonizándolos concretamente dentro de las circunstancias del caso en particular, (4) sobre la base de una apreciación aceptable de los hechos relevantes vistos como un todo[286], partiendo del **contexto** en el cual tuvieron lugar tanto las expresiones como la limitación[287], y factores tales como el tipo específico de libertad de expresión que se está limitando[288], la naturaleza y severidad de las limitaciones establecidas[289] y su duración en el tiempo[290], así como las circunstancias particulares de las personas involucradas en el acto expresivo[291] y cualquier elemento de interés público que esté presente dentro de las circunstancias generales de la expresión limitada,[292] (5) prestando atención a los efectos que tendrá la limitación sobre el libre flujo de ideas, informaciones y expresiones en la sociedad, de manera que éste no sea desestimulado, en particular en lo atinente a asuntos de interés público[293], (6) asegurándose de que el impacto de la limitación es compatible con el funcionamiento de una sociedad democrática abierta y pluralista, y (7) verificando que la limitación no tiene un *animus* persecutorio o retaliatorio ni un impacto discriminatorio.

3.4. *Las limitaciones deben ser posteriores, y no pueden constituir censura.*

Por mandato expreso del artículo 13-2 de la Convención Americana de Derechos Humanos, el ejercicio del derecho a la libertad de expresión *"no puede estar sujeto a previa censura sino a responsabilidades ulteriores"*. La única excepción a esta regla, establecida en el numeral 4 del mismo artículo, se refiere al sometimiento de espectáculos públicos a censura previa *"con el exclusivo objeto de regular el acceso a ellos para la protección moral de la*

Pages 303,130 720
Online 480
Vs. today 20,530
(http://www.histats.com/viewstats/?sid=1206326&ccid=605)

previa" con el exclusivo objeto de regular el acceso a ellos para la protección moral de la infancia y la adolescencia". De esta forma, en Colombia son inadmisibles todas las formas de limitación *previa* a la expresión, salvo por la posibilidad de establecer normas legales que *regulen* el acceso de menores de edad a espectáculos públicos – excepción que, en virtud de la prohibición constitucional de la censura, es de interpretación estrictamente restringida, se refiere a la clasificación de tales espectáculos y no puede comprender la prohibición de proyectar cintas cinematográficas, realizar obras de teatro o efectuar espectáculos públicos. Como se verá en el capitulo siguiente, la censura previa se diferencia de las prohibiciones legales previas con establecimiento de responsabilidades posteriores a la expresión.

3.5. Finalmente, subraya la Corte que la carga de demostrar que se han cumplido estos requisitos recae sobre la autoridad que adoptó la limitación a la libertad de expresión.

ACAPITE IV-8

El alcance de la prohibición constitucional de la censura

1. *Carácter absoluto de la prohibición*. La censura, en términos generales, *"supone el control y veto de la información antes de que ésta sea difundida, impidiendo tanto al individuo, cuya expresión ha sido censurada, como a la totalidad de la sociedad, a ejercer su derecho a la libertad de expresión e información."*[294] La prohibición constitucional e internacional de la censura es absoluta. Dice el artículo 20 Superior, en términos tajantes, que *"No habrá censura."*-, y no deja margen de regulación al legislador ni admite interpretaciones que reduzcan su alcance. Según explicó esta Corte en la sentencia C-650 de 2003, la prohibición de la censura se establece en el artículo 20 de la Carta *"de manera perentoria, sin matices, sin excepciones y sin confiar al legislador la regulación de la materia".*[295]

2. *La censura afecta a todos los titulares del derecho a la libertad de expresión.* Los actos de censura violan los derechos de todos los titulares de la libertad de expresión, tanto del emisor como del receptor, por lo cual constituye, además de un cercenamiento de la libertad indivi-

Pages 3[illegible]
Online 400
Vis. today 20 530
(http://www.mstats.com/viewstats/?sid=1206326&cid=605)

dual de expresarse, un desconocimiento del derecho del público a recibir información e ideas. La Comisión Interamericana de Derechos Humanos se ha pronunciado en este sentido, al explicar que *"la libertad de expresión engloba dos aspectos: el derecho de expresar pensamientos e ideas y el derecho de recibirlas. Por lo tanto, cuando este derecho es restringido a través de una interferencia arbitraria, afecta no sólo el derecho individual de expresar información e ideas, sino también el derecho de la comunidad en general de recibir todo tipo de información y opiniones"*[296]. Por su parte, la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha afirmado que la censura previa produce *"una suspensión radical de la libertad de expresión al impedirse la libre circulación de información, ideas, opiniones, o noticias. Esto constituye una violación radical tanto del derecho de cada persona a expresarse como del derecho de todos a estar bien informados, de modo que se afecta una de las condiciones básicas de una sociedad democrática"*[297].

3. *Diferencia entre la censura previa y las prohibiciones con responsabilidad ulterior.* Ahora bien, la Carta Política admite el establecimiento de responsabilidades posteriores por los efectos negativos que pueda surtir una determinada expresión; en este sentido, ha precisado la jurisprudencia que la censura previa, proscrita por la Convención Americana y por la Carta Política, es distinta a las limitaciones previamente definidas con precisión en la ley (prohibiciones legales previas) con establecimiento de responsabilidades posteriores, las cuales sí pueden ser acordes con la Constitución si cumplen con los requisitos constitucionales propios de las limitaciones a este derecho fundamental[298]. Las prohibiciones previas que no cumplan con los requisitos estrictos aplicables a cualquier limitación de la libertad de expresión, constituyen violaciones de la libertad de expresión[299]. El control constitucional al que se sujetan tales prohibiciones previas es particularmente estricto, en especial si la limitación incide en el ejercicio de la libertad de prensa.[300] La proscripción de la censura previa, unida a la admisibilidad de cierto tipo de responsabilidades posteriores, ha llevado a esta Corporación a concluir que no puede establecerse ningún tipo de control previo sobre la actividad expresiva, en particular la que se realiza a través de los medios de comunicación.[301] Como consecuencia de esta distinción entre censura previa y limitaciones con responsabilidades posteriores, se tiene que el libre ejercicio de la libertad de expresión de los medios de comunicación, que debe garantizarse plenamente en un Estado Social y Democrático de Derecho, no riñe con la responsabilidad social de tales medios, ni con los derechos de los destinatarios de los mensajes transmitidos, quienes pueden reclamar posteriormente, por las vías legales, la protección a que haya lugar por los eventuales perjuicios causados por la actividad de comunicación masiva.[302]

Pages 303 130 720
Online 400
Vis. today 20 530
(http://www.histats.com/viewstats/?sid=1200326&ccid=805)

4. *Ninguna autoridad estatal puede incurrir en censura.* Los actos de censura no pueden ser efectuados por ninguna autoridad, sin importar su jerarquía o su posición dentro de la estructura del Estado, ni la función estatal concreta que ejerce –sea legislativa, administrativa, jurisdiccional, policiva u otra-, por medio de actos de contenido general o particular.[303] Si bien tradicionalmente la censura va asociada a comités de la administración pública, la Constitución en su artículo 20 prohíbe cualquier acto de censura, provenga del órgano estatal de donde provenga. Así, la ley que crea un comité de censura viola la prohibición constitucional, al igual que la orden judicial que exija cumplir dicha ley inconstitucional. En el mismo sentido, la acción policial de cierre de un medio para impedir la divulgación de críticas o informaciones incómodas, aunque no esté aparada en ningún acto jurídico, constituye materialmente censura efectuada mediante vías de hecho.

5. *Diversos modos de censura.* Los actos de censura proscrita pueden asumir diversas formas, desde los tipos más burdos de frenos estatales sobre lo que se puede publicar y los regímenes de autorización previa más expresos, hasta métodos más sutiles e indirectos de control previo que surten, sin embargo, el mismo efecto perverso que la censura sobre la expresión y quedan, por lo tanto, cobijados por la prohibición. Además, pueden tener un contenido negativo –en el sentido de obstaculizar el flujo comunicativo o prohibir la publicación de cierto tipo de contenidos, bien sea de la totalidad de una obra o exigiendo que ésta se recorte- o un contenido positivo –en el sentido de exigir la adecuación del contenido de una determinada expresión a los parámetros del censor, o la introducción de informaciones o contenidos adicionales impuestos por éste-. La Comisión Interamericana de Derechos Humanos ha incluido dentro de la categoría de "censura" proscrita los siguientes actos: *"la censura previa, interferencia o presión directa o indirecta sobre cualquier expresión, opinión o información difundida a través de cualquier medio de comunicación oral, escrito, artístico, visual o electrónico"*, al igual que *"las restricciones en la circulación libre de ideas y opiniones, como así también la imposición arbitraria de información y la creación de obstáculos al libre flujo informativo"*[304]. La Corte Constitucional ha explicado que la prohibición de la censura cobija todas las formas y grados de control previo sobre la libertad de expresión, información, prensa y los demás tipos de comunicación, y todas las formas y grados de interferencias, obstáculos o restricciones orientadas a limitar la circulación de ideas, informaciones y opiniones. Dentro de esta amplia tipología de formas de censura proscritas, la censura en su sentido clásico es la más aberrante y grave de todas, pero hay múltiples modos de control previo directo e indirecto que también están prohibidos[305]. La jurisprudencia constitucional ha explicado detalladamente que la tipología del control previo sobre la libertad de expresión abarca cuatro formas principales, que sin embargo no agotan el espectro posible de intervenciones proscritas: el control previo sobre los medios de comunicación y su funcionamiento, el control previo sobre el contenido de la información, el control previo sobre el acceso a la información y el control previo sobre los periodistas.

Pages 303 130 720
Online 400
Vis. today 20 530
(http://www.histats.com/viewstats/?sid=1206326&ccid=605)

(a) El control previo sobre los medios de comunicación y su funcionamiento incluye (i) los regímenes de autorización previa o permiso de funcionamiento, que contrarían la libertad constitucional de fundar medios de comunicación, y que se distinguen de las licencias técnicas para acceso al espectro electromagnético (que no tienen por propósito el control de la información ni la opinión)[306], (ii) los regímenes de registro constitutivo, no para fines de información y definición de responsabilidades posteriores, sino para negar el registro e impedir el funcionamiento del medio de comunicación (que se distingue de los registros declarativos, que no pueden constituir un obstáculo para el funcionamiento del medio)[307], y (iii) las decisiones estatales previas que restrinjan el funcionamiento o circulación de medios de comunicación particulares, tales como las ordenes judiciales que limiten o impidan la circulación y venta de libros, incluso en tanto medidas cautelares, hasta tanto no se haya demostrado claramente que existió un ejercicio abusivo de la libertad de expresión por parte de los autores que desconoció derechos fundamentales[308], o las decisiones de las autoridades que prohíben en forma previa la exhibición pública de obras cinematográficas[309].

(b) El control previo sobre el contenido de la información, que en todo caso es contrario a la prohibición constitucional de la censura por desconocer la regla sobre neutralidad frente al contenido[310], abarca (i) la conformación de juntas o consejos de revisión previa de la información[311], (ii) las reglas de autorización para la divulgación de información, sea sobre temas clasificados como sensibles por un régimen[312], o sobre temas específicos cuya aprobación se asigna a una autoridad que hace las veces de censor con facultades para modificar o recortar el contenido[313]; (iii) la prohibición, bajo sanción, de divulgación de determinados contenidos informativos[314], (iv) la creación de controles judiciales o administrativos posteriores tan severos que inducen, mediante su efecto disuasivo, a la autocensura por parte de los mismos medios de comunicación[315]; (v) la exclusión del mercado de determinados medios de comunicación en tanto represalia[316], o (vi) la atribución de facultades a organismos estatales para suspender la transmisión de programas a través de los medios masivos de comunicación[317]. La Corte ha precisado que cada una de estas modalidades admite distintas variantes, sutiles e indirectas: "*dentro de cada uno de estos tipos de control previo, hay modalidades sutiles e indirectas que no es necesario entrar a detallar*".

Online (http://www.histats.com/viewstats/?sid=1206326&ccid=605)

(c) El control previo sobre el acceso a la información – *"sin el cual es imposible que un medio de comunicación cumpla su función democrática"*- abarca (i) el control sobre el acceso a las fuentes de información por parte de los periodistas[318] y (ii) el control sobre la información que se clasifica como "reservada" por las autoridades administrativas[319].

(d) Por último, el control previo sobre los periodistas –cuya determinación es más compleja, por cuanto algunas medidas pueden estar orientadas a proteger a los periodistas, pero también pueden generar un impacto equivalente al control previo[320]-, abarca medidas tales como (i) la exigencia de tarjetas profesionales como condición necesaria para el ejercicio del periodismo[321], (ii) el establecimiento del requisito de colegiatura obligatoria para los periodistas[322], o (iii) la creación de registros constitutivos para el ejercicio del periodismo[323]. La Corte enfatizó, sin embargo, que debe distinguirse entre las medidas protectivas del periodismo y estas formas de control previo: *"Sin embargo, es necesario distinguir entre estas modalidades de controles previos que recaen sobre los periodistas y los mecanismos establecidos para facilitar la protección de quienes ejercen la actividad periodística"*.[324]

Además de estas cuatro categorías genéricas, resalta la Corte que la prohibición de la censura cobija **cualquier** tipo de control, obstaculización, interferencia o restricción previa, que tenga por propósito o por efecto, directo o indirecto, intencional o accidental, limitar o restringir el libre flujo social de comunicaciones. Así, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos ha efectuado, en la Declaración de Principios sobre la Libertad de Expresión, una enumeración de actos estatales que, a título enunciativo, ilustran el tipo de controles políticos y económicos directos e indirectos, distintos a los modos de control anteriormente enunciados, que atentan contra la independencia de los medios de comunicación y están igualmente proscritos por la prohibición constitucional de la censura: *"[l]a utilización del poder del Estado y los recursos de la hacienda pública; la concesión de prebendas arancelarias; la asignación arbitraria y discriminatoria de publicidad oficial y créditos oficiales; el otorgamiento de frecuencias de radio y televisión, entre otros, con el objetivo de presionar y castigar o premiar y privilegiar a los comunicadores sociales y a los medios de comunicación en función de sus líneas informativas, atenta contra la libertad de expresión y deben estar expresamente prohibidos por la ley. Los medios de comunicación social tienen derecho a realizar su labor en forma independiente. Presiones directas o indirectas dirigidas a silenciar la*

Pages 303 130 720
Online 400
Vis. today 20 530
(http://www.histats.com/viewstats/?sid=1206326&cid=605)

zar su labor en forma independiente. Presiones directas o indirectas dirigidas a silenciar la labor informativa de los comunicadores sociales son incompatibles con la libertad de expresión.” [325] Compete al juez constitucional determinar en cada caso si se está ante una forma de censura proscrita, o ante una responsabilidad posterior que satisface las condiciones anteriormente enunciadas para limitar, dentro de parámetros de razonabilidad y proporcionalidad, la libertad constitucional de expresión.

6. Neutralidad frente al contenido y admisibilidad de las regulaciones de modo, tiempo y lugar. Un componente integral de la prohibición de la censura es la regla según la cual toda regulación estatal en el ámbito de la libertad de expresión debe ser *estrictamente neutral* frente al contenido de la comunicación.[326] Esta regla cobija no sólo las limitaciones que privilegian un determinado punto de vista, sino también aquellas que restringen la expresión sobre determinados temas o determinadas formas de tratar un tema en particular[327]; el supuesto subyacente es que en una sociedad democrática, abierta y pluralista, no pueden existir instancias encargadas de determinar cuáles contenidos son “correctos” o “legítimos”.[328] En aplicación de esta regla, ha establecido la jurisprudencia constitucional que se configura una censura proscrita cuando las autoridades estatales, invocando el ejercicio de sus funciones, supervisan el contenido de lo que los medios de comunicación quieren informar, publicar, transmitir o expresar, para efectos de supeditar la divulgación del contenido a su permiso, autorización, examen previo, o al recorte, adaptación o modificación del contenido – la Corte ha resaltado que las autoridades no pueden entrar a evaluar ni mucho menos recortar o modificar los contenidos de la programación de los medios de comunicación, las publicaciones impresas o cualquier modalidad de comunicación o de expresión para decidir si se difunden o no, y que se configura censura cuando se prohíbe, recoge, suspende, interrumpe o suprime la emisión o publicación de un determinado contenido expresivo, así como cuando se exige una inspección oficial previa, visto bueno o supervisión por parte de la autoridad de los contenidos que se emiten, o una modificación, alteración, adaptación o recorte de los mismos.[329] A la luz de la regla sobre neutralidad frente al contenido de la expresión, entonces, tanto las prohibiciones de comunicar determinados contenidos como las exigencias positivas de modificarlos o adaptarlos quedan cobijadas, en tanto interferencias inadmisibles de las autoridades, por la prohibición constitucional de la censura.

Por otra parte, se ha distinguido entre regulaciones que versan sobre el contenido de lo expresado, de un lado, y regulaciones relativas al tiempo, modo y lugar en que el emisor ejerce libremente sus derechos, de otro lado. La regla de neutralidad frente al contenido de las expresiones no impide que las autoridades establezcan limitaciones razonables que se refieran, no al contenido de la expresión, sino al modo, tiempo y lugar en que ésta se realiza, siempre

no al contenido de la expresión, sino al modo, tiempo y lugar en que esta se realiza, siempre y cuando estas limitaciones cumplan con los demás requisitos constitucionalmente exigibles, que se señalaron en acápites precedentes; algunos ejemplos de este tipo de limitaciones neutrales frente al contenido, que han sido aceptadas tanto por la jurisprudencia nacional[330] como por la extranjera[331], serían las normas que limitan los decibeles de sonido amplificado permitido en barrios residenciales (independientemente del contenido o los mensajes de tal sonido), o las órdenes que mantienen a quienes protestan públicamente a cierta distancia de un edificio especialmente protegido, en forma independiente del sentido o impacto comunicativo de la expresión.

Pages 303 130 720
Visits 41
Vis. today 20 530
(http://www.histats.com/viewstats/?sid=1206326&ccid=605)

ACAPITE IV-9

Las formas de expresión cuyo contenido es sexualmente explícito, indecente, chocante o socialmente ofensivo: situación constitucional en el ordenamiento colombiano.

Una vez delimitado, en lo pertinente para el caso presente, el contenido del ámbito de protección del artículo 20 Superior, explicadas las características de los elementos normativos que lo conforman y las formas admisibles de limitación de los derechos que allí se consagran, procede la Sala a examinar el status constitucional de formas de expresión sexualmente explícitas, indecentes, chocantes o socialmente ofensivas en Colombia, con particular atención a los efectos jurídicos de su transmisión por los medios de comunicación masivos, como la radio.

Para el estudio de este tema son de especial pertinencia para el caso concreto las siguientes consideraciones efectuadas en acápites precedentes: (a) las presunciones constitucionales de cobertura de toda expresión por el ámbito de protección del artículo 20, y de primacía de la libertad de expresión en cualquiera de sus manifestaciones, en principio, sobre los otros derechos, valores o intereses constitucionales con los que pueda entrar en conflicto; (b) la libertad de expresión protege tanto los mensajes socialmente convencionales, como los que son inocuos o merecedores de indiferencia, y también los que son diversos, inusuales o alternativos – lo cual incluye expresiones chocantes, impactantes, que perturban, se consideran indecentes, inapropiadas, escandalosas, inconvenientes, incómodas, excéntricas, vergonzosas o contrarias a las creencias y posturas mayoritarias; (c) el discurso de contenido sexual explícito, aunque está protegido por la libertad constitucional que se estudia, está sujeto a un margen de regulación mayor por el hecho de que su ejercicio puede entrar en conflicto con otros derechos, valores e intereses constitucionalmente tutelados, especialmente los de los menores de edad – aunque con cumplimiento estricto de todas y cada una de las condiciones que

Pages 303,130 720
Online 100
Vis. today 20,530
(http://www.histats.com/viewstats/?sid=1206326&ccid=605)

res de edad -- aunque con cumplimiento estricto de todas y cada una de las condiciones que hacen legítimas las limitaciones en cuestión, y buscando la armonización concreta de los derechos, valores e intereses enfrentados; (d) la especial situación de los medios por su poder social y su impacto, especialmente sobre los niños y adolescentes -el cual es mayor cuando el medio emplea ciertas tecnologías-, y su consecuente responsabilidad social; (e) la prohibición constitucional de la censura, que incluye el requisito de neutralidad de toda limitación de la libertad de expresión frente al contenido comunicado; y (f) la exigencia de definir de manera precisa, puntual, concreta y específica los elementos de "moralidad pública" cuandoquiera que se invoque como justificación para la adopción de limitaciones sobre la libertad de expresión, así como el requisito de efectuar un juicio estricto de constitucionalidad sobre tales limitaciones.

Además de estos elementos de juicio, la Corte considera pertinente detenerse en el estudio de los siguientes puntos para adoptar una solución informada en este caso: (i) la existencia de un amplio y decantado debate en los sistemas jurídicos extranjeros, particularmente los de la tradición anglosajona, sobre el tema de la obscenidad y su protección bajo la libertad de expresión, y la relevancia constitucional de ese debate en Colombia; igualmente, la existencia de sólidas líneas jurisprudenciales extranjeras en relación con los materiales sexualmente explícitos que no constituyen obscenidad ni pornografía; (ii) la relevancia de la transmisión de este tipo de discursos a través de los medios de comunicación, y el efecto jurídico de optar por tales medios para transmitir mensajes sexualmente explícitos, en particular a través de la radiodifusión de programas recreativos en horas de alta audiencia juvenil e infantil; y (iii) la existencia de varias decisiones judiciales previas a nivel internacional, comparado y nacional sobre la relación entre la libertad de expresión y la transmisión de expresiones sexualmente explícitas, chocantes, soeces o escandalosas a través de distintos medios de comunicación, cuya apreciación conjunta contribuye a la delimitación de la cuestión que estudia la Corte. A continuación se hará referencia suscinta a cada uno de estos puntos.

No obstante, es necesario aclarar previamente que el concepto de lo sexualmente explícito abarca múltiples fenómenos, desde un chiste hasta pornografía con violencia. Por eso, los criterios sobre pornografía no son automáticamente trasladables a toda expresión sexualmente explícita. Además, en el derecho comparado al abordar este tema se ha subrayado la diferencia entre imágenes y lenguaje verbal, dado que en lo que respecta a lo sexualmente explícito, una cosa es una imagen visual (escenas que muestran órganos sexuales) otra bien distinta una palabra que denomina el objeto de la imagen (el vocablo empleado para nombrar los órganos sexuales).

1. *El debate jurídico en el derecho comparado sobre la obscenidad, la pornografía y los materiales sexualmente explícitos no obscenos ni pornográficos. Relevancia constitucional en Colombia*

Colombia.
Pages 303 130 720
Online 400
Vis. today 20 530
(http://www.histats.com/viewstats/?sid=1206326&ccid=605)

La regulación estatal de las expresiones de contenido sexual, y su cobertura por la cláusula de libertad de expresión, son algunos de los temas que mayor debate y análisis han generado en el derecho comparado, particularmente en los sistemas de derecho anglosajón; ello se explica, en parte, por el rango excepcionalmente amplio de temas y problemas específicos que cubre la regulación estatal de este tipo de expresión. El desarrollo de estos debates en cada una de las jurisdicciones extranjeras en los que han tenido lugar, obedece a las particularidades jurídicas, políticas e históricas de sus respectivas sociedades; por ello, se trata de controversias y doctrinas jurisprudenciales que no pueden incorporarse directamente al ordenamiento colombiano, sin examinar críticamente su sustento y sus razones subyacentes. Sin embargo, el estudio de estas controversias y doctrinas, así sea somero, contribuye a iluminar las condiciones constitucionales que pueden justificar una mayor o menor protección a formas de expresión sexualmente explícitas. Se trata de un tema directamente relevante para la resolución del caso que se estudia, por los aspectos del programa "El Mañanero de La Mega" que dieron pie a la acción de tutela de la referencia, v.gr., el uso de un lenguaje sexualmente explícito que, a juicio de las sentencias que decidieron la acción popular, exigía "adecuar los contenidos" de dicho programa radial..

1.1. *La "obscenidad" en tanto modo de expresión merecedor de escasa o ninguna protección constitucional en las jurisdicciones del "*common law*".*

1.1.1. *El debate en los Estados Unidos.* Tradicionalmente, la Corte Suprema de Justicia de los Estados Unidos ha categorizado la "obscenidad" como una forma de expresión que se encuentra por fuera del ámbito de protección de la primera enmienda, porque al considerarse de escaso valor social para alcanzar la verdad, cualquier beneficio que conlleve ha de ceder frente al interés social en preservar el orden y la moralidad. Sin embargo, ha habido evoluciones jurídicas en su definición, es decir, en el punto de cómo delinear el área de expresión "obscena" excluida de la protección constitucional, para así no afectar expresiones que deben ser justamente protegidas. La primera definición de la Corte sobre la "obscenidad" no protegida por la Constitución fue expuesta en el caso de *Roth v. US*; posteriormente siguió un período de decisiones divididas, hasta que se llegó a una nueva definición de la noción de "obscenidad" en los casos de *Miller v. California* y *Paris Adult Theatres*; es el test de *Miller* el que se aplica para definir en qué consiste la obscenidad no protegida por la primera enmienda.

Pages 303 130 720
Online 400
Vis. today 20 330
(http://www.usatoday.com/news/topstories/2006-12-06-3268_x.htm)

1.1.1.1. En el caso de *Roth v. US, Alberts v. California*[332], la Corte Suprema de los Estados Unidos declaró constitucionales los estatutos estatales que penalizaban la obscenidad[333], por cuanto en su criterio, las expresiones obscenas no están protegidas por las libertades de expresión o de prensa: *"Todas las ideas que tienen incluso la más leve importancia social –ideas heterodoxas, controvertidas, incluso odiosas para el clima prevaleciente de la opinión- tienen la protección plena de las garantías, a menos que sean limitables porque invaden el área limitada de los intereses más importantes. Pero el rechazo de la obscenidad se encuentra implícito en la historia de la Primera Enmienda, como absolutamente carente de importancia social (...). Consideramos que la obscenidad no se encuentra dentro del área de expresión o prensa constitucionalmente protegida"*.[334] Sin embargo, para no extender la exclusión de forma tal que cubriera materiales constitucionalmente protegidos, la Corte definió los materiales obscenos como aquellos que despiertan un **interés morboso, lascivo o impúdico** ("*prurient interest"*) en el sexo: *"El material obsceno es el que trata el sexo en forma que apela al interés morboso/lascivo/impúdico. (...) La representación del sexo, por ejemplo en el arte, la literatura y trabajos científicos, no es en sí misma razón suficiente para negar al material la protección constitucional de la libertad de expresión y de prensa. (...) Es por lo tanto vital que los estándares para juzgar la obscenidad salvaguarden la protección de la libertad de expresión y prensa para los materiales que no tratan el sexo en forma que apele al interés morboso"*.[335] El *test* que se aplica para determinar si una expresión es obscena consiste en establecer si, para una persona promedio que aplica estándares comunitarios contemporáneos, el tema dominante del material como un todo apela al interés morboso/lascivo/impúdico.

1.1.1.2. Posteriormente, en el caso de *Miller v. California*[336], la Corte Suprema declaró que los Estados federados tienen un interés legítimo en prohibir la distribución o exhibición de material obsceno, cuando su modo de diseminación conlleva un peligro significativo de ofender la sensibilidad de los receptores involuntarios, o de exponer a los jóvenes a su contenido[337]. En esa medida, los materiales obscenos no están cubiertos por la primera enmienda, pero las leyes que los regulan y prohíben deben ser cuidadosamente diseñadas. Dicha regulación debe limitarse a los materiales que muestran o describen conductas sexuales de una forma específica definida en la ley. Y al aplicar dichas leyes, se deben tener en cuenta los criterios siguientes: (a) si una persona promedio, en aplicación de los estándares comunitarios contemporáneos, considera que el material como un todo apela al interés morboso; (b) si el trabajo como un todo representa o describe en forma abiertamente ofensiva las conductas sexuales definidas específicamente por la ley aplicable; y (c) si el trabajo, apreciado como un todo, carece de valor literario, artístico, político o científico serio. Luego la Corte Suprema definió -con lujo de detalles- el tipo de actividades sexuales cuya representación y

Online 400
Vis. today 20 530
[http://www.mistats.com/viewstats/?sid=1200320&cid=609]

expresión podría ser objeto de interferencias legítimas por el Estado. Aclaró que, en su criterio, el sexo y la desnudez no pueden ser explotados en forma ilimitada a través de películas o imágenes exhibidas o vendidas en lugares públicos, de la misma manera en que no se puede exhibir o vender sin límites el sexo y la desnudez en vivo en lugares públicos. Para la Corte, como mínimo, las demostraciones o descripciones patentemente ofensivas y morbosas de conductas sexuales deben estar provistas de un valor literario, artístico, político o científico serio para efectos de ser protegidas por la primera enmienda. Esos son, entonces, los criterios a tener en cuenta para distinguir la pornografía extrema, no protegida, de las expresiones protegidas; con ello, la Corte considera que se protege a los jóvenes, los transeúntes y los adultos que dan su consentimiento para acceder a dichos materiales. También precisó la Corte Suprema que los contenidos fundamentales de la primera enmienda no varían de comunidad a comunidad; pero no pueden existir estándares nacionales uniformes para medir lo que apela al interés morboso o se considera patentemente ofensivo, puesto que éstos son asuntos de hecho, y la nación es demasiado diversa como para pretender que esos estándares se articulen igualmente en todos los estados y las ciudades; de allí la importancia de la regla de los estándares comunitarios contemporáneos.[338] Finalmente, distinguió entre el intercambio de ideas y el debate político, por una parte, y la explotación comercial de materiales obscenos por sí misma; y concluyó: *"(a) reafirmamos la doctrina de Roth en el sentido de que el material obsceno no está protegido por la primera enmienda; (b) afirmamos que tal material puede ser regulado por los Estados, con sujeción a las salvaguardas específicas enunciadas arriba (...); y (c) afirmamos que la obscenidad se ha de determinar mediante la aplicación de 'estándares comunitarios contemporáneos'".*[339]

1.1.1.3. En el caso de *Paris Adult Theater I v. Slaton*[340], la Corte Suprema afirmó que nada impedía que el estado de Georgia regulara la exhibición de materiales cinematográficos obscenos[341], siempre y cuando la ley de Georgia en cuestión, según su interpretación por las cortes de Georgia, cumpliera con los estándares de primera enmienda establecidos en el caso Miller. La Corte Suprema rechazó la tesis según la cual las películas obscenas y pornográficas tienen inmunidad constitucional cuando se exhiben para adultos que consienten; recordó que en su jurisprudencia se había reconocido la importancia de que el Estado regule la exposición de materiales obscenos a menores y a adultos que no consienten, pero enfatizó que estos no son los únicos intereses estatales legítimos que permiten la regulación de materiales obscenos. Así, consideró que existen intereses estatales legítimos en frenar la ola de obscenidad comercializada, incluso cuando se asume que es posible establecer salvaguardas para impedir su exposición a menores y transeúntes. Por ejemplo, el interés del público en la calidad de la vida y el ambiente general de la comunidad, el tono del comercio en los grandes centros urbanos, e incluso la seguridad pública. La Corte enfatizó el derecho del Estado a

Pages 300 150 120
Online 400
Vis. today 20 530
(http://www.histats.com/viewstats/?sid=1206320&cid=605)

mantener una sociedad decente. Aunque no es claro si hay conexión entre el comportamiento antisocial y los materiales obscenos, la Corte consideró que no estaba llamada a decidir este punto, y afirmó que el Estado de Georgia podía regular la obscenidad, salvo casos de inconstitucionalidad flagrante, actuando para proteger el interés social en el orden y la moralidad. Consideró que la experiencia permitía a los legisladores concluir que la explotación comercial crasa del sexo podía afectar o distorsionar una relación clave de la existencia humana, central para la familia y el bienestar de la comunidad, y para el desarrollo de la personalidad. Por ello, concluyó que nada en la Constitución prohíbe a los Estados llegar a esa conclusión y legislar con base en ella: *"[Donde] no está de por medio la comunicación de ideas, protegida por la Primera Enmienda, o la particular intimidad del hogar protegida por Stanley, o cualquiera de las otras 'áreas o zonas' de privacidad constitucionalmente protegida, el mero hecho de que, como consecuencia, algunas 'murmuraciones' o 'pensamientos' humanos puedan ser afectados incidentalmente no impide que el Estado actúe para proteger intereses estatales legítimos. (...) Afirmamos que los Estados tienen un interés legitimo en regular el material obsceno en lugares de acceso público, incluidos los así llamados 'teatros para adultos' de los que los menores son [excluidos]"*.[342]

1.1.1.4. También son relevantes dos decisiones en las que la Corte Suprema de los Estados Unidos ha declarado que los Estados federados han excedido el margen constitucional con el que cuentan para regular las expresiones obscenas, porque los materiales a los cuales se han aplicado las regulaciones no cumplen con los estándares fijados en Miller y los casos siguientes. (i) En el caso de *Kingsley International Pictures Corp. V. Regents*[343], la Corte Suprema invalidó una ley de Nueva York sobre licenciamiento de películas, que prohibía las películas "inmorales", definidas como películas que representan la inmoralidad sexual presentándola como un patrón de conducta deseable, aceptable o apropiado; con base en esa ley,

el Estado había negado la licencia de exhibición a la película "El Amante de Lady Chatterley", por tratar el tema del adulterio. La Corte Suprema invalidó la decisión, distinguiendo entre la inmoralidad sexual de la ley y la obscenidad, y afirmando que el Estado había prevenido la exhibición de la película por considerar que su contenido era inapropiado, lo cual constituía una violación flagrante de la primera enmienda. (ii) Posteriormente, en el caso de *Jenkins v. Georgia*[344], la Corte Suprema revocó una condena estatal impuesta por exhibir la película "Conocimiento Carnal" (*"Carnal Knowledge"*). Consideró la Corte que los jurados no cuentan con total discrecionalidad para determinar lo que es patentemente ofensivo, puesto que el caso de Miller había delimitado cuáles materiales caen bajo esta categoría constitucional, y bajo el estándar de Miller, la película no era patentemente ofensiva: *"[Aunque] el tema de fondo de la película es, en un sentido más amplio, el sexo, y hay escenas en las que se ha de entender que está ocurriendo conducta que incluye 'actos sexuales consumados', la cámara no se enfoca sobre los cuerpos de los actores en tales momentos. No hay ninguna exhibición de los genitales de los actores, morbosa o de otro tipo, durante tales escenas. Hay escenas ocasionales de desnudez, pero la desnudez en sí misma no es suficiente*

Pages 303 130 720
Online 480
Vis. today 70 534
(http://www.histats.com/viewstats/?sid=1206326&ccid=605)

para hacer que el material sea legalmente obsceno bajo los estándares de Miller"[345]. Además, la Corte consideró como un factor relevante el que esta película hubiese recibido una nominación a los premios Oscar; afirmó que las leyes contra la obscenidad no se pueden aplicar fácilmente a los materiales que forman parte del *mainstream*, independientemente de las opiniones locales sobre su contenido.

1.1.2. *El debate en el Reino Unido.* El derecho británico contempla una categoría de "obscenidad" similar a la de los Estados Unidos, en tanto forma de expresión no protegida; sin embargo, el test para determinar cuándo un material es obsceno es sustancialmente distinto. La definición clásica de obscenidad en el derecho británico se estableció en el caso de R. v. Hicklin de 1868[346], que le caracterizó como aquel material que tiene una tendencia a *"depravar y corromper a aquellos cuyas mentes están abiertas a …las influencias inmorales, en cuyas manos puede caer una publicación de esta clase"*[347]; bajo este enfoque, la corrupción se caracteriza esencialmente como la sugerencia de pensamientos impuros; cualquier publicación que tuviera este impacto sobre cualquier persona joven o vulnerable que pudiese leerla sería declarada obscena, sin que fueran relevantes los méritos literarios u otros de la publicación. No obstante, una debilidad crítica de esta fórmula –señalada por sus detractores- era que el estándar de aceptabilidad se determinaba por los efectos que un libro podría tener sobre los menores de edad, y no las personas adultas. Si bien pocos dudan que los jóvenes deben ser protegidos de ser expuestos a literatura obscena, es intolerable que este riesgo determine lo que los adultos sí pueden leer. Por lo tanto, la Ley Británica sobre Publicaciones Obscenas de 1959 (*British Obscene Publications Act*) consagró una nueva definición obscenidad, caracterizándola como aquello que *"tiende a depravar y corromper a personas que es probable, dadas las circunstancias, que lean, vean u oigan el asunto…"*[348]. Esto significa, según han interpretado las cortes británicas, que se para determinar si una expresión es obscena, se ha de considerar su impacto sobre una *proporción significativa* de los lectores probables[349]; el hecho de que la expresión pueda corromper a algunas pocas personas jóvenes o particularmente vulnerables que tengan acceso a él se ignora.[350] Por lo tanto, en el Reino Unido se aplica un test radicalmente distinto para determinar la obscenidad al de los Estados Unidos, centrado en el impacto de la expresión correspondiente sobre el hombre promedio de la calle[351]. Así, el derecho británico enfatiza que no hay un test absoluto para determinar la obscenidad, sino un estándar variable cuya aplicación depende de la audiencia o los lectores posibles. La importancia del daño se aprecia con referencia a estos grupos en particulares, no a la gente ordinaria en general. Además, el énfasis del test se pone sobre la posibilidad que tiene la expresión aludidamente obscena de corromper mental y moralmente a sus consumidores[352], y no su posibilidad de instigar actos antisociales – lo que se mira es la corrupción mental y moral de los consumidores de la publicación, y no la instigación a actos antisociales, en particular crímenes sexuales.

instigación a actos antisociales, en particular crímenes sexuales.

Pages 303 130 720
Online 400
Vis. today 20 530
(http://www.histats.com/viewstats/?sid=1206326&ccid=605)

1.2. *El debate sobre la pornografía en el derecho comparado*. En forma conexa al debate sobre la obscenidad, en el derecho comparado la **pornografía** ha sido un tópico que ha suscitado extensos debates, desde varias perspectivas que incluyen la de su protección por la libertad de expresión. Estos debates, precisa la Corte, se refieren a la pornografía no infantil, ya que la pornografía en la que participan directa o indirectamente menores de edad está internacionalmente proscrita, como se indicó anteriormente.

Han sido las corrientes de pensamiento feministas las que han contribuido más vivamente al desarrollo del debate sobre la legitimidad de brindar protección constitucional a la pornografía. La teoría feminista anti-pornografía, desde los años ochenta, ha apoyado la promulgación de legislaciones restrictivas que caractericen la pornografía como una violación de los derechos civiles de las mujeres que constituye discriminación sexual, esto es, subordinación de las mujeres a los hombres; independientemente de cualquier vínculo entre la pornografía y la violencia sexual, se afirma en esta corriente que las mujeres en general son lesionadas por la disponibilidad masiva de materiales pornográficos, producidos casi exclusivamente para los hombres, que insultan a los mujeres al tratarlas implícitamente como objetos sexuales[353]. Sin embargo, algunas corrientes feministas han rechazado esta postura, oponiéndose a la limitación de la pornografía por considerar que para muchas mujeres ésta puede ser un ataque contra la negación de la sexualidad femenina, y un desafío a los valores opresivos[354]. Además, hay quienes se oponen a la postura anti-pornografía invocando argumentos derivados de la pornografía con modelos masculinos, en la que no participan mujeres.

El debate ha suscitado tal interés público que, tanto en Estados Unidos como en el Reino Unido –por citar dos ejemplos- se han conformado comisiones de expertos especialmente encargadas por el gobierno de estudiar el status de la pornografía y demás publicaciones obscenas, y recomendar las medidas jurídicas a adoptar sobre el particular.[355] Uno de estos ejercicios lo realizó la Comisión del Fiscal General de los Estados Unidos sobre la Pornografía de 1986 [*Attorney General's Commission on Pornography, 1986]*. Este ente concluyó que algunas formas de pornografía sí pueden causar una conducta antisocial violenta en sus consumidores; pero se especificó que para apreciar adecuadamente los efectos de los materiales sexualmente explícitos, es necesario diferenciar entre sus contenidos: (a) los materiales que incluyen representaciones de violencia explícita, (b) materiales que no contienen violencia explícita pero son claramente degradantes, usualmente de la mujer, y (c) materiales que son sexualmente explícitos pero no contienen violencia ni degradación. Para la Comisión, el material sexualmente violento sí puede tener como efecto la generación de comportamiento

terial sexualmente violento si puede tener como efecto la generación de comportamiento agresivo contra las mujeres, con base en evidencia experimental y clínica. Los materiales que no contienen violencia pero representan a las mujeres como seres que únicamente existen para la satisfacción sexual de los hombres, no tienen evidencia tan sólida a su favor, pero de todas maneras la evidencia apunta en ese sentido. Por otra parte, el material que no contiene violencia ni degradación no tiene una relación causal con la violación ni con otras formas de violencia sexual. Por ello, la Comisión rechazó las propuestas de expandir el alcance de las leyes sobre obscenidad, y recomendó que su aplicación se hiciera teniendo en cuenta, como prioridad, las subdivisiones entre los distintos tipos de material, urgiendo un aumento en la aplicación de las leyes sobre obscenidad a los materiales sexualmente violentos.

Pages 303 130 720
Online 400
Vis. today 20 530
(http://www.histats.com/viewstats/?sid=1206326&ccid=605)

1.3. *La obscenidad y la pornografía en Colombia*. *Su diferencia con el lenguaje sexualmente explícito y la aplicabilidad de las presunciones de cobertura* ab initio *por la libertad constitucional de expresión.*

1.3.1. Lo primero que salta a la vista después de un examen atento de los debates sobre obscenidad y pornografía en el derecho extranjero, es que éstos han surgido por causa de las especificidades jurídicas, políticas e históricas de sus respectivos sistemas sociales. Así, en los Estados Unidos y en el Reino Unido se puede explicar la criminalización de la obscenidad por una serie de factores sociales, políticos y religiosos que marcan una determinada actitud social hacia la sexualidad, que ha sido privilegiada por los legisladores y los jueces en tanto parámetro para excluir expresiones contrarias, a través de dispositivos penales y jurisprudenciales. Igualmente, las reglas jurisprudenciales han sido diferentes según se trate de imágenes o palabras, así como han sido distintas según se trate de sexo o pornografía. Son las imágenes pornográficas las que han sido objeto de mayor limitación, mientras que las palabras relativas al sexo han sido protegidas ampliamente, aun en dichos países.

1.3.2. La Corte Constitucional considera indispensable resaltar en este punto que, en Colombia, **no están presentes dichas especificidades**. Por una parte, la legislación colombiana no penaliza ni la obscenidad ni la pornografía, por lo cual no existe en nuestro país una decisión político-legislativa que suscite debates jurisprudenciales tan álgidos como los que se acaban de reseñar. En aplicación del principio constitucional de legalidad, las conductas que no estén expresamente prohibidas a los particulares, se han de entender permitidas (art. 6, C.P.). Por otra parte, la sociedad colombiana, que constitucionalmente se ha caracterizado como una estructura plural basada en el respeto de la diversidad, no comparte una sola postura o actitud frente a las expresiones de contenido sexualmente explícito, y mal harían tanto el Congreso como los administradores y los jueces en privilegiar una determinada perspectiva

de la sexualidad humana, que sirva de parámetro de juicio y exclusión de las expresiones que reflejen perspectivas diversas en este complejo y sensible tema. En consecuencia, **la caracterización de lo sexualmente explícito como una forma de expresión excluida de protección constitucional, no es un elemento que esté presente en el ordenamiento constitucional colombiano.** Sin embargo, la Convención sobre los Derechos del Niño contiene disposiciones específicas en su artículo 17, orientadas a resguardarlos de la exposición a expresiones que puedan ser lesivas para su proceso de desarrollo, norma que es relevante al momento de establecer el ámbito de protección constitucional de este tipo de expresiones.

1.3.3. El efecto primordial de esta particularidad del ordenamiento colombiano, es que **el lenguaje sexualmente explícito está amparado, en principio, por la presunción constitucional de cobertura de la libertad de expresión, por la sospecha de inconstitucionalidad de toda limitación estatal de su divulgación, y por la presunción de primacía frente a otros derechos con los cuales puedan entrar en conflicto.** El orden plural establecido por el Constituyente de 1991, el respeto por la diversidad y el posicionamiento crucial de la libertad de expresión en nuestro país justifican esta postura, fundamentada en el principio *pro-libertate* y respetuosa de las razones filosóficas, históricas y prácticas que compelen a las autoridades colombianas a privilegiar la libertad de expresión entre los demás derechos, valores e intereses constitucionalmente protegidos.

Por otra parte, concluir que lo sexualmente explícito no está desprovisto de protección constitucional, no quiere decir que el Estado no tenga derecho a regular su disponibilidad o incluso limitar el acceso al mismo, si hay razones imperativas para hacerlo, como proteger los derechos de los menores. Corresponde a los jueces apreciar estas razones y sopesarlas a la luz de la libertad de expresión y de los tipos de expresión sexualmente explícita. Por ejemplo en los casos en los que se trata de imágenes pornográficas que por su nivel de violencia pueden encuadrar bajo el tipo de expresiones que las Comisiones de Expertos convocadas por los gobiernos estadounidense y británico, reseñadas en las secciones precedentes, consideraron como potenciales detonadores de comportamientos violentos o antisociales, podrían llegar a caber limitaciones aun frente a ciertos adultos.

Precisa la Corte a este respecto que cuando se trata de proteger los derechos de los niños de los daños específicos que puedan sufrir por la exposición a este tipo de materiales –hipótesis que, reitera la Corte, se distingue de la de la pornografía infantil, que está completamente prohibida en toda circunstancia y modalidad-, no hay duda sobre la legitimidad de las autoridades para establecer limitaciones razonables, proporcionadas y respetuosas de los requisitos constitucionales en comento[356]; hay aceptación general del hecho de que los menores de edad, en tanto posibles consumidores de materiales sexualmente explícitos u obscenos, sí necesitan protección jurídica, porque se pueden generar daños específicos sobre su proceso de

Pages 303 130 720
Vis. today 20 530
(http://www.histats.com/viewstats/?sid=1206326&ccid=605)

cestan protección jurídica, porque se pueden generar daños específicos sobre su proceso de formación y desarrollo que lesionan el ejercicio autónomo de su libertad, su bienestar y su interés superior, así como los derechos de sus padres a orientar su proceso de formación de conformidad con los parámetros que consideren más convenientes, resguardándolos del acceso a materiales que en su criterio son incompatibles con las pautas formativas que han escogido, y que estos intereses justifican el establecimiento de limitaciones razonables y proporcionadas a la circulación de materiales sexualmente explícitos en la sociedad.[357] Sin embargo, estas limitaciones en el acceso de los menores a materiales sexualmente explícitos deben formularse con la suficiente precisión como para impedir que, con base en criterios sobre lo que es apropiado o benéfico para los niños, se termine midiendo o valorando el tipo de expresiones e informaciones a las que tienen acceso los adultos.[358] En lo que respecta a materiales pornográficos u obscenos, se ha ido más lejos en el derecho comparado. Algunos ejemplos de limitaciones sobre el acceso a materiales pornográficos que han resultado, en el derecho comparado, acordes con la libertad de expresión según los jueces constitucionales respectivos, son: (i) la sección 184 del Código Penal de Alemania –que prohíbe la oferta o distribución de materiales pornográficos a personas menores de 18 y prohíbe la publicación y venta por medios o en lugares a los que los menores tengan acceso-, o la ley alemana para la protección de la juventud que prohíbe la distribución por correo de revistas pornográficas[359]; o (ii) las limitaciones, implementadas en Estados Unidos, sobre el número de locales comerciales que venden revistas pornográficas y otros materiales similares, mediante controles de planeación o de licenciamiento, diseñados para preservar zonas residenciales[360].

El mayor margen de regulación estatal para limitar la disponibilidad de estos materiales mediante limitaciones consistentes con la Constitución implica que puede existir mayor dificultad para que los adultos accedan a estos materiales, en la medida en que tendrán que buscarlos en los lugares o fuentes en los que se pueden distribuir legítimamente, de forma tal que las publicaciones se puedan conseguir por quienes quieran consumirlas, pero éstos han de buscarlas donde se encuentran disponibles; y un deber de los distribuidores o vendedores de verificar la edad de los compradores. Sin embargo, se trataría de una carga proporcionada a la finalidad de proteger los derechos de los niños. Son asuntos sujetos a la regulación del legislador.[361]

1.3.5. En resumen, las expresiones sexualmente explícitas no han sido excluidas de protección constitucional. Estas, sin embargo, tienen diversas manifestaciones, lo cual permite distinguir conceptualmente lo obsceno y pornográfico, de otras expresiones sexualmente explí-

Pages: 302,130,720 Online 400 Vis. today 20,830 (http://www.statcounter.com/free-stats/?sid=12061218&cdh=605)

citas. Los casos en los cuales se ha abordado el tema, han versado generalmente sobre materiales con imágenes, que a su turno han sido clasificadas en imágenes de desnudez y sexo, de un lado, e imágenes violentas, de otro. En lo que respecta al lenguaje verbal sexualmente explícito, la situación constitucional es diferente. La regulación del lenguaje verbal sexualmente explícito podría estimarse ajustada a la Constitución cuando se verifique, en cada caso, que se han establecido limitaciones puntuales, plenamente respetuosas de las condiciones señaladas en el capítulo correspondiente de esta sentencia, para efectos de armonizar proporcionada y razonablemente el ejercicio de esta manifestación del derecho a la libertad de expresión con los derechos ajenos con los cuales pueda entrar en conflicto, principalmente, los derechos de los niños y los derechos de los adultos que no han dado su consentimiento para acceder a estos materiales a no verse ofendidos en sus convicciones íntimas por los mismos. Pero, como se dijo, toda limitación debe asumirse como sospechosa de entrada y sujetarse a un control estricto de constitucionalidad, en el cual quien pretenda limitar la libertad de expresión debe cumplir las cargas definitoria, argumentativa y probatoria mencionadas en esta sentencia.

2. *Otras imágenes sexualmente explícitas.*

Ahora bien, aun en el plano de las imágenes, cabe distinguir entre contextos artísticos y otros ámbitos, aun respecto de imágenes sexuales fuertes. Trazar la línea entre lo erótico y lo pornográfico puede ser difícil, por lo cual el contexto dentro del cual se presenta la imagen sexual fuerte ha resultado un criterio pertinente para garantizar la libertad artística. La Corte Constitucional ha protegido resueltamente estas formas de expresión, concretamente en el ámbito de las artes plásticas[362].

Como se verá más adelante, las expresiones sexualmente explícitas que se transmiten a través de medios de comunicación reciben un tratamiento constitucional especial, como lo han recibido en la jurisprudencia comparada, según la especificidad de cada tipo de medio.

3. *Expresiones soeces, groseras, vulgares, chocantes o escandalosas.*

La regla sobre protección de las expresiones socialmente diversas, inusuales o alternativas, se aplica también a las expresiones que son consideradas como soeces, groseras, vulgares, chocantes o escandalosas, de conformidad con los parámetros de decencia que rigen en un momento determinado a cierto sector de la sociedad. Según ha explicado la jurisprudencia

Pages 303,130,720
Online 400
Visitoday 20,550
(http://www.histats.com/viewstats/?sid=1206326&cid=605)

constitucional, dentro de una sociedad plural como la colombiana el Estado–en cumplimiento de la regla de neutralidad frente al contenido- no puede privilegiar un determinado criterio de decencia o de estética, como no puede tampoco adoptar un determinado patrón de "buen gusto" o "decoro", ya que no hay parámetros uniformemente aceptados para delimitar el contenido de estas categorías, que en consecuencia constituyen limitaciones demasiado vagas de la libertad de expresión como para ser constitucionalmente admisibles.[363] En el mismo orden, tanto la jurisprudencia nacional[364] como la comparada[365] han considerado que el Estado no tiene un título constitucional para regular la calidad o la decencia del lenguaje verbal que se utilice en público, en ausencia de riesgos inminentes y serios para el orden público o derechos de terceros generados por el uso de dicho lenguaje, como sucede con los descalificativos discriminatorios con connotación sexual.

ACAPITE IV-10

Difusión de expresiones sexualmente explícitas, soeces o chocantes a través de los medios masivos de comunicación,

particularmente de la radio.

1. Consideraciones generales

1.1. Una vez establecido que (a) las expresiones de contenido sexualmente explícito, soez o chocante gozan de protección constitucional en nuestro país, y que (b) aunque están sujetas a un margen mayor de limitación estatal para efectos de armonizar su ejercicio con los derechos de los demás, toda limitación se ha de asumir como constitucionalmente sospechosa de entrada, y sujetarse a un control de constitucionalidad estricto para verificar el cumplimiento de todas y cada una de las condiciones para limitar la libertad de expresión antes enunciadas, procederá la Corte a examinar ahora cuál es el status constitucional de las transmisiones que se hagan de expresiones de esta índole a través de los medios de comunicación, con particular atención a los casos en que la audiencia incluye menores de edad. En efecto, una cosa es el status de las expresiones soeces, chocantes, sexualmente explícitas, escandalosas o vulgares en sí mismas consideradas, y otra distinta es el status de su transmisión a través de los medios masivos de comunicación, la cual –aunque forma parte integrante de la libertad de expresión que a través de ellas se manifiesta- les imprime unos rasgos característicos, con relevancia constitucional clara por su impacto.

Pages 303 130 720
Online 400
Visitoday 20 530
(http://www.histats.com/viewstats/?sid=1206326&ccid=605)

1.2. Son directamente pertinentes para el estudio de este tema las reglas que se enunciaron en el acápite sobre libertad de prensa, particularmente las relativas al poder de penetración e impacto de los medios de comunicación, su responsabilidad social consiguiente, y el especial cuidado que han de demostrar en relación con los derechos de los menores de edad que pueden formar parte potencialmente de su audiencia. Además se debe tener en cuenta la especificidad de cada medio de comunicación, que impide trazar reglas generales sobre el margen admisible de limitación de este tipo de expresiones en todos y cada uno de ellos.

1.3. El ejercicio de ponderación que está llamado a efectuar el juez constitucional en estos casos se puede facilitar si se tienen en cuenta las soluciones a las que han llegado los tribunales nacionales, extranjeros e internacionales en casos similares o comparables, en los que se ha hecho uso de un determinado medio de comunicación para transmitir mensajes sexuales, soeces o potencialmente ofensivos. La Corte se detendrá a hacer este ejercicio por considerarlo útil y relevante en este caso, porque fue un programa radial que empleó lenguaje sexualmente explícito el que fue objeto de las sentencias de la jurisdicción contencioso-administrativa. Para estos efectos, se aludirá brevemente a una serie de casos internacionales, extranjeros y nacionales en los que la resolución de problemas jurídicos comparables a los que ocupan la atención de la Sala ha desembocado en soluciones que armonizan los derechos confrontados, según las circunstancias de cada caso específico.

2. Examen de algunos precedentes jurisprudenciales internacionales, extranjeros y nacionales en los que se han resuelto problemas similares.

La jurisprudencia nacional, internacional y comparada ha examinado el alcance de la protección de expresiones con contenidos sexuales, soeces, ofensivos y chocantes, difundidos a través de diferentes medios de comunicación: libros, correspondencia, películas de cine, servicios telefónicos, exhibiciones artísticas, transmisiones radiales, programas de televisión, páginas de internet. El alcance de la libertad de expresión, los intereses y derechos con los cuales se ha de ponderar, y la solución concreta, varía en función de cada medio, porque sus características específicas imprimen al mensaje que se transmite unas características, un impacto y un alcance particulares. Estas diferencias son jurídicamente significativas, por lo cual la Corte examinará con algún detalle los casos en que se han resuelto problemas jurídicos de esta índole en relación con cada medio en particular, y haciendo énfasis en la radiodifusión.

2.1. Uso en público de prendas o signos personales con vocabulario indecente o sexualmente

explícito.

Pages 303 130 720
Online 400
Vis. today 20 530
(http://www.histats.com/viewstats/?sid=1206326&ccid=605)

Una primera forma de comunicar al público mensajes soeces, sexualmente explícitos, chocantes o socialmente ofensivos, es mediante el uso de prendas o signos personales que contengan tales expresiones. El impacto limitado de las expresiones en estos casos justifica otorgar una protección amplia a la libertad de expresión, por lo cual las autoridades cuentan con un margen reducido para imponer limitaciones a quienes optan por expresarse de esta forma.

El caso guía en este sentido a nivel de derecho comparado es el de Cohen v. California, de la Corte Suprema de Estados Unidos[366], en el cual se afirmó que el Estado, en ausencia de una amenaza cierta de ruptura del orden público, no tiene un título constitucional para regular la calidad del lenguaje que se utiliza en público a través de estos medios. El peticionario en este caso había sido condenado bajo cierta legislación estatal de California que prohibía las conductas ofensivas que perturbaran la paz, por haber usado la chaqueta con las palabras "*Fuck the draft*" en el corredor de un edificio judicial, en protesta al reclutamiento para la guerra en Vietnam. La Corte rechazó la aplicación de la doctrina de *"palabras agresivas" ["fighting words"]* en este caso, porque no había un insulto dirigido a una persona en particular, aunque el lenguaje era indecente. Tampoco había evidencia de que el peticionario buscara provocar al público a la violencia, ni de que esto fuera posible dadas las circunstancias del caso. Luego se consideró si las palabras ofensivas podían ser constitucionalmente excluídas de la exhibición y discurso públicos mediante prendas o signos personales; para la Corte Suprema, un miedo vago a que su uso pudiera inducir a ciertas personas a responder violentamente no alcanzaba a justificar la prohibición, y tampoco existía un interés legítimo del Estado en regular la calidad del lenguaje utilizado en público, en ausencia de un riesgo concreto y tangible para derechos ajenos. Se precisó, en este sentido, que el estilo de la expresión no se puede separar fácilmente de su contenido; el lenguaje transmite emociones así como ideas, y el Estado no puede limitar la comunicación de ninguna de estas manifestaciones del ser humano. Así, la Corte afirmó que solo se puede tolerar en estos contextos la prohibición de expresiones *inflamatorias*, que puedan causar violencia o desorden; cualquier prohibición más amplia restringiría indebidamente la protesta política y, por lo tanto, la libertad de expresión. El lenguaje, para poder ser limitado en estos casos, tiene que ser más que simplemente ofensivo o molesto, y la decisión no se puede basar en apreciaciones subjetivas del público sino en una posibilidad objetiva de desorden o violencia ante las expresiones usadas.

2.2. Publicación de libros de contenido sexualmente explícito o indecente, dirigidos a una audiencia de menores de edad.

Pages 303 130 720
Online 400
Vis. today 20 530
(http://www.hitstats.com/viewstats/?sid=12003268&ccid=605)

Un nivel más alto de impacto lo proporciona la edición y publicación de libros con contenidos sexualmente explícitos o soeces, más cuando van dirigidos a audiencias compuestas principalmente por menores de edad. La Corte Europea de Derechos Humanos se pronunció sobre este tipo de publicaciones -libros con contenidos indecentes o sexuales que no eran pornográficos ni legalmente "obscenos"-, dirigidos a una audiencia compuesta por jóvenes menores de edad, en el caso de Handyside v. Reino Unido[367]. El peticionario era dueño de una firma editorial que preparó la publicación en Gran Bretaña de un libro titulado "*El pequeño texto escolar rojo*" ["*The Little Red Schoolbook*"], escrito por dos autores daneses, que había circulado en varios países europeos. El libro contenía varios capítulos sobre temas sexuales, redactados en lenguaje accesible a los jóvenes de 12 años en adelante. Una vez informados sobre su contenido, varios periódicos británicos publicaron reseñas y comentarios, y pidieron al Director de Investigaciones Públicas que tomara acciones contra su publicación; luego de recibir varias quejas y de solicitar la intervención de la policía, se impartió una orden prohibiendo su circulación bajo la ley de publicaciones obscenas, y se decomisaron mas de mil copias del libro junto con material promocional y pruebas de imprenta. Sin embargo, mas de 17.000 copias ya estaban circulando. Se juzgó al peticionario y se le encontró culpable de tener en su posesión libros obscenos para publicación con ánimo de lucro, que contenían frases y apartes que podían afectar el proceso de desarrollo de los lectores jóvenes, depravándolos y corrompiéndolos en relación con temas como el aborto, las relaciones sexuales prematrimoniales, la homosexualidad y la pornografía; y se le condenó al pago de una multa. Igualmente, la Corte ordenó que se destruyeran los libros. Las apelaciones interpuestas por el peticionario fueron infructuosas. Por otra parte, un librero escocés fue acusado pero exonerado de cometer este delito, por un juez que consideró que el libro no era obsceno ni indecente. Posteriormente en 1971 se editaron nuevamente las secciones que se consideraron obscenas, y se volvió a publicar el libro sin que se generaran reacciones adversas por las autoridades.

Luego de haber establecido que las medidas buscaban una finalidad legítima bajo la Convención Europea –la preservación de la moral pública- y que habían sido prescritas por la ley, la Corte Europea procedió a determinar si habían sido necesarias en una sociedad democrática para la protección de la moral pública. Precisó en este sentido que los Estados partes de la Convención Europea no comparten una noción uniforme de la moral pública; la posición adoptada en cada legislación respecto de lo que exige la moral varía con el tiempo y con el espacio, especialmente en los tiempos actuales, caracterizados por una evolución rápida y amplia de las opiniones sobre el tema. En consecuencia, desde el punto de vista del tribunal europeo, son las autoridades nacionales -y no los jueces comunitarios- las que, por su contacto directo y continuo con las fuerzas vitales de sus países, están mejor posicionados para determinar el contenido exacto de tales requisitos, así como la necesidad de una limitación sobre la libertad de expresión para cumplirlos –con sujeción, sin embargo, a supervisión europea, ya que la Convención Europea habla de una "necesidad", que no es sinónimo de "indispensable" ni tampoco es una noción tan flexible como para equipararse a las de "admi-

dispensable", pero tampoco es una noción tan flexible como para equipararse a las de "admisible", "ordinaria", "útil" o "razonable".[368]

Pages 303 130 720
Online 400
Visitas 20 550
(http://www.histats.com/viewstats/?sid=1206326&ccid=605)

A continuación, la Corte Europea recordó que la libertad de expresión es uno de los fundamentos esenciales de las sociedades democráticas, una de las condiciones básicas para su progreso y para el desarrollo de toda persona; y que con sujeción al art. 10-2 de la Convención, se aplica no solo a las informaciones o ideas que se reciben en forma favorable, se consideran inofensivas o dignas de indiferencia, sino también a las que ofenden, impactan o perturban al Estado o a cualquier parte de la población, porque así lo exigen el pluralismo, la tolerancia y la apertura sin las que no hay sociedad democrática. Esto implica que cualquier formalidad, condición o pena impuesta en este campo debe ser proporcional a la finalidad legítima que se persigue.[369] También explicó el tribunal europeo que el ejercicio de la libertad de expresión implica deberes y responsabilidades, cuyo alcance depende de su situación y de los medios técnicos utilizados; y señaló que el cumplimiento de tales deberes y responsabilidades es un factor relevante al determinar si las limitaciones sobre la libertad de expresión son necesarias para lograr la finalidad que se busca.[370]

Posteriormente, la Corte Europea indicó la regla según la cual las limitaciones deben evaluarse a la luz del caso como un todo, incluida la publicación en cuestión y los argumentos y evidencias presentados por los afectados, y con particular atención a las razones invocadas por las autoridades para justificar la interferencia, que han de ser relevantes y suficientes.[371] Dentro de tal evaluación global del caso, el Tribunal consideró particularmente importante el factor de los *destinatarios* del libro: niños y adolescentes entre 12 y 18 años, a quienes se dirigían expresiones formuladas un lenguaje fáctico y elemental que estaba dentro de sus posibilidades de comprensión, y con ánimo de lograr una amplia distribución.[372] En este sentido, para la Corte Europea la información que se proveía en los capítulos sobre sexo incluía apartes que podían ser interpretados por personas jóvenes en etapas críticas de su desarrollo como un estímulo para llevar a cabo actividades precoces que les podrían causar daño, o que incluso podrían tener consecuencias penales; por ello, concluyó que a pesar de la variedad y evolución constante de las opiniones en el Reino Unido sobre la ética, la moral y la educación, los jueces competentes tenían razones justificadas para haber considerado que este libro podría surtir efectos perniciosos sobre la moral de muchos niños y adolescentes que lo leerían[373]. En atención a este factor, y dado el margen de apreciación de las autoridades nacionales contaban para establecer cuáles medidas eran necesarias dentro de su jurisdicción para proteger finalidades legítimas como la moral, se concluyó que no hubo violación del art. 10 de la Convención Europea.

Pages 303 130 720
Online 400
Vis. today 20 530
(http://www.histats.com/viewstats/?sid=1206326&ccid=605)

2.3. Envío de correo con contenidos sexualmente explícitos o indecentes.

El tema del envío de propagandas no solicitadas con contenidos sexuales por correo, que marca un tercer matiz en la difusión pública de este tipo de materiales, fue examinado por la Corte Suprema de los Estados Unidos en el caso de *Bolger v. Youngs Drug Products Corp.* ***[374]***, en el cual se invalidó una ley federal bajo la cual se había prohibido el envío por correo de propagandas no solicitadas de productos anticonceptivos, especialmente condones. Una justificación invocada por las autoridades era la de proteger a los receptores de materiales que podían considerar ofensivos, pero la Corte rechazó este argumento, indicando que *"[nosotros] nunca hemos sostenido que el [Gobierno] puede cerrar el flujo de correspondencia para proteger a aquellos receptores que potencialmente pueden verse ofendidos. La primera enmienda 'no permite al gobierno prohibir la expresión por ser intrusiva, salvo que la audiencia 'cautiva' no pueda evitar las expresiones objetables'. [El] 'trayecto corto y ordinario desde el buzón hasta la caneca de la basura [es] una carga aceptable [en] lo que concierne a la Constitución"*[375]. La Corte Suprema también precisó que el interés en proteger la sensibilidad de los niños puede ser adecuadamente satisfecho mediante la acción preventiva de los padres sobre el acceso de los menores al correo: *"Podemos asumir razonablemente que los padres de hecho ejercen un control sustancial sobre la disposición del correo una vez entra en su buzón. [Y los padres] de por sí deben lidiar con una multitud de estímulos externos que inciden sobre la percepción de sus hijos sobre temas sensibles"*. ***[376]*** Finalmente, la Corte Suprema consideró que las propagandas en cuestión eran de un contenido apropiado para adultos, y resaltó –en términos metafóricos- que el tipo de discurso que llega a un buzón no puede limitarse constitucionalmente a aquellas expresiones que serían apropiadas para una arenera.[377]

2.4. Exhibición de películas de cine con contenidos soeces, sexualmente explícitos o chocantes.

2.4.1. En el caso de *Erznoznik v. Jacksonville* ***[378]***, la Corte Suprema de los Estados Unidos se pronunció sobre una demanda interpuesta contra una ordenanza de la ciudad de Jacksonville que prohibía a los teatros al aire libre cuyas pantallas fuesen visibles desde la calle el exhibir películas que contuvieran "desnudez". Las autoridades de la ciudad argumentaban

que podían legítimamente proteger a sus ciudadanos contra la exposición involuntaria a materiales que podrían resultarles ofensivos; pero la Corte Suprema rechazó esta aproximación, afirmando: *"Esta Corte ha considerado que los derechos de primera enmienda de los emisores con los derechos de privacidad de aquellos que pueden convertirse en observadores u oyentes no voluntarios- en una variedad de contextos. Tales casos exigen una delicada ponderación. (...) algunos principios generales han surgido. Un Estado o municipio puede proteger la privacidad individual, estableciendo regulaciones razonables de tiempo, lugar y modo para todas las expresiones, independientemente de su contenido. Pero cuando el gobierno, actuando como censor, decide selectivamente proteger al público de algunas formas de expresión argumentando que son más ofensivas que otras, la Primera Enmienda limita estrictamente su poder. (...) Tales restricciones selectivas únicamente se han declarado constitucionales cuando el emisor invade la privacidad del hogar o el grado de cautiverio hace imposible que [la audiencia] no voluntaria evite ser expuesta [a los mensajes]. La realidad simple aunque a veces inquietante, es que en nuestra sociedad pluralista, con formas nuevas e ingeniosas de expresión proliferando constantemente, 'somos inevitablemente audiencias cautivas para muchos propósitos' (...). Mucho de lo que encontramos ofende nuestras sensibilidades estéticas, si no las políticas y morales. Sin embargo, la Constitución no permite al Gobierno decidir qué tipos de expresión –que de otra forma estaría protegida- son suficientemente ofensivas como para exigir la protección de [la audiencia] no voluntaria. Por el contrario, en ausencia de las circunstancias precisas descritas anteriormente, la carga normalmente corresponde al receptor, quien debe 'evitar un bombardeo adicional de su sensibilidad simplemente mirando para otro lado'"*[379].

Con base en estas consideraciones, la Corte Suprema afirmó que la ordenanza de Jacksonville discriminaba entre películas únicamente con base en su contenido, y que su efecto era el de desestimular la exhibición, por los teatros al aire libre, de películas que contuviesen cualquier tipo de desnudez, independientemente de su carácter inocente o incluso educativo. Esta discriminación, consideró, no podía ser justificada como un medio para evitar invasiones significativas de la privacidad; la ordenanza únicamente pretendía prevenir que estas películas pudiesen ser vistas desde calles y lugares públicos, donde la audiencia ofendida podía fácilmente evadir su mirada. Por lo tanto, consideró la Corte que la pantalla de un teatro al aire libre no es tan intrusiva como para impedir que quienes no quieran recibir la información eviten exponerse a ella.[380] La Corte también rechazó el argumento según el cual la ordenanza estaba regulando expresiones a las que tenían acceso los menores de edad, por considerarlo demasiado amplio (*overbroad*): la ordenanza no se limitaba a la desnudez sexualmente explícita, que sería la que justificaría una medida de esta índole, y no todo tipo de desnudez podía considerarse legalmente obscena.

2.4.2. En el caso de *"La Ultima Tentación de Cristo"*[381], la Corte Interamericana de Dere-

Pages 303,130,720
Online 400
(http://www.histats.com/viewstats/?sid=1206326&cid=605)

chos Humanos se pronunció sobre la decisión adoptada por el Consejo de Calificación Cinematográfica de Chile -facultado constitucional y legalmente para orientar la exhibición cinematográfica en el país y calificar las películas a presentar-, en el sentido de rechazar la exhibición de "La Ultima Tentación de Cristo", decisión que fue apelada y confirmada el 14 de marzo de 1989. Esta determinación fue revisada el 11 de noviembre de 1996 y se autorizó su exhibición para espectadores mayores de 18 años; pero ante un recurso judicial de protección interpuesto por personas cristianas, la Corte de Apelaciones de Santiago dejó sin efecto la decisión. Se argumentaba ante la Corte Interamericana que con estas decisiones se violaba la prohibición de la censura contenida en la Convención Americana. La Corte explicó, en relación con el alcance de esta prohibición, que *"el artículo 13.4 de la Convención establece una excepción a la censura previa, ya que la permite en el caso de los espectáculos públicos pero únicamente con el fin de regular el acceso a ellos, para la protección moral de la infancia y la adolescencia. En todos los demás casos, cualquier medida preventiva implica el menoscabo a la libertad de pensamiento y de expresión."* Por lo tanto, al tratarse no de una regulación de acceso de menores de edad a esta película, sino de una prohibición total de exhibición, se había violado la prohibición de la censura en atención al contenido del material: *"Estima este Tribunal que la prohibición de la exhibición de la película 'La Ultima Tentación de Cristo' constituyó, por lo tanto, una censura previa impuesta en violación al artículo 13 de la Convención."*

2.5. Exposiciones artísticas con contenidos sexuales, eróticos o chocantes.

La Corte Constitucional se pronunció sobre la protección constitucional de obras de arte expuestas al público en espacios de exhibición, cuyo contenido es sexualmente explícito, erótico, chocante o soez, en la sentencia T-104 de 1996[382]. En este caso, el peticionario era un pintor y fotógrafo que había obtenido autorización para exhibir sus obras en el Instituto de Cultura y Turismo de Valledupar; una vez expuestas las imágenes, el Director ordenó descolgar 15 de ellas por considerarlas pornográficas, contrarias a la moral religiosa predominante y carentes de valor artístico. Se trataba de cuadros de contenido explícitamente erótico, fotografías de hombres desnudos en distintas actitudes y contextos, y alimentos con simbología fálica.

La Corte empezó por recordar que la libertad de expresión como género, y la libertad de expresión artística como especie, ambas protegidas por el artículo 20 superior, **"**comprenden el derecho de toda persona a *'expresar y difundir su pensamiento y opiniones...'";* y que *"*el

Online 400
Vis. today 20 590

Constituyente de 1991 dispuso, con claridad meridiana, que *'La búsqueda del conocimiento y la expresión artística son libres'* (art. 71 de la C.P)". También señaló que según el art. 85 de la Constitución, la libertad de expresión artística es un derecho fundamental de aplicación inmediata y tutelable, por tratarse de un medio para que toda persona realice su potencial creativo, materializando el art. 16 Superior, y cumpliendo con el deber estatal de promover y fomentar la cultura[383]. Luego explicó la Corte que la libertad de expresión artística tiene dos aspectos: el derecho a crear o proyectar artísticamente el pensamiento, y el derecho a difundir y dar a conocer las obras al público. El primero no ha de ser objeto de limitaciones, más allá de las restricciones técnicas y creativas del artista: la Corte la categorizó como una libertad absoluta que no puede ser limitada por nadie en virtud de la dignidad humana, y que abarca el contenido de la obra y el medio para su manifestación plástica.[384] El segundo aspecto de la libertad de expresión artística –difusión de la obra- se deriva del art. 20 de la Constitución, e implica que toda persona tiene derecho a aspirar en igualdad de condiciones al acceso a los medios públicos de difusión para sus obras, y la comunidad tiene derecho a apreciarlas y escoger las que aprueba o rechaza, sin que el Estado pueda efectuar una imposición o censura previa de cierta concepción estética[385]. La Corte enfatizó que un Estado en el que las personas son moralmente autónomas, las autoridades no pueden impedir que se difunda o se acceda a determinadas obras porque su contenido es inmoral o antiestético – hacerlo implicaría censura, que se define como prohibir o recortar la difusión de una idea por contrariar determinada ideología, incluso si es la ideología mayoritaria, lo cual también manifiesta el pluralismo.[386] Para esta Corporación, el reconocimiento y respeto de la diversidad cultural del art. 70 C.P. no se puede materializar si las autoridades deciden elegir las expresiones culturales que a su juicio satisfacen los cánones morales y estéticos que consideran adecuados, lo cual también irrespeta la autonomía moral de las personas y el reconocimiento de la diversidad.[387] En el caso concreto se habían desconocido estas reglas, porque el Director de la Casa de la Cultura impuso su propia concepción del arte, sustentada en argumentos ideológicos: desconoció el pluralismo del Estado constitucional, violó el derecho fundamental del actor a la libertad de expresión artística, e impidió al público decidir autónomamente si acogía su propuesta artística.

Lo anterior, precisó la Corte, no implica que los encargados de las instituciones oficiales para la difusión del arte deban acceder a toda solicitud de exposición por los particulares; tienen el deber de garantizar a los solicitantes igualdad de oportunidades, y criterios de selección objetivos acordes con la Carta, como calidad técnica y artística o finalidades específicas de la sala de exhibición.[388] En este sentido, se indicó que a diferencia de la libertad para crear obras de arte, el derecho a difundirlas tiene límites, derivados del mandato de no abusar de los propios derechos en detrimento de los de los demás (art. 95 CP); y en el caso de medios oficiales de difusión o medios particulares que prestan un servicio público, la difusión [389]

Pages 383 130 720
Online 400
(http://www.histats.com/viewstats/?sid=1206326&ccid=605)

artística debe someterse a previa autorización con base en criterios constitucionales.[389] Pero en este contexto, no es válido constitucionalmente que las autoridades argumenten que por las características del lugar de exhibición de las obras, es inevitable que los visitantes las miren; son los visitantes los que han de decidir libremente y sin imposición de las autoridades si miran o no.[390] En virtud del pluralismo existe un deber de tolerancia de quienes rechazan una determinada exposición en ejercicio de su derecho a elegir libremente; pueden manifestar su inconformidad pero sin impedir que el artista ejerza su derecho a la libre expresión y que el resto del público tenga acceso a la obra.[391]

En cuanto a la posibilidad de que menores de edad vieran las obras, conceptuó la Corte que era deber de las autoridades del Instituto garantizar el ejercicio del derecho de los niños sin coartar una exposición de arte erótico; y que este tipo de exhibiciones pueden ser en ciertas circunstancias una herramienta valiosa de educación sexual, que plantea un deber al Instituto de proveer suficiente información y dirección para que la apreciación artística de los niños sea una experiencia formativa.[392] Si los padres consideran que alguna manifestación artística es contraria a sus valores o no quieren que sus hijos vean ciertas obras de arte, deben educarlos para que los menores reaccionen en consecuencia, o incluso pueden retirar a los menores del Instituto; pero no puede exigírsele al Estado una tutela tal de los derechos de los niños que haga nugatorio el ejercicio de los derechos de los demás, vetando obras de arte que deberían ser autorizadas.[393]

Atendiendo a las anteriores consideraciones, la Corte concedió la tutela, y ordenó al Director del Instituto que en caso de que se volviera a solicitar una autorización para exponer tales obras, obrara de conformidad con el reglamento, y no volviera a incurrir en violaciones semejantes de la Constitución Política.

2.6. Servicios telefónicos con contenidos sexualmente explícitos.

El tema de las expresiones con contenido sexual difundidas por vía telefónica fue abordado por la Corte Suprema de Justicia de los Estados Unidos en el caso de *Sable Communications Inc. v. FCC*[394], en el cual se controvertía el control, por el Congreso, de los servicios de mensajes telefónicos pre-grabados y sexualmente orientados, o de pornografía por teléfono

Pages 200 180 720
Online 400
Vis. today 20 530
(http://www.histats.com/viewstats/?sid=12063268&ccid=605)

("*dial-a-porn*"). Estos servicios estaban disponibles, a cambio de un valor económico, mediante llamadas telefónicas hechas por el consumidor. En 1988, el Congreso prohibió mediante ley los mensajes telefónicos obscenos o indecentes; la Corte Suprema invalidó el componente de "indecencia" de la prohibición, porque en su criterio, la expresión sexual que es indecente pero no legalmente obscena (según la definición del sistema jurídico de Estados Unidos) está protegida por la primera enmienda. Las autoridades argumentaban, para defender la prohibición, que el impedir que los niños usaran esos servicios era un interés suficientemente imperativo que justificaba la prohibición total de los mismos. La Corte reconoció la importancia del interés en la protección de los niños, pero consideró que la prohibición no estaba diseñada con suficiente precisión para ajustarse a dicha meta ("*narrowly tailored*"), porque había alternativas tecnológicas que permitían lograr el mismo efecto. En ese sentido, la corte conceptuó que la prohibición tenía el efecto inconstitucional de limitar el contenido de las conversaciones telefónicas entre adultos a aquellos tópicos que eran apropiados para niños.[395] La Corte hizo explícita la diferencia entre este tipo de servicios telefónicos, y las emisiones de contenidos sexualmente explícitos a través de otros medios de comunicación, concretamente la radio: mientras que ésta última podía invadir la intimidad del hogar sin ningún anuncio previo sobre los contenidos de los programas a escuchar, estos servicios telefónicos exigen, de un escucha presumiblemente consciente, tomar acciones positivas para efectos de recibir la comunicación. En este sentido, no es lo mismo hacer una llamada telefónica, que prender el radio y ser sorprendido por un contenido indecente que no se esperaba escuchar.[396]

2.7. Transmisiones radiales de contenidos soeces y sexuales.

2.7.1. La Corte Constitucional se ha pronunciado sobre el tema de los criterios de decencia de las emisiones radiales en términos generales, en la sentencia C-010 de 2000[397], en la cual se examinó el artículo 2º de la Ley 74 de 1966, en virtud del cual las emisiones radiales en Colombia habían de atender a "los dictados universales del decoro y del buen gusto". La Corte explicó que la norma impugnada no era neutral ni imparcial frente al contenido de las expresiones constitucionalmente protegidas, y privilegiaba un determinado criterio estético respecto del discurso sobre otros criterios diferentes, a pesar de que en una sociedad plural no existen criterios uniformemente aceptados sobre lo que significa "decoro y buen gusto", por lo cual la norma contrariaba la libertad de expresión y el pluralismo.[398] En este caso, además, la vulneración de la libertad de expresión era particularmente gravosa, porque esta libertad protege no solamente los discursos u opiniones que se acoplan a las ideas socialmente dominantes, sino también aquellos que las contrarían.[399]

Pages 303 130 720
Online 400
(http://www.histats.com/viewstats/?sid=1206326&ccid=605)

2.7.2. En términos más específicos, el tema de las emisiones radiales con contenido soez, accesibles a menores de edad y a adultos que no han prestado su consentimiento fue examinado por la Corte Suprema de Justicia de los Estados Unidos en el caso guía de *FCC v. Pacifica Foundation*[400], en el cual se afirmó que la Comisión Federal de Comunicaciones (FCC) tenía el poder constitucional de *regular* razonablemente las emisiones radiales que son indecentes pero no obscenas, para efectos de impedir que con éstas se vulneraran los intereses de menores de edad y de adultos que no habían consentido a escucharlas. En una transmisión radial por la tarde de un día entre semana, la estación radial de Nueva York de la Pacifica Foundation transmitió un monólogo de un reputado humorista, que incluía el uso explícito y jocoso de groserías de cuatro letras ("*Four Letter Words*", de Carlin); se había advertido previamente a los oyentes, antes de la transmisión, que el programa incluiría lenguaje que podía ser ofensivo para algunos. La FCC recibió una queja interpuesta por una persona que había sintonizado y oído el programa, después de que éste había empezado, mientras iba manejando con su hijo menor. En atención a esta queja, la FCC adoptó una Orden Declarativa (*Declaratory Order*) afirmando que Pacifica podría haber sido acreedora de sanciones administrativas por haber efectuado esa transmisión; no impuso sanciones formales, pero sí advirtió que si se recibían más quejas, se las impondría. La FCC argumentó que el uso de lenguaje ofensivo que no es obsceno debe regularse, canalizando el comportamiento hacia horarios y espacios aceptables, en vez de prohibirlo; así, se había de canalizar el uso de ciertas palabras a horarios en los que los niños probablemente no estarían expuestos a ellas. La Corte de Apelaciones tumbó esta orden, pero la Corte Suprema de Justicia revocó la decisión de instancia, y afirmó que la prohibición de la censura no limitaba la autoridad de la Comisión para imponer sanciones a los licenciatarios de frecuencias de radio que llevasen a cabo transmisiones indecentes por fuera de los espacios en que legítimamente se podían efectuar.

En primer lugar, la Corte Suprema se preguntó si la primera enmienda priva al gobierno de todo poder de restringir la radiotransmisión pública de lenguaje indecente bajo cualquier circunstancia; señaló en este sentido que los términos utilizados en el monólogo de Carlin constituían, sin duda, 'expresiones' incluídas dentro del ámbito de la primera enmienda. Por ello, afirmó que el problema jurídico principal a resolver era si se podía regular la transmisión radial de palabras patentemente ofensivas, relacionadas con el sexo y las funciones excretorias, por razón su contenido.[401] A este respecto, recordó que (i) el hecho de que la sociedad pueda considerar como ofensivas ciertas expresiones, no es una razón suficiente para suprimirlas, y que si lo que se considera ofensivo es la opinión que se transmite a través de ellas, esa es una razón de más para otorgarles protección constitucional –aunque este no era el caso de los términos usados en el monólogo del humorista-[402]; (ii) aunque las groserías y términos indecentes ordinariamente carecen de valor literario, político o científico, no están completamente por fuera del ámbito de protección constitucional, ya que algunos usos de los términos más ofensivos son, en ciertos contextos, expresiones indudablemente protegidas

Pages 303 130 720
Online 400
Vis. today 20 530
(http://www.histats.com/viewstats/?sid=1206326&ccid=605)

por la primera enmienda[403]; (iii) pero la protección constitucional otorgada a las comunicaciones que contienen lenguaje patentemente ofensivo relativo a temas sexuales no es la misma necesariamente en todos los contextos; una de sus características es que su capacidad de ofender y su valor social varían de conformidad con las circunstancias – es decir, las palabras que son comunes en un contexto se tornan en ofensivas y chocantes en otro contexto diferente.[404] De allí que se procediera a considerar el contexto específico en el que se habían utilizado los términos, claramente groseros, del monólogo de Carlin.[405]

A continuación la Corte, recordando que cada medio de expresión plantea problemas específicos a la luz de la primera enmienda, puso de relieve las características especiales de la radio, e indicó que entre todas las formas de comunicación, las transmisiones por radio y televisión son las que han recibido una protección constitucional menos fuerte[406], por razones complejas entre las cuales dos resultan especialmente relevantes. (1) En primer lugar, la radio y la televisión han establecido una presencia singularmente penetrante en las vidas de los ciudadanos, por lo cual los materiales claramente indecentes transmitidos a través de ellos confrontan al individuo, no solo en los espacios públicos, sino en la intimidad de su hogar, donde el derecho de la persona a la privacidad prima sobre los derechos de expresión de los intrusos[407]; tales intrusiones no pueden ser completamente evitadas mediante los avisos previos, puesto que la radio y la televisión se prenden y se apagan constantemente, por lo cual los televidentes y radioescuchas no pueden ser resguardados de contenidos de programación inesperados mediante tales avisos, ni tampoco se le puede exigir a la audiencia que evite ofensas adicionales apagando la radio o el televisor o cambiando de canal o de emisora, a diferencia de lo que ocurre en los lugares públicos[408], donde el público cuenta con una carga constitucional aceptable de evitar el contacto adicional con los mensajes que pueda considerar ofensivos[409]. (2) En segundo lugar, la transmisión radial es de un carácter especialmente accesible para los menores de edad, incluso aquellos que son demasiado jóvenes para leer; a diferencia de mensajes escritos -como el signo grosero controvertido en el caso de Cohen v. California-, la transmisión del monólogo de Carlin tenía el potencial de enriquecer instantáneamente el vocabulario de un menor de edad; de allí que las telecomunicaciones se diferencien de otros modos de expresión que sí pueden ser retirados del acceso de los menores sin afectar por ello su disponibilidad, como los libros o las películas exhibidas en salas de cine, y que en consecuencia se justifique constitucionalmente dar un trato especial a las transmisiones por radio y televisión.[410]

En consecuencia, se validó la decisión adoptada por la FCC, pero la Corte Suprema enfatizó que esta solución era específica para los hechos del caso, en atención a variables concretas

Pages 303 130 720
Online 400
Visitors 20 127
(http://www.histats.com/viewstats/?sid=1206326&cid=605)

del contexto como la hora a la que se transmitió el programa, la composición de la audiencia, y la especificidad de las transmisiones radiales frente a otros modos como transmisiones televisivas o por circuitos cerrados – en términos coloquiales, la Corte Suprema de los Estados Unidos señaló que el perjuicio inconstitucional en estos casos puede ser causado por un objeto legítimo ubicado en un contexto equivocado, *"como un cerdo en la sala en vez del corral"*.***[411]***

2.8. Transmisiones de programas con contenido sexualmente explícito o soez por televisión.

La Corte Constitucional abordó expresamente el tema de los programas de televisión con contenidos soeces, chocantes o sexualmente explícitos, a los cuales podrían tener acceso menores de edad, en la sentencia T-505 de 2000[412]. En este caso, un grupo de ciudadanos había presentado quejas ante la Comisión Nacional de Televisión (CNTV), por el tratamiento "obsceno" y "morboso" que se daba a ciertos temas asociados con la sexualidad en el programa "María C. Contigo", que se transmitía por el Canal Caracol en horario familiar. La CNTV ordenó suspender inmediatamente su transmisión hasta que se adecuara su contenido a la franja en la cual se transmitía. El apoderado de Caracol TV interpuso acción de tutela, por violación del derecho de defensa (se ejecutó la suspensión antes de que el acto administrativo estuviera en firme) y violación de la prohibición de censura. La Corte Constitucional concedió la tutela, por considerar que efectivamente se había incurrido en una censura inconstitucional, sin perjuicio del título jurídico legítimo con que contaban las autoridades para preservar, en forma compatible con la Constitución, los intereses de menores de edad que pudiesen formar parte de la audiencia.

La Corte indicó que la CNTV había invocado el art. 5 de la Ley 182 de 1995 para justificar su decisión, norma que permite imponer la medida de suspensión de un programa únicamente cuando haya serios indicios de violación grave de la ley o atentado directo contra el orden público; ninguno de estos supuestos se verificó en el caso concreto para imponer la medida, ni tampoco se está ante un caso de extrema gravedad.[413] Por ello, la Corte concluyó que en un acto de censura, la CNTV extralimitó el ámbito de ejercicio de sus funciones consagrado en la norma legal invocada, y entró a intervenir sobre el contenido mismo del programa imputando a Caracol conductas que no se enmarcaban bajo la causal legalmente establecida de la medida de suspensión, como el tratamiento "obsceno y morboso" de la sexualidad; además con base en el tratamiento que se había dado previamente a ese tema, la CNTV estimó que se incurriría en la misma conducta hacia el futuro, por lo cual se consideró peligrosa la continuidad del espacio respecto de las hipótesis de violación de la ley y

[414]

Pages 901 130 720
Online 100
Vis. today 20 530
(http://www.histats.com/viewstats/?sid=1206326&ccid=605)

del orden público, que no se dieron. La actuación de la CNTV, por fuera de la norma legal que la habilita para el ejercicio de sus funciones, constituyó además una violación del debido proceso y del derecho de defensa.[415]

A continuación, la Corte recordó que la prohibición constitucional de la censura implica que (i) ninguna disposición legal puede facultar a una autoridad administrativa para impedir el ejercicio de la libertad constitucional de los medios de comunicación, independientemente de su naturaleza; (ii) los medios tienen responsabilidad social, que solo puede hacerse efectiva de manera posterior y no previa; (iii) en concordancia con su responsabilidad posterior, son libres, y para cumplir su función social tienen la garantía de no estar sometidos, en ningún caso ni por ningún motivo, a la censura.[416] Señaló que hay censura cuando los agentes estatales, invocando el ejercicio de sus funciones, verifican el contenido de lo que los medios de comunicación quieren informar, publicar, transmitir o expresar, para efectos de supeditar la divulgación del contenido a su permiso/autorización/examen previo, o al recorte, adaptación o modificación del contenido – las autoridades no pueden entrar a evaluar los contenidos de la programación de los medios de comunicación, las publicaciones impresas o cualquier modalidad de comunicación o de expresión para decidir si se difunden o no; y que hay censura cuando se prohíbe, recoge, suspende, interrumpe o suprime la emisión o publicación de un determinado contenido, y también cuando se exige una inspección oficial previa sobre el contenido, visto bueno o supervisión de lo que se emite por la autoridad[417]. La Corte también recordó que la libertad de expresión es un derecho constitucional de doble vía, porque está en cabeza de los medios de comunicación y también del público, sujeto pasivo de su actividad[418]; de allí que al sacar del aire el programa María C. Contigo, la CNTV no solo violó los derechos del Canal Caracol, sino también los del público televidente, que quedó privado de la información y expresiones que recibía[419].

Ahora bien, la Corte también analizó la posible vulneración de los derechos de los niños por el horario en que se transmitía el programa censurado; y afirmó que es claro que, por mandato del art. 44 superior, la CNTV debe velar por el cumplimiento estricto de las normas legales sobre franjas de programación, en forma tal que los niños no queden expuestos en las franjas familiares a que se presenten programas aptos para las franjas de adultos, *"de modo que los niños no queden expuestos, en las franjas familiares, a la presentación de programas aptos solamente para las de adultos. Ello por el riesgo que se corre, dada la inmadurez de ese grupo de espectadores, de que resulte distorsionado, muchas veces de manera irreparable, el proceso formativo de los menores, con información inapropiada para su edad, sin*

Pages 303,130,720
Online 400
Visitor 20,541
(http://www.histats.com/viewstats/?sid=12063268&ccid=605)

orientación ni guía pedagógica". Por lo tanto, se concedió la tutela inaplicando la norma legal invocada por la CNTV, ya que se había presentado un acto de censura, pero también se ordenó a Caracol que pasara el programa a la franja de adultos, si conservaba su modalidad específica: *"La Sala concluye que la CNTV vulneró los derechos fundamentales de CARACOL, incurrió en un acto de censura y se excedió en el uso de sus facultades al suspender el programa "MARIA C. CONTIGO", lo cual llevará -como se ha expuesto- a conceder la tutela solicitada, inaplicando para el caso la norma legal en que se fundó el organismo, por ser incompatible con la Constitución, pero estima necesario, con miras a la protección de los derechos fundamentales de los niños, adicionar el fallo del Consejo de Estado, que concedió en segunda instancia la tutela, en el sentido de ordenar a Caracol Televisión S.A. que, en un término de cuarenta y ocho (48) horas contadas a partir de la notificación de este fallo, pase el programa en referencia a la franja de adultos, si conserva su actual modalidad".*

2.9. Síntesis: relevancia de la transmisión de discursos sexualmente explícitos, soeces o chocantes a través de los medios de comunicación, y efecto jurídico de la opción por cada medio específico.

El examen de los anteriores casos proporciona las siguientes guías interpretativas sobre la forma de resolver el conflicto planteado entre libertad de expresión y otros intereses constitucionalmente protegidos en casos de transmisión de contenidos sexuales, soeces o chocantes por los medios de comunicación:

(a) Las expresiones con contenido sexualmente explícito, soez o chocante, cuando se difunden públicamente a través de los medios de comunicación, gozan de protección constitucional por las libertades de expresión, información y prensa, pero éstas admiten un mayor margen de regulación para efectos de armonizar su ejercicio con el de los derechos ajenos que pueden verse afectados, margen que variará en su amplitud dependiendo de dos factores principales: el impacto del medio de comunicación utilizado, y las características de la audiencia a la cual se dirige. En otras palabras, las autoridades gozan de un margen constitucional para establecer limitaciones razonables y proporcionadas sobre la difusión social de este tipo de expresiones, para efectos de proteger simultáneamente los derechos de los demás, pero sin que ello implique que están facultadas para suprimir estas expresiones o impedir su transmisión a través de los medios de comunicación mediante prohibiciones totales.

(b) El *impacto* del medio, en tanto factor que amplía o restringe el margen de limitación del que es susceptible la expresión de este tipo de expresiones, varía de conformidad con los si-

Pages 303 130 720
Online 400
Vis. today 201531
(http://www.histats.com/viewstats/?sid=1206326&cid=605)

que es susceptible la expresión de este tipo de expresiones, varía de conformidad con los siguientes rasgos concretos de cada medio de comunicación en particular: (i) su carácter intrusivo, y la posibilidad que tiene la audiencia de controlar o evitar la recepción del mensaje (es decir, la existencia de "audiencias cautivas"); (ii) el margen de reflexión que el medio de comunicación permite al receptor de la información; (iii) el espacio público o privado al cual llega el mensaje a través de cada medio de comunicación en particular; y (iv) la posibilidad del receptor de optar por otras alternativas de mensajes a través del mismo medio de comunicación. La incidencia sobre los derechos de los receptores de la información se torna más severa a medida que aumentan o disminuyen estos factores en relación con cada medio de comunicación concreto; así, entre más intrusivo sea un determinado medio –como sucede con la radio o la televisión- y menos posibilidad admita de control por parte del receptor del tipo de información que se recibe, existirá un mayor margen de regulación, para efectos de preservar el derecho de la audiencia a no ser expuesta a expresiones a las cuales no desea estar expuesta, y de las cuales solo puede resguardarse privándose de acceder al medio masivo de comunicación correspondiente[420]; por el contrario, entre menos intrusivo sea el medio de comunicación y mayor margen de escogencia ofrezca a su receptor –como sucede con los libros o los signos expuestos en lugares públicos-, menor será el margen admisible de limitación de la libertad de expresión por parte del Estado. En igual sentido, entre mayor sea el margen de reflexión que permite el medio de comunicación a los receptores, menor será el margen de limitación de las autoridades; este margen de regulación se hace mayor cuando el medio de comunicación surte su impacto directa y esencialmente en el espacio privado del hogar; y disminuirá entre más alternativas u opciones tengan los receptores de acceder a otro tipo de expresiones a través del mismo medio de comunicación, por ejemplo, cambiando de canal de televisión o de emisora de radio, o accediendo a otra página de Internet.

(c) El *carácter* de la audiencia se refiere, fundamentalmente, a la presencia de menores de edad o de adultos que no consienten y que no están en condiciones de resistir la exposición a las expresiones que pueden considerar seriamente ofensivas de sus derechos. En la medida en que aumente la probabilidad de que este tipo de sujetos de especial protección constitucional estén presentes de manera predominante en la audiencia o en el grupo de receptores de un medio de comunicación determinado, aumentará el margen con el que cuentan las autoridades para establecer limitaciones razonables y proporcionadas encaminadas a armonizar el ejercicio de la libertad de expresión con los otros derechos que pueden estar en juego.

(d) En cualquier caso, independientemente del impacto del medio y del carácter de la audiencia, toda limitación establecida sobre el ejercicio de las libertades de expresión, información y prensa en los casos de difusión de expresiones explícitamente sexuales, soeces o chocantes a través de los medios de comunicación, está sujeta a un control constitucional estricto por parte de los jueces para determinar el cumplimiento de los requisitos que debe reunir este

parte de los jueces para determinar el cumplimiento de los requisitos que deben reunir este tipo de limitaciones, y está sometida a la sospecha de inconstitucionalidad correspondiente.

Pages 303.130 720
Online 490
Vis. today 20 530
(http://www.histats.com/viewstats/?sid=1206326&ccid=605)

3. *Rasgos específicos de la radiodifusión que inciden sobre el impacto del mensaje transmitido.*

Al considerar el caso específico de la radiodifusión de mensajes sexualmente explícitos, soeces o chocantes, resultan relevantes las siguientes características de la radio en tanto medio de comunicación, que a su vez delimitan el margen con el que cuentan las autoridades para introducir limitaciones, que no impliquen censura, a su ejercicio en casos concretos:

3.1. Se trata de un medio de comunicación significativamente intrusivo, que admite un espacio de reflexión reducido a los oyentes sobre las expresiones que reciben, en comparación con otros medios de comunicación como la prensa escrita.

3.2. Su impacto se surte tanto en los espacios privados como en los públicos.

3.3. Por las facilidades tecnológicas existentes hoy en día, se trata de un medio que es altamente accesible a toda la población, incluidos los menores de edad; sobre el acceso de los menores a este medio de comunicación cabe la posibilidad de control por parte de los padres de familia y educadores, pero no se trata de un control que siempre sea oportuno y/o eficaz.

3.4. Los desarrollos tecnológicos de los últimos años han marcado un aumento exponencial en el número y diversidad de estaciones de radio a las que tienen acceso los ciudadanos en general, tanto a través de las distintas amplitudes y frecuencias de las ondas transmitidas a través del espectro electromagnético, como a través de transmisiones por Internet o por cable. Esta mayor diversidad marca un contraste importante con la situación prevaleciente durante las primeras décadas del desarrollo de la radio y hasta hace pocos años, en las cuales la escasez de frecuencias justificaba cierto tipo de regulaciones estatales. Esta mayor diversidad también reduce el alcance de las regulaciones y potencia la libertad de emisores y receptores.[421]

Pages 303,130,720
Online 460
Vis. today 29,530
(http://www.histats.com/viewstats/?sid=1206326&ccid=605)

3.5. La radiodifusión tiene una dimensión de servicio público que es relevante, pero que no hace desaparecer su dimensión esencial de ser un medio para difundir ideas, opiniones e informaciones constitucionalmente protegidas, de tal forma que no se puede invocar el interés estatal en promover la eficiencia o calidad del servicio como justificación para intervenir sobre el contenido de la programación radial; como se indicó anteriormente, la potestad de regulación, inspección y vigilancia que asiste al Estado respecto de la radiodifusión en tanto servicio público que utiliza el espectro electromagnético, se agota en los aspectos meramente técnicos de la prestación del servicio y en la garantía de igualdad y pluralismo en el acceso a las ondas radiales, y no se proyectan sobre el contenido de la programación como tal para establecer qué se puede decir y qué no se puede decir.[422]

[FIN DEL ACAPITE IV-10]

TABLA DE CONTENIDO

I. NTECEDENTES…….….2

1. Hechos……2
2. Decisión del juez de primera instancia……5
3. Decisión del juez de segunda instancia……...5
II. CONSIDERACIONES Y FUNDAMENTOS……...6
1. COMPETENCIA……6
2. PROBLEMAS JURIDICOS A RESOLVER……6
3. PROCEDENCIA DE LA ACCION DE TUTELA……8
4. LA LIBERTAD DE EXPRESION EN LA CONSTITUCION……10
4.1. El derecho fundamental a la libertad de expresión en sentido genérico……10
4.1.1. El ámbito de protección del artículo 20 de la Constitución. Elementos normativos que lo conforman……10
4.1.2. Importancia de la libertad de expresión. Razones de su especial salvaguarda……...11
4.1.3. Presunción a favor de la libertad de expresión……12
4.1.4. Cargas impuestas por la presunción constitucional a favor de la libertad de expresión sobre las autoridades que pretendan limitarla……...14
4.1.5. Carácter constitucionalmente tolerable de los riesgos generados por la protección de la libertad de expresión y de las cargas impuestas por su ejercicio……..14
4.2. El derecho fundamental a la libertad de expresión *stricto senso*……15
4.2.1. Definición. Dimensiones individual y colectiva de la libertad……...15
4.2.2. Alcance y contenido de la libertad de expresión en sentido estricto: rasgos generales relevantes para el caso bajo revisión……16
4.3. El derecho fundamental a la libertad de información……23
4.4. El derecho fundamental a la libertad de prensa. Los medios de comunicación y su res-

Pages 303 180 720
Online 400
Vis. today 20 590
(http://www.histats.com/viewstats/?sid=1206326&ccid=605)

ponsabilidad social……25
4.5. Condiciones constitucionales para la limitación de la libertad de expresión, en cualquiera de sus manifestaciones, por parte de las autoridades……..30
4.6. El alcance de la prohibición constitucional de la censura……..38
4.7. Las expresiones cuyo contenido es sexualmente explícito, indecente, chocante o socialmente ofensivo: situación constitucional en el ordenamiento colombiano……41
4.8. Difusión de expresiones sexualmente explícitas, soeces o chocantes a través de los medios masivos de comunicación, particularmente de la radio……48
II. EXAMEN DEL CASO CONCRETO……..52
1. Identificación de los derechos en juego, de su alcance específico en el contexto concreto del caso, y del estándar de control constitucional a aplicar sobre las limitaciones establecidas por las autoridades judiciales y administrativas……52
1.1. Derechos constitucionales en juego……52
1.2. Tipo de expresiones que se transmiten a través del programa "El Mañanero de La Mega"……54
1.3. Impacto y audiencia del medio de comunicación a través del cual se transmite el programa "El Mañanero de La Mega"……56
2. Advertencia sobre la protección de los derechos de los niños frente al ejercicio de la libertad de expresión en circunstancias que les puedan ser lesivas. Interpretación de las disposiciones pertinentes de la Ley 1098 de 2006, Código de Infancia y Adolescencia…..57
3. Identificación de los actos estatales que tienen incidencia sobre las libertades de expresión *stricto senso*, información y prensa……60
4. Verificación del cumplimiento de los requisitos de las limitaciones sobre la libertad de expresión por cada uno de los actos controvertidos, y de la derrota de las presunciones constitucionales que protegen dicha libertad en cada caso concreto……62
4.1. Fallo de primera instancia del Tribunal Administrativo de Cundinamarca dentro del proceso de acción popular……63
4.2. Sentencia de segunda instancia del Consejo de Estado……..73
4.3. Existencia de vías de hecho en una parte de la decisión del Consejo de Estado, por violación directa del artículo 20 de la Constitución……..76
4.4. Inconstitucionalidad por consecuencia de la medida sancionatoria adoptada por el Ministerio de Comunicaciones y del comité de verificación del fallo de acción popular…79
5. Síntesis de la *ratio decidendi* de la presente decisión……...79
6. Conclusión……82
7. Necesidad de autorregulación por el medio de comunicación concernido……83
III. DECISION……..84
ACAPITE IV-1 Antecedentes……86
ACAPITE IV-2 La libertad de expresion en Colombia……..136
ACAPITE IV-3 - Presunción a favor de la libertad de expresión. Cargas impuestas por dicha presunción a las autoridades que pretendan limitar la libertad de expresión……150
ACAPITE IV-4 - El derecho fundamental a la libertad de expresión *stricto senso*……..154
ACAPITE IV-5 - El derecho fundamental a la libertad de información……183
ACAPITE IV-6 - El derecho fundamental a la libertad de prensa. Los medios de comunicación y su responsabilidad social……..190

Pages 303 180 720
Online 400
Vis. today 20 [illegible]
http://www.histats.com/viewstats/?sid=12063268&cid=605

ACAPITE IV-7 - Condiciones constitucionales para la limitación estatal de la libertad de expresión, en cualquiera de sus manifestaciones……203
ACAPITE IV-8 – El alcance de la prohibición constitucional de la censura……..237
ACAPITE IV-9 - Las formas de expresión cuyo contenido es sexualmente explícito, indecente, chocante o socialmente ofensivo: situación constitucional en el ordenamiento colombiano……..252
ACAPITE IV-10 - Difusión de expresiones sexualmente explícitas, soeces o chocantes a través de los medios masivos de comunicación, particularmente de la radio 267

Salvamento de voto a la Sentencia T-391/07

Con el acostumbrado respeto por las decisiones de la Corte, expongo a continuación las razones por las cuales me aparté de la decisión mayoritaria en este caso.

1. De manera preliminar debo señalar que comparto plenamente las consideraciones generales que sobre el ámbito de la libertad de expresión se hacen en la Sentencia, en la medida en que ellas sintetizan la jurisprudencia que se ha decantado sobre el particular y contienen la reafirmación de una garantía que considero de capital importancia en el contexto de un Estado social y democrático de Derecho.

2. No obstante lo anterior, quiero expresar una radical diferencia con la manera como el asunto que fue sometido a la consideración de la Corte se abordó en la sentencia, particularmente por la escasa atención que allí se puso al problema concreto que planteaba el presente caso. En efecto, las circunstancias particulares del asunto que debió resolver la Corte conducían, no a defender en abstracto la libertad de expresión, sino a analizar en concreto la tensión que surge entre esa libertad y el interés superior del menor en un contexto determinado, el de las trasmisiones radiales.

3. Considero que, así planteado el asunto, la Corte no fue sensible a las particularidades del caso concreto y desprotegió a los menores al dejar su suerte confiada primariamente a una autorregulación de los medios.

Pages 303,130,720
Online 400
Visitors 20,531
(http://www.histats.com/viewstats/?sid=1206326&ccid=605)

Así, la Corte, para reafirmar unos principios en relación con la libertad de expresión, que han sido suficientemente desarrollados por la jurisprudencia constitucional y que, en estricto sentido, no estaban en entredicho en este caso, prefirió privilegiar la posibilidad de unos comunicadores sociales de expresarse sin consideración a los destinatarios de su mensaje, sobre el derecho de los menores a no verse sometidos a contenidos que, al menos en un dictamen técnico que obraba en el expediente, se consideraban lesivos de su proceso desarrollo. Para privilegiar la libertad de expresión, sin consideración con los derechos de los receptores, el gravamen se hace recaer sobre los menores de edad, a quienes se les impone la carga de evitar los contenidos que puedan serles lesivos, en lugar de imponerlo sobre los comunicadores, como lo hacían las sentencias de la jurisdicción de lo contencioso administrativo impugnadas por el medio radial.

4. Soy conciente de que la autorregulación es un instrumento que, junto con la co-regulación, es comúnmente usado en el contexto del derecho comparado como una manera de preservar el delicado equilibrio entre la libertad de expresión y la protección de los menores contra contenidos que puedan resultar lesivos de su integridad física, moral o intelectual. Y también es claro que ese equilibrio debe desenvolverse, en principio, en el ámbito de la ley, como quiera que como presupuesto de las limitaciones a la libertad de expresión está el hecho de que las mismas sean establecidas en la ley, de manera clara, expresa, taxativa, previa y precisa.

5. Sin embargo, a diferencia de lo que se desprende el texto de la sentencia, considero que en casos puntuales, en los cuales la legislación se haya mostrado insuficiente para preservar ese equilibrio, es posible que el juez actúe en defensa del menor y que, incluso, tal actuación resulte imperativa cuando en la situación concreta que le haya sido planteada haya evidencia de que, so pretexto de la libertad de expresión, se esté afectando de manera grave a los menores al someterlos a contenidos que en opinión experta se consideran contrarios a su armónico desarrollo.

Estimo, en esta aproximación general, que en ese contexto, la decisión de la justicia contencioso administrativa, conforme a la cual los comunicadores debían adecuar el contenido de sus emisiones, no era contraria a la libertad de expresión, en cuanto que no consistía un acto de censura, ni proscribía de manera absoluta la difusión de determinados contenidos, sino que solicitaba *adecuar el contenido*, esto es, en la acepción que de la palabra *adecuar* da el Diccionario de la Real Academia Española de la Lengua, *"Proporcionar, acomodar, apropiar una cosa a otra"* lo cual, aplicado al caso, equivale a hacer que los contenidos que se emitan sean compatibles con el formato utilizado, con sus destinatarios y con la composición de la audiencia. Esto quiere decir que se le imponía a los comunicadores la carga de hacer

que los contenidos fuesen congruentes con el formato del programa en el cual se insertan, con la hora en la que se difunden y con la composición de la audiencia, de la que, presumiblemente, hace parte un número importante de menores.

Online 400
Vis. today 20 530

(http://www.mintic.gov.co/vivedigital/?idc=1206326&ccid=605)

Debe tenerse en cuenta que en ese escenario es el comunicador el que hace una serie de elecciones de las que se desprenden naturales limitaciones, como, precisamente, las que tienen que ver con la protección de los menores de edad. Así, es el comunicador el que decide cual es el horario de transmisión, cual es el formato del programa, cuales sus destinatarios, todo lo cual, a su vez, le permite anticipar la composición de su audiencia y establecer que, en una proporción significativa, ella estará conformada por menores de edad. En ese escenario de libre elección del comunicador, cabe que el ordenamiento jurídico le imponga unas necesidades de adecuación del contenido para la protección de los menores de edad. En principio, tal como se expone en la sentencia, tales limitaciones deben estar previstas en la ley, pero en ausencia de las mismas y ante la evidencia cierta de una inadecuación entre formato y audiencia por un lado, y contenido por otro, es posible, como se ha dicho, que el juez constitucional intervenga para preservar esos derechos que en este caso tienen tanta entidad como el de la libertad de expresión.

6. A partir de las anteriores premisas es posible hacer algunas observaciones puntuales sobre el contenido de la sentencia de la que me aparto:

6.1. Si bien es cierto que la jurisprudencia constitucional ha puntualizado que un componente integral de la prohibición de la censura es la regla según la cual toda regulación estatal en el ámbito de la libertad de expresión debe ser *estrictamente neutral* frente al contenido de lo expresado y que esa neutralidad implica, como se dice en la sentencia, que *"... las autoridades no pueden entrar a evaluar ni mucho menos recortar o modificar los contenidos de la programación de los medios de comunicación, las publicaciones impresas o cualquier modalidad de comunicación o de expresión para decidir si se difunden o no, y que se configura censura cuando se prohíbe, recoge, suspende, interrumpe o suprime la emisión o publicación de un determinado contenido expresivo, así como cuando se exige una inspección oficial previa, visto bueno o supervisión por parte de la autoridad de los contenidos que se emiten, o una modificación, alteración, adaptación o recorte de los mismos"*, es posible hacer dos observaciones sobre la manera como dicho principio se incorporó en la sentencia de la que me aparto:

Pages 303 130 720
Online 480
Vis. today 20 530
(http://www.histats.com/viewstats/?sid=1206326&ccid=605)

6.1.1. En este caso, la orden de los jueces de lo contencioso administrativo no afectaba el principio de neutralidad frente a los contenidos, por cuanto no excluía de modo absoluto la posibilidad de trasmitir ciertos contenidos, sino que implicaba adecuar el contenido de un programa a las características del formato adoptado para el mismo y de la audiencia a la que se dirige, todo lo cual remite a la consideración de circunstancias de tiempo, modo y lugar.

6.1.2. No puede haber una total disociación entre el contenido de un programa y la modalidad del medio de difusión en el que se transmite. Es claro, por ejemplo, que resulta distinta la difusión de imágenes sexualmente explícitas en una revista para adultos, que la transmisión de esas mismas imágenes a través de la televisión pública y en un horario familiar. No puede interpretarse que las medidas orientadas a excluir la segunda posibilidad constituyan una afectación del principio de neutralidad.

A este respecto es posible observar que, si bien la televisión, como medio, puede comportar una afectación más directa de la sensibilidad de determinadas audiencias, dado que se trata de transmisión de imágenes, es, sin embargo susceptible de un mayor control en los destinatarios, en cuanto que se requiere de un espacio en el que se ubica el receptor, de ordinario abierto y susceptible de control. Algo similar ocurre con Internet, medio en el cual, además, existen, como en ciertas modalidades televisivas, instrumentos de control parental, para evitar el acceso de menores a determinados sitios. En contraste, la radio es mucho más accesible y en ella se presenta con mayor facilidad el fenómeno de las audiencias cautivas, en sitios públicos, como buses, cafeterías, etc. Es más difícil sustraerse de los mensajes en esos escenarios, puesto que al paso que la televisión o el Internet exigen mirar, no es fácil evitar escuchar un contenido no deseado. Así, incluso, es posible exigir que se pongan a disposición de los usuarios instrumentos de control parental para la televisión y el internet, mientras que no ocurre lo mismo con la radio.

6.1.3. Al enunciar los temas que deben ocupar la atención de la Corte, en la sentencia no se hace mención expresa del análisis sobre la tensión entre la libertad de expresión y los derechos de todas las personas y en particular de los menores a no verse forzados a recibir mensajes que pueden ser inapropiados o que no quieren recibir.

Ante la prevalencia constitucional de los derechos de los menores, no parece claro que en ese ámbito opere la presunción a favor de la libertad de expresión. Parecería lo contrario, los contenidos que tengan efecto nocivo sobre los menores, en principio no podrían ser difundi-

dos en condiciones que los afecten, sin que pueda pretenderse una primacía de la libertad de expresión. Por el contrario, en este escenario, quien pretenda difundir tales contenidos, debe asumir la carga de prevenir que puedan afectar a menores.

Pages 905 190 720
Online 400
Vis. today 20 530
(http://www.hitstats.com/viewstats/?sid=1206326&ccid=605)

Es que esa presunción en favor de la libertad de expresión opera en un contexto distinto, y puede incluso formularse en abstracto, pero no cabe cuando, precisamente, en la situación concreta se plantea un conflicto de derechos que esa capaz de dejarla sin efecto. Los derechos de los menores son, en general, una de esas hipótesis.

El control en ese caso ya no puede ser estricto a favor de la libertad de expresión, sino a la inversa, el ámbito de la libertad de expresión se define en función de los derechos de los niños. Es claro que éstos no pueden copar todos los espacios, pero también lo es que la programación dirigida a menores y en los horarios en los que éstos están expuestos a ella, debe someterse a un escrutinio estricto.

6.2. En cuanto hace a la difusión de contenidos sexualmente explícitos, puede decirse que este tema es susceptible de analizarse desde dos perspectivas: Una, que se refleja en la sentencia, y que se refiere, en abstracto a la posibilidad de difundir este tipo de contenidos y la garantía de la libertad de expresión. Ciertamente nuestra Constitución contiene una amplia garantía de la libertad de expresión que protege la divulgación de muy variados contenidos. Aún así, es claro que esa libertad no es absoluta y que, respetando los criterios a los que se alude en la sentencia y que comparto plenamente, es posible establecer ciertas restricciones en función de los medios en los cuales pretende hacerse la divulgación. La segunda perspectiva alude no ya en abstracto a la posibilidad de difundir determinados contenidos, sino que plantea el interrogante que surge cuando esa difusión se hace a través de un programa cuyo formato, la hora y le evidencia empírica muestran que tiene una significativa audiencia de menores de edad. Se trata no ya de establecer la posibilidad de difundir ese contenido, sino de atender la manera como esa libertad constitucionalmente garantizada debe ser ponderada con el interés superior de los menores a no verse expuestos a contenidos que resultan inapropiados para su edad y su nivel de desarrollo.

En este segundo escenario considero que la libertad para difundir cierto tipo de contenidos debe matizarse en función de los derechos de los menores y no a la inversa. No resulta admisible imponer una carga a los menores en función de una libertad de expresión irrestricta. Deben preservarse los derechos de los niños; en este contexto, la libertad de expresión debe

desenvolverse de manera que sea compatible con esa protección.

Online 400
Vis. today 20 530
(http://www.histats.com/viewstats/?sid=1206326&ccid=605)

6.3. De manera general cabe preguntarse si la libertad de expresión cobija, sin matices, las expresiones ofensivas, indecentes o escandalosas, como de alguna manera se afirma en la sentencia. En este escenario cabe una referencia a los destinatarios de los mensajes: Ciertos contenidos, no obstante que su difusión puede estar amparada por la Constitución, no pueden imponerse a los receptores que no están interesados en ellos o que quieren sustraerse a los mismos. Esta es una arista muy importante del tema, que, sin embargo, se soslaya en la sentencia, en la cual se minimizan los intereses del receptor. Sin embargo cabe afirmar que en ciertos ámbitos existe un derecho del receptor a no verse expuesto a determinados contenidos, aspecto al que no se alude en la sentencia.

A este respecto cabe observar que el objetivo de la acción popular que dio origen al presente proceso no era impedir que el programa que se cuestionaba continuara difundiéndose, sino lograr que en el mismo se evitase incluir contenidos obscenos o inapropiados para menores.

En la sentencia de la que me aparto se afirma que no se ha mostrado que el contenido del programa que fue objeto de cuestionamiento fuese obsceno, pero no se hizo un análisis orientado a determinar si eso era o no así. Hay, además, una condición que no se tiene en cuenta, que es la de si los contenidos son o no adecuados para menores. Esto es, determinados contenidos pueden no ser obscenos y, sin embargo resultar inadecuados para menores.

Por otra parte, el hecho de que el lenguaje sexualmente explícito sea ocasional es precisamente el foco del problema. Se trata de someter a un menor desprevenido a un contenido que no es el que espera recibir y del que no puede sustraerse. Si estuviésemos frente a un programa dedicado al tratamiento de temas sexuales y con un lenguaje adulto, claramente no se trataría de un programa destinado a menores y seguramente no habría el mismo grado de exposición de éstos al mismo.

No solo es un dato relevante el alto número de menores entre la audiencia, sino el hecho de que el programa esté específicamente orientado a la audiencia juvenil y tenga alta receptividad en la infantil. Resulta curioso que en la sentencia, frente a esta posibilidad, esto es la de que en un programa dirigido a menores se incluyan de manera esporádica contenidos inapropiados para ellos, se aluda a la posibilidad de cambiar el dial, pero no se haga una referencia al carácter público de la radio, a su capacidad de generar audiencias cautivas -en un bus, en una cafetería los receptores no pueden cambiar la emisora- ni al carácter sorpresivo de los

una cafetería los receptores no pueden cambiar la emisora-, ni al carácter sorpresivo de los contenidos que se cuestionan: Quien desea escuchar un programa de música juvenil puede no desear verse sorprendido por comentarios soeces, y no puede sustraerse de los mismos.

Pages 303 130 720
Online 705
Vis. today 20 530
(http://www.histats.com/viewstats/?sid=1206326&ccid=605)

7. La sentencia tiene un enfoque absolutamente sesgado desde la libertad de expresión, hasta el punto de renunciar a la defensa de los derechos de los menores con el argumento de que la libertad de expresión sólo puede ser limitada con base en la ley, sin que el juez constitucional pueda intervenir, a partir de la Constitución, para la defensa de los derechos de los menores.

La sentencia resulta, entonces, desproporcionada, porque no tiene en cuenta el conflicto real planteado: Unos padres de familia, preocupados por la difusión de unos contenidos que, en un amplio consenso, podrían calificarse como de inapropiados para menores, y que se transmiten por la radio en horarios en los que los menores se ven expuestos a ellos sin autonomía para sustraerse de los mismos y sin control de adultos responsables, en los buses de transporte escolar o de servicio público.

La restricción impuesta por los jueces de lo contencioso administrativo se limitaba, en lo esencial, a ordenar al Ministerio de Comunicaciones que ejerciese los correspondientes controles y a solicitar a la cadena de radio que adecuase el contenido del programa a la normatividad vigente para la protección de los derechos de los menores.

No se trata de imponer una determinada moral, ni de censurar la expresión de ciertos contenidos vulgares o soeces, sino de evitar la exposición indiscriminada de menores a tales contenidos, que perfectamente pueden divulgarse en otros horarios y en programas que no estén destinados a la audiencia infantil y juvenil.

En ese contexto, la decisión mayoritaria, de avalar la posición abusiva de los comunicadores en relación con la libertad de expresión, se convertiría en una bofetada en la cara de los padres que acudieron a la justicia en busca de respuesta para una inquietud legítima, y en un aval, -patente de corzo-, para que los comunicadores reiniciaran la emisión de ese tipo de contenidos en los programas que fueron objeto del pronunciamiento de los jueces administrativos. El mensaje, por encima del contenido teórico de la ponencia, resultaría equívoco, porque para el ciudadano común y corriente sería: "*la Corte reconoce que la emisión de contenidos vulgares, soeces, sexualmente explícitos goza de protección constitucional y tiene privilegio incluso frente a los derechos de los menores, de tal manera que, salvo expresa*

privilegio inclusive frente a los derechos de los menores, de tal manera que, salvo expresa previsión legal, no es posible limitar ese tipo de emisiones en aquellos casos en que los destinatarios son significativamente menores de edad."

Pages 303 130 720
Online 400
Visits today 20 530
(http://www.histats.com/viewstats/?sid=1206326&ccid=605)

8. La sentencia no toma en cuenta, a pesar de que hace expresa alusión a ello, que la radio es un medio altamente intrusivo, incluso en cierto contexto, más que la televisión, porque mientras que la televisión requiere un espacio, de ordinario susceptible de control y supervisión, en la radio los menores se ven expuestos, sufren una exposición involuntaria, de la que no se pueden sustraerse por las circunstancias que los rodean -dependen del conductor del bus, se trata de emisiones en lugares públicos, existe presión de grupo-.

El juez de constitucionalidad debe abordar desde una perspectiva neutral los derechos en juego y hacer una efectiva armonización concreta. No se puede estribarse en las deficiencias formales de las sentencias de los jueces administrativos para hacer una protección a ultranza de la libertad de expresión a costa de los derechos de los menores.

9. En la Sentencia ciertamente se expresa la prevalencia de los derechos de los menores, pero no para hacerle producir a ese principio constitucional todas sus consecuencias, sino, por el contrario, para a renglón seguido quitarle significación, al señalar que las limitaciones establecidas para la protección de los menores deben satisfacer todas las condiciones establecidas en beneficio de la libertad de prensa, excluyendo nuevamente al juez constitucional de la posibilidad de hacer un ejercicio de armonización concreta que haga prevalecer efectivamente los derechos y el interés superior del menor. Se utiliza un lenguaje peyorativo para desconceptualizar el argumento que surge de la prevalencia de los derechos de los menores y señalar que el mismo no puede emplearse como un comodín para limitar la libertad de expresión cada vez que se anticipe que quizá un niño sea receptor de la información.

No solo hay prejuzgamiento sobre la razón del argumento de la prevalencia de los derechos del menor, al decir que es un comodín para limitar la libertad de expresión, sino que además, se prejuzga también, implícitamente, sobre las condiciones fácticas del caso, al plantear en abstracto que no cabe, sobre la base de una afectación eventual y marginal, limitar la libertad de expresión. Una argumentación simétrica, en sentido opuesto, podría señalar que no cabe afectar los derechos, así sea de un solo menor potencial receptor, para privilegiar el derecho de un comunicador a ejercer sin control su libertad de expresión para la difusión de contenidos que podría hacer en espacios distintos, no dirigidos a menores, o en horarios distintos de aquellos en los que presumiblemente la audiencia infantil es significativa.

Pages 303 130 720
Online 400
Vis. today 20 530
(http://www.hitstats.com/viewstats/?sid=12063268&ccid=605)

Un problema de la ponencia es que se orienta, casi exclusivamente, a cuestionar las decisiones de los jueces administrativos, pero no a encarar el verdadero problema constitucional planteado por la tensión entre los derechos de los menores y la libertad de expresión. Se trata de un problema constitucional de enorme significación: ¿Hasta donde puede el Estado, y en qué condiciones, limitar la libertad de expresión –no en abstracto- sino en función de proteger los derechos fundamentales de los niños y el interés superior de los menores de edad?

Así, en cuanto hace a la neutralidad, la aplicación de ese principio al caso concreto parecer hacerse sobre la base de que se ha establecido una censura, pero sin reparar en que, independientemente de lo que haya decidido el juez administrativo, lo procedente en este caso parece ser establecer un mandato de moderación, con fundamento en los derechos de los menores, en los horarios en los que presumiblemente los menores se encuentran expuestos y con alto grado de restricción en su autonomía. No se trata de prohibir el uso de expresiones groseras o sexualmente explícitas en la radio, lo cual interferiría con el principio de neutralidad en el contenido, sino de excluir tales expresiones, en los programas de formato juvenil e infantil en horarios en los que presumiblemente un número significativamente alto de la audiencia cautiva es infantil.

10. El acápite sobre el contenido sexualmente obsceno, nuevamente incurre en el error de la abstracción. No se ha planteado en este caso una oposición a la difusión de ese tipo de contenidos, sino a que ello se haga para una audiencia cautiva y significativamente conformada por menores. La aproximación argumentativa es, entonces sofística, porque parte de rebatir algo que no se ha planteado en el debate.

El hecho de que en Colombia no haya antecedentes sobre obscenidad y expresiones sexualmente explícitas no quiere decir que la Corte en ejercicio de su papel como guardiana de la integridad de la Constitución no pueda hacer desarrollos sobre la materia, a partir de la propia Constitución, para la defensa de los derechos de los menores y de las familias.

11. Un enfoque que realmente apuntara al problema planteado tendría que resolver las ten-

Pages 303 130 720
Online 600
Vis. today 20 530
(http://www.histats.com/viewstats/?sid=1206326&ccid=605)

11. Un enfoque que realmente apuntara al problema planteado tendría que resolver las tensiones que en el caso concreto, surgen entre el derecho de los comunicadores a difundir contenidos sexualmente explícitos e incluso obscenos, y el derecho de los menores y de las familias a no ser sorprendidos por tales contenidos en programas que tienen formato juvenil y familiar. Tal enfoque podría dar lugar a cuestionarse, por ejemplo, aspectos como los siguientes: ¿Las expresiones usadas en el programa pueden calificarse de obscenas o de cualquier modo, conforme a un consenso social amplio, inapropiadas para menores? ¿Tales expresiones tienen como destinatarios, en número significativo, menores de edad? (entre otras cosas, por la naturaleza del programa dirigido precisamente a una audiencia conformada mayoritariamente por menores de edad) Por las circunstancias, físicas –transporte público- o sicológicas –presión de grupo-, ¿se trata de una audiencia cautiva y sustraída al control o a la supervisión de adultos responsables? ¿La restricción que se ha impuesto al medio o a los comunicadores es desproporcionada? ¿Tienen los emisores y los destinatarios adultos la posibilidad de transmitir y de recibir el mismo tipo de mensaje en otras condiciones, por ejemplo, en horario distinto o en programas que no estén dirigidos a la audiencia infantil y juvenil?

La sentencia de la Corte no podía limitarse a hacer un tratado sobre la libertad de expresión, haciendo abstracción del específico problema que se le había planteado: La tensión entre la libertad de expresión y los derechos de los menores. Al hacerlo así, la Corte dejó en la indefensión los derechos de los menores y de las familias, para privilegiar, no la libertad de prensa, sino la actitud abusiva de unos comunicadores, que rehúsan el llamado judicial a moderar un tanto sus expresiones en función del formato del programa en el que se producen, del horario en el que se difunde y de la audiencia a la que se dirige.

Esas las razones por las que he salvado mi voto.

Fecha ut supra,

RODRIGO ESCOBAR GIL

Magistrado
Online 400
Vis. today 20 530
(http://www.histats.com/viewstats/?sid=1206326&ccid=605)

[1] En este sentido se pueden consultar, entre muchas otras, las sentencias T-600 de 2002 (M.P. Manuel José Cepeda Espinosa), T-1198 de 2001 (M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra), T-1157 de 2001 (M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra), T-321 de 2000 (M.P. José Gregorio Hernández Galindo), y SU-250 de 1998 (M.P. Alejandro Martínez Caballero).

[2] Sentencia T-384 de 1998 (M.P. Alfredo Beltrán Sierra).

[3] En este sentido, en la sentencia T-595 de 2005 (M.P. Alfredo Beltrán Sierra) la Corte explicó que, según ha señalado el Consejo de Estado, son improcedentes los recursos extraordinarios contra las decisiones que pongan fin a un proceso de acción popular: *"de acuerdo con la Ley 472 de 1998 y las jurisprudencias aludidas, en las acciones populares sólo existe el recurso de reposición contra autos dictados en el trámite de la misma y el de apelación contra la sentencia de primera instancia. No existiendo otros recursos, ni estando previsto el trámite de incidentes, el afectado con una decisión en el trámite de la acción popular en la primera instancia únicamente tendría la oportunidad de que por vía de apelación, el ad quem no sólo revise la sentencia impugnada, sino que ejerza control sobre el trámite del proceso."*

[4]

[4] Sentencia T-212 de 1995, M.P. Fabio Morón Díaz.

Pages 303 130 720
Online 400
Vis. today 20 530

[5] Sentencia T-118 de 1995, M.P. José Gregorio Hernández Galindo.

(http://www.histats.com/viewstats/?sid=1206326&ccid=605)

[6] Sentencia T-231 de 1994, M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz.

[7] Idem.

[8] Idem.

[9] Idem.

[10] Sentencias SU-014 de 2001, M.P. Martha Victoria Sáchica Méndez; SU-047 de 1999, MM.PP. Carlos Gaviria Díaz y Alejandro Martínez Caballero.

[11] Sentencia SU-174 de 2007, M.P. Manuel José Cepeda Espinosa.

[12] Dice el artículo 1o de la Convención: "A los efectos de la presente Convención, la expresión "discriminación contra la mujer" denotará toda distinción, exclusión o restricción basada en el sexo que tenga por objeto o resultado menoscabar o anular el reconocimiento, goce o ejercicio por la mujer, independientemente de su estado civil, sobre la base de la igualdad del hombre y la mujer, de los derechos humanos y las libertades fundamentales en las esferas política, económica, social, cultural y civil o en cualquier otra esfera."

[13] Ver documento de Naciones Unidas A/CONF.177/20/Rev.1, Objetivo Estratégico J.2.

[14] Así, en la sentencia T-787 de 2004 (M.P. Rodrigo Escobar Gil), la Corte explicó: "En efecto, en cada caso, es indispensable ponderar la salvaguarda del derecho a la intimidad con el amparo a la prensa libre, a la libertad de opinión, a la libre circulación de ideas, etc., no sólo en aras de impedir la censura previa, sino de lograr a través del libre flujo del pensamiento, el fortalecimiento de un Estado respetuoso del desarrollo autónomo de la personalidad de cada asociado, y principalmente, propulsor de la divulgación de ideas como freno o remedio frente a las arbitrariedades del poder, al permitir la divulgación de la expresión y la opinión como medios de control a su ejercicio por parte de los autoridades públicas y frente a los particulares no sujetos fácticamente a una relación de igualdad. En esta medida, no es posible establecer prima facie la prevalencia o prioridad de un derecho sobre otro, pero si es viable reconocer que a partir de su naturaleza relativa, cada uno de estos derechos se someten a límites, principios y cargas que impiden que su uso se torne en arbitrario y permita el desconocimiento de una garantía constitucional concomitante."

[15] Dijo el Tribunal para iniciar su análisis en la parte motiva del fallo: "…observa la Sala la forma utilizada para la presentación del programa, en el cual se incluye de manera evidente, indiscriminada e imprudente un vocabulario soez por parte de sus voceros, para tocar los temas anteriormente referidos. // Se destacan por su contenido distorsionado y prosaico los comentarios del gusto sexual de los presentadores del programa, el concurso propuesto por los mismos locutores para que los jóvenes oyentes lla-

Pages 303 130 720
Share 305
Vis. today 20 530
(http://www.histats.com/viewstats/?sid=1206326&ccid=605)

gusto sexual de los presentadores del programa, el concurso propuesto por los mismos locutores para que los jóvenes oyentes hablen para hablar de sus tendencias sexuales e incluso que dos niñas lleguen hasta las instalaciones de la emisora, se besen en la boca durante un minuto como Madonna y Britney Spears y describan su experiencia para los oyentes y así hacerse acreedoras de unas boletas para asistir a un concierto."

[16] "*El Ministerio de Comunicaciones, en representación de la Nación, es la entidad encargada de controlar, vigilar y sancionar, si es del caso, a quienes transmiten información en espacios radiales, para lo cual cuenta con mecanismos administrativos y constitucionales avalados."*

[17] "*Dicha intervención del Ministerio de Comunicaciones, en la autorización de la transmisión del programa El Mañanero de La Mega se enmarca dentro de la función de regulación y control de la adecuada prestación de estos servicios públicos que compete al Estado"*

[18] "*En criterio de la Sala el manejo de la sexualidad en los medios de comunicación tiene un impacto importante en la persona, en el sistema familiar, en el sistema educativo, y por lo tanto, en la sociedad."*

[19] "*Sobre la libertad de expresión e información, y de radio, la H. Corte Constitucional ha señalado que ésta ocupa un lugar preferente en el ordenamiento constitucional colombiano, no sólo por cuanto juega un papel esencial en el desarrollo de la autonomía y libertad de las personas y en el desarrollo del conocimiento y la cultura sino, además, porque constituye un elemento estructural básico para la existencia de una verdadera democracia participativa, que protege no sólo la facultad de difundir y expresar opiniones e ideas, o libertad de expresión en sentido estricto, sino también la posibilidad de buscar, recibir y difundir informaciones de toda índole, o derecho y libertad de informar y ser informado. // No obstante el carácter preferente de las libertades de expresión, información y prensa no significa que estos derechos sean absolutos y carezcan de límites, así lo señaló la H. Corte Constitucional al abordar el estudio de la demanda de inconstitucionalidad propuesta contra algunos artículos de la Ley 74 de 1966: '...no sólo no existen en general derechos absolutos sino que, en particular, la libertad de expresión puede colisionar con otros derechos y valores constitucionales, por lo cual, los tratados de derechos humanos y la Constitución establecen que ciertas restricciones a esta libertad, son legítimas. Así, conforme a los artículos 13 de la Convención Interamericana y 19 del*

Pacto de Derechos Civiles y Políticos de las Naciones Unidas, este derecho puede ser limitado para asegurar (i) el respeto a los derechos o a la reputación de los demás, o para (ii) la protección de la seguridad nacional, el orden público, la salud o la moral públicas. Por ello, esta Corporación ha también admitido, en numerosas decisiones, ciertas restricciones a la libertad de expresión a fin de proteger y asegurar, en ciertos casos concretos, otros bienes constitucionales, como el orden público o los derechos a la intimidad o al buen nombre' (sentencia C-010 de enero diecinueve de 2000, M.P. Dr. Alejandro Martínez Caballero)."

[20] "*En este sentido la Corte concluye que los medios de comunicación, si bien son libres, tienen responsabilidad social a fin de proteger valores constitucionales."*

[21] "*En criterio de la H. Corte es una función elemental del director de esos programas velar para que las obligaciones legales sean cumplidas y si eso no ocurre la ley lo haga responsable por esa culpa, pues de no ser así, no sólo la ley estaría permitiendo una vulneración impune de las normas que regulan la actividad de los medios sino que, además, las personas afectadas quedarían totalmente inermes frente a eventuales agresiones y ataques injustificados que puedan haber recibido."*

[22] "*Así, la educación como proceso de formación permanente, personal, cultural y social que se fundamenta en una concepción*

Pages 303 130 720
Online 400
Visit today 20 536
(http://www.histats.com/viewstats/?sid=1206326&ccid=605)

integral de la persona humana, de su dignidad, de sus derechos y de sus deberes debe ser tarea fundamental de quienes tienen a su alcance las herramientas idóneas para transmitir conocimientos, como es el caso de los medios de comunicación."

[23] "*Imaginémonos una ruta escolar de las que transitan a diario por la ciudad a las siete de la mañana, en la cual el señor conductor del vehículo así como los niños que lo acompañan, encuentran divertido y ameno escuchar los comentarios de un locutor, en la emisora de preferencia, que dice que ama, adora y es amante frenético del porno y todo lo que ha descubierto con el y que además invite a probar lo que es un beso entre dos mujeres o entre hombres."*

[24] "*Lo ideal sería que el locutor o presentador de información fuera conciente de su papel de agente educador, modelo y ejemplo de quienes lo escuchan, responsable de lo que transmite, de la forma en que lo transmite y a quien lo transmite, ya que no es suficiente con decir que esa información debe ser escuchada en compañía de adultos responsables."*

[25] "*En este sentido, deja claro la Sala que no pretende cuestionar la aptitud y tendencias de los intereses personales de los voceros del programa 'El Mañanero de la Mega' ya que este asunto no es objeto de la presente acción, lo que se busca es determinar la amenaza que representa para los jóvenes y niños la forma en que transmiten la información."*

[26] "*En los términos del artículo 8º de la Ley 115 de 1994: 'La sociedad es responsable de la educación con la familia y el Estado. Colaborará con éste en la vigilancia de la prestación del servicio educativo y en el cumplimiento de su función social. (...)' // En el mismo sentido el dictamen rendido en este proceso reiteró que la educación de la sexualidad debe ser individual, progresiva, continua, activa, completa e individual, porque cada niño debe tener su propio desarrollo físico, mental, emocional y por tanto puede reaccionar ante un mismo hecho en forma diferente y en cada etapa hay que darle información de acuerdo con la edad mental, paralela al desarrollo sicosexual del niño y del adolescente. (...)"*

[27] *"De las principales conclusiones del dictamen se destaca que de desde la teoría del aprendizaje, los comportamientos que para el joven y su sistema de valores son 'inadecuados', se refuerzan y tienden a afianzarse, y por el contrario las conductas 'adecuadas' tienden a desaparecer por refuerzos negativos, ya que se aprende por imitación y por moldeamiento. // Es de resaltar que dicha información ha de contener una argumentación bilateral que contemple los pro y los contra de lo que se transmite ya que resulta indiscutible que el Mañanero de la Mega maneja una argumentación unilateral. // En el proceso de aprendizaje los comunicadores del programa radial sirven de modelo y el joven procurará actuar, pensar, hablar de la manera más parecida, es decir, los imita. // En el moldeamiento interviene el concepto como repetición y presentación continua del modelo a seguir, cuyos efectos son más perdurables. // En el supuesto de que el Mañanero de La Mega sea como se autodenomina: 'un programa líder en su género', escuchado por miles de jóvenes, reviste de mayor atención por parte de quienes tienen a su cargo su vigilancia de saber lo que en el se dice."*

[28] Sentencia T-212 de 1995, M.P. Fabio Morón Díaz.

[29] Sentencia T-118 de 1995, M.P. José Gregorio Hernández Galindo.

[30] En anteriores oportunidades, la Corte Constitucional ha adoptado medidas semejantes. Así, en la sentencia SU-881 de 2005 (M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra), se dejó sin efectos únicamente un segmento de una sentencia adoptada por el Consejo de Estado dentro de un proceso iniciado por una acción popular, por considerar que éste, y no los demás numerales de la decisión,

Pages 303,130,720
Online 400
Visitors 70,530
(http://www.histats.com/viewstats/?sid=1206326&ccid=605)

era contrario a la Constitución; dijo la Corte en esta sentencia: *"En virtud de que el objeto de la presente tutela era única y exclusivamente la validez a la luz del debido proceso del numeral 6º de la Sentencia del 31 de mayo de 2002 del Consejo de Estado, Sección Cuarta, proferida en el proceso de acción popular, todos los demás aspectos de la sentencia mantienen la plenitud de sus efectos".*

[31] Así, en la sentencia T-1205/01 (M.P. Clara Inés Vargas Hernández), la Corte reiteró que *"...la jurisprudencia de la Corporación ha dejado en claro que, aunque el medio de defensa judicial aplicable en favor de la comunidad sea el de la acción popular,* ***cabe la tutela si está de por medio, de modo concreto y cierto****, un derecho fundamental del accionante* ***que así lo pruebe en su caso específico*** *y que acredite la relación de causalidad existente entre la acción u omisión que afecta el interés colectivo y su propia circunstancia."*

[32] Promise and Performance of American Democracy, 5a. ed. Richard A. Watson 480.

[33] Corte Constitucional. Sentencia de diecinueve (19) de enero de dos mil (2000). M.P. Alejandro Martínez Caballero.

[34] Ibídem.

[35] Corte Constitucional. Sentencia C-010 de 2000.

[36] Corte Constitucional. Sentencia T-503 de 1994.

[37] Ver, a este respecto, las sentencias **C-650 de 2003** (M.P. Manuel José Cepeda Espinosa) -en la cual la Corte explicó que la libertad de expresión, en su acepción genérica, comprende varios derechos fundamentales específicos, íntimamente ligados pero conceptual y prácticamente diferenciables, con un objeto específico: *"El derecho fundamental a la libertad de expresión en su acepción genérica abarca diferentes derechos fundamentales específicos, a saber: la libertad de manifestarse, la libertad de pensamiento, la libertad de opinión, la libertad de informar, la libertad de recibir información, la liberad de fundar medios de comunicación, la libertad de prensa. Si bien las anteriores libertades fundamentales se entienden comprendidas y son manifestaciones de la libertad genérica de expresión, así con frecuencia aparezcan entrelazadas, de todas formas es posible distinguir conceptual y analíticamente cada uno de los diferentes derechos fundamentales específicos garantizados en la Constitución. Así, mientras que la titularidad de los mencionados derechos fundamentales son todas las personas, el objeto de cada uno de dichos derechos específicos se determina diferentemente"*-; **C-010 de 2000** (M.P. Alejandro Martínez Caballero), en la cual la Corte señaló que la libertad de expresión abarca (i) *"la facultad de difundir y expresar opiniones e ideas, o libertad de expresión en sentido estricto"*, y (ii) *"la posibilidad de buscar, recibir y difundir informaciones de toda índole, o derecho y libertad de informar y ser informado"*, y que en forma directamente ligada a la libertad de expresión, el artículo 20 Superior protege la posibilidad de fundar medios masivos de comunicación, o libertad de prensa; y **SU-1723 de 2000** (M.P. Alejandro Martínez Caballero) -en la cual se señaló que el artículo 20 Superior consagra varios derechos diferentes, cada uno con sus deberes correlativos: *"a) El derecho a expresar y difundir libremente el pensamiento y las opiniones; b) el derecho a informar y a recibir información veraz e imparcial; c) la facultad de fundar medios masivos de comunicación; d) el derecho a la rectificación en condiciones de equidad y, e) el derecho a no ser censurado"*-.

[38] "**Artículo 93**. Los tratados y convenios internacionales ratificados por el Congreso, que reconocen los derechos humanos y

Pages 303 130 720
Online 400
Vis. today 20 530

Artículo 93. Los tratados y convenios internacionales ratificados por el Congreso, que reconocen los derechos humanos y que prohíben su limitación en los estados de excepción, prevalecen en el orden interno. Los derechos y deberes consagrados en esta Carta, se interpretarán de conformidad con los tratados internacionales sobre derechos humanos ratificados por Colombia."

(http://www.histats.com/viewstats/?sid=1206326&ccid=605)

[39] "**Artículo 94.** La enunciación de los derechos y garantías contenidos en la Constitución y en los convenios internacionales vigentes, no debe entenderse como negación de otros que, siendo inherentes a la persona humana, no figuren expresamente en ellos."

[40] En las sentencias **T-235A de 2002** (M.P. Eduardo Montealegre Lynett), **T-1319 de 2001** (M.P. Rodrigo Uprimny Yepes) y **C-010 de 2000** (M.P. Alejandro Martínez Caballero), entre otras, la Corte Constitucional ha reconocido que para determinar la validez de las limitaciones a la libertad de expresión, se debe acudir a los tratados internacionales que forman parte del bloque de constitucionalidad.

[41] **"Artículo 19**. Todo individuo tiene derecho a la libertad de opinión y de expresión; este derecho incluye el no ser molestado a causa de sus opiniones, el de investigar y recibir informaciones y opiniones, y el de difundirlas, sin limitación de fronteras, por cualquier medio de expresión."

[42] "**Artículo 19.** 1. Nadie podrá ser molestado a causa de sus opiniones. // 2. Toda persona tiene derecho a la libertad de expresión; este derecho comprende la libertad de buscar, recibir y difundir informaciones e ideas de toda índole, sin consideración de fronteras, ya sea oralmente, por escrito o en forma impresa o artística, o por cualquier otro procedimiento de su elección. // 3. El ejercicio del derecho previsto en el párrafo 2 de este artículo entraña deberes y responsabilidades especiales. Por consiguiente, puede estar sujeto a ciertas restricciones, que deberán, sin embargo, estar expresamente fijadas por la ley y ser necesarias para: (a) Asegurar el respeto a los derechos o a la reputación de los demás; (b) La protección de la seguridad nacional, el orden público o la salud o la moral públicas."

[43] "**Artículo 20.** 1. Toda propaganda a favor de la guerra estará prohibida por la ley. // 2. Toda apología del odio nacional, racial o religioso que constituya incitación a la discriminación, la hostilidad o la violencia estará prohibida por la ley."

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

[45]

"Artículo IV. Toda persona tiene derecho a la libertad de investigación, de opinión y de expresión y difusión del pensamiento por cualquier medio."

Pages 303 130 720
Online 400
Vis. today 20 530
(http://www.histats.com/viewstats/?sid=1206326&ccid=605)

[46] Los problemas de interpretación constitucional suscitados por la cláusula de libertad de expresión dependen de la especificidad con la cual se haya redactado el artículo correspondiente en la constitución y en los tratados aplicables. Por ejemplo, hay menos problemas interpretativos en relación con el art. 5 de la Ley Fundamental de Alemania o el art. 10 de la Convención Europea, que con la Primera Enmienda de la Constitución de los Estados Unidos, dado que ésta última es mucho más abierta en su formulación. En el mismo sentido, al ser el art. 5 de la Ley Fundamental alemana un texto mucho más complejo que la Constitución de Estados Unidos, hay más espacio para interpretar las disposiciones allí incluidas, en conjunción recíproca y con otros principios básicos del ordenamiento de la República Federal.

[47] Este argumento, en su formulación clásica, fue expuesto por el juez Cardozo, de la Corte Suprema de Justicia de los Estados Unidos, en el caso de **Palko v. Connecticut** *("the indispensable condition of nearly every other form of freedom").*

[48] Mill formuló el argumento liberal clásico, en el sentido de que la supresión de las opiniones es una equivocación, independientemente de si las opiniones suprimidas son verdaderas o falsas, porque (a) si son verdaderas, a la sociedad se le deniega el acceso a la verdad, (b) si son falsas, a la sociedad se le deniega el acceso a una comprensión más completa de la verdad, derivada de su confrontación con el error, y (c) si son parcialmente verdaderas y parcialmente falsas, se está impidiendo a la sociedad acceder a la verdad completa por medio del debate de posiciones encontradas. Ver, a este respecto, BARENDT, Eric: *Freedom of Expression.* Clarendon Press, Oxford, 1987.

[49] El argumento fue formulado por el juez Holmes, de la Corte Suprema de los Estados Unidos, en el caso de **Abrams v. US**: todas las verdades son relativas, y únicamente pueden ser juzgadas mediante la competencia del mercado de las ideas. Sería arrogancia gubernamental el interferir sobre este proceso; sólo podría justificarse tal interferencia si se asumiera que las verdades absolutas pueden ser determinadas por la autoridad.

[50] El supuesto común a razonamientos de este tipo es que generalmente se puede diferenciar entre la verdad y la falsedad, o por lo menos entre buenas y malas aspiraciones a lo verdadero. Hoy en día se critica ampliamente la noción de "mercado de las ideas" que subyace a esta formulación, señalando la realidad de los poderes que sujetan la expresión de dichas ideas a intereses privados o individuales, la realidad de los medios de comunicación y la prevalencia desmedida de algunos sobre los demás. En cualquier caso, para quienes defienden este argumento, debe aceptarse algún nivel de regulación del mercado de la libre expresión si es que se pretende comunicar alguna expresión efectivamente, para contribuir al logro de la verdad. El descubrimiento de ésta sí requiere una intervención gubernamental mínima, aunque sea para canalizar ordenadamente la expresión –por ejemplo, evitando expresiones simultáneas en las calles, o regulando las reuniones públicas-. Lo que es controvertible es que un Estado pueda escoger entre tipos de expresión y trazar distinciones con base en su contenido. Ver BARENDT, Eric, Op. Cit.

[51] Stuart Mill, John *Sobre la libertad.* Alianza Editorial. España.

[52] Sentencia **C-650 de 2003**, M.P. Manuel José Cepeda Espinosa.

Pages 303,130,720
Online 400
Visit today 20,330
(http://www.histats.com/viewstats/?sid=1206326&ccid=605)

[53] Sin embargo, como se verá más adelante, de la misma manera que el argumento sobre el valor de la libertad de expresión en la búsqueda de la verdad no impide al Estado establecer una regulación mínima del "mercado de las ideas" para efectos de facilitar el logro de dicha verdad, en ciertas ocasiones los valores de una democracia, incluido su compromiso a largo plazo con la libertad de expresión, sólo se pueden preservar mediante la supresión o limitación temporal de determinadas expresiones, ya que el ejercicio de la libertad de expresión en situaciones particulares puede ser contrario al bien público. El alcance de las limitaciones admisibles a la libertad de expresión se indica con detalle en acápites subsiguientes de esta providencia.

[54] Sentencia **T-213 de 2004**, M.P. Eduardo Montealegre Lynett.

[55] Sentencia **C-010 de 2000**, M.P. Alejandro Martínez Caballero. En idéntico sentido, sentencia **C-431 de 2004**, M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra.

[56] Comisión Interamericana de Derechos Humanos, Antecedentes e Interpretación de la Declaración de Principios sobre la Libertad de Expresión, párrafo 10.

[57] Idem.

[58] Por ello, la Comisión Interamericana expresó en este mismo documento: *"El Relator Especial considera que es precisamente a través de una participación activa y pacífica de toda la sociedad en las instituciones democráticas del Estado en donde el ejercicio de la libertad de expresión se manifiesta plenamente permitiendo mejorar la condición de sectores marginados."*

[59] En este sentido, en la sentencia **T-535 de 2003** (M.P. Eduardo Montealegre Lynett), la Corte Constitucional resaltó el hecho de que la libertad de expresión se vincula estrechamente con la posibilidad de manifestar conceptos subjetivos u opiniones sobre temas que interesan socialmente, dentro de un sistema político democrático, pluralista, que permite a toda persona comunicar su pensamiento y así participar activamente en la vida social y comunitaria, limitando también el ejercicio del poder político: *"En cuanto a la libertad de expresión, vinculada estrechamente con la posibilidad de manifestar conceptos subjetivos u opiniones sobre los temas que interesan socialmente, ella significa la garantía y protección propia de todo sistema político que encarna y defiende los valores de la democracia y el pluralismo, ya que se trata de permitir a las personas comunicar su pensamiento y en esta medida participar activamente en la vida social y comunitaria, limitando, al mismo tiempo, el ejercicio del poder político"*. Igualmente, en la sentencia **C-650 de 2003** (M.P. Manuel José Cepeda Espinosa) se señaló que la libertad de expresión, como elemento funcional para los sistemas democráticos, *"[p]reviene abusos de poder. La libertad de expresión permite que las personas protesten de forma pacífica frente a las actuaciones arbitrarias, inconvenientes o abusivas del Estado. Tal actitud contribuya a disuadir a los gobernantes de conductas contrarias al bien común. Una sociedad democrática, respetuosa del principio de la libertad de expresión, permite a los ciudadanos que se expresan poner sobre aviso al resto de la comunidad acerca de aquellas actuaciones estatales que sean reprochables e inaceptables. Además, la probabilidad de que un abuso sea conocido, divulgado y criticado desestimula a quienes ejercen algún poder de incurrir en excesos o atropellos."*

[60] La Corte Constitucional también ha adoptado esta perspectiva al explicar que la libertad de expresión *"[e]s una "válvula de escape" que promueve la confrontación pacífica de las decisiones estatales o sociales que no se compartan. Los opositores dentro de una sociedad democrática encuentran en el libre ejercicio de su expresión un camino legítimo para presentar sus discrepancias; privarlos de esta vía, los llevaría en muchos casos a abandonar las palabras para usar la fuerza en su lugar. El principio de la libertad de expresión promueve la resolución racional y pacífica de los conflictos, como resultado del debate público y no de la*

la libertad de expresión promueve la resolución racional y pacífica de los conflictos, como resultado del debate público y no de la confrontación violenta". La Corte Suprema de Justicia de los Estados Unidos invocó este argumento en el caso de **Whitney v. California** [274 US 357, 1927], al explicar que la represión del debate sobre asuntos políticos, a la larga, pone en peligro la estabilidad de la comunidad y hace más probable la revolución.

Pages 303 130 720
Online 480
Vis. today 20 538
(http://www.histats.com/viewstats/?sid=1206326&ccid=605)

[61] Ver, a nivel de la Corte Europea de Derechos Humanos, el caso de **Bowman v. Reino Unido** (caso 141/1996/760/961, sentencia del 19 de febrero de 1998), en el cual se explicó que *"las elecciones libres y la libertad de expresión, particularmente la libertad del debate político, forman conjuntamente el fundamento de cualquier sistema democrático (...). Los dos derechos se interrelacionan y operan para reforzarse mutuamente: por ejemplo, (...) la libertad de expresión es una de las 'condiciones' necesarias para 'asegurar la libre expresión de la opinión del pueblo en la escogencia de la legislatura' (...). Por esta razón, es particularmente importante que en el período que precede a una elección, las opiniones e información de todo tipo puedan circular libremente"* [traducción informal: *"Free elections and freedom of expression, particularly freedom of political debate, together form the bedrock of any democratic system (...). The two rights are inter-related and operate to reinforce each other: for example, as the Court has observed in the past, freedom of expression is one of the "conditions" necessary to "ensure the free expression of the opinion of the people in the choice of the legislature" (see the above-mentioned Mathieu-Mohin and Clerfayt judgment, p. 24, § 54). For this reason, it is particularly important in the period preceding an election that opinions and information of all kinds are permitted to circulate freely".*]

[62] La importancia de la libertad de expresión para la formación de una opinión pública libre y pluralista dentro del Estado Social y democrático de Derecho se subrayó en la sentencia **SU-1723 de 2000** (M.P. Alejandro Martínez Caballero), en la cual se explicó: *"Esta libertad constitucional no solo es un derecho de cada persona sino que también debe ser entendida como un valor y principio sine qua non para la consolidación de la opinión pública libre, estrechamente ligada al pluralismo político característico de un Estado social y democrático de derecho".*

[63] Postura asumida, como se verá, en varios de los principales casos decididos por el Tribunal Constitucional de Alemania en relación con la libertad de expresión.

[64] La Corte Constitucional de Colombia ha enfatizado la importancia de la libertad de expresión para el logro del autogobierno; por ejemplo, en la sentencia **C-650 de 2003** (M.P. Manuel José Cepeda Espinosa) se explicó así una de las funciones que cumple la libertad de expresión en los sistemas democráticos: *"(ii) Hace posible el principio de autogobierno. Que los ciudadanos se gobiernen a sí mismos, bien sea eligiendo a sus representantes o participando directamente en la toma de decisiones de diverso orden que los afectan e interesan, supone la posibilidad de contar con información suficiente y pluralidad de opiniones. Ambas son necesarias para formarse una idea lo más completa posible de la gestión de los gobernantes o de la posición que se habrá de tomar y así poder decidir libremente cómo actuar. La libertad de expresión protege tanto al ciudadano que desea expresarse para participar activamente en una sociedad democrática, como al ciudadano que no desea ser privado de los diferentes puntos de vista que le puedan ayudar a formarse una visión propia de las cosas. Esto conduce a que las expresiones relativas a la cosa pública sean singular y especialmente protegidas en una democracia pero no excluye que otras manifestaciones de contenido cultural, tales como las artísticas y las literarias, también sean protegidas por la Constitución como fundamentales"*. En los Estados Unidos, este argumento se deriva de los escritos de Alexander Meiklejohn, quien afirmaba que la generación de un público informado como precondición del autogobierno representativo era el principal propósito de la Primera Enmienda de la Constitución.

[65] En la sentencia **SU-1721 de 2000** (M.P. Álvaro Tafur Galvis) la Corte Constitucional resaltó la importancia de la función de

Pages 303 130 720
Online 400
Visitoday 20 539
(http://www.histats.com/viewstats/?sid=1206326&ccid=605)

control del poder que cumple la libertad de expresión. En este pronunciamiento se señaló que, ya sea en su faceta de información sobre hechos o en su faceta de opinión sobre dichos hechos, la libertad de expresión cumple una función crítica dentro de las sociedades democráticas, al controlar las actividades de quienes son responsables de la gestión pública; por esa función primordial se explica que, en principio, la libertad de expresión prime sobre los derechos con los que puede entrar en conflicto, como el derecho a la intimidad o al buen nombre: *"Los anteriores lineamientos ponen en evidencia la orientación constitucional en cuanto a la libertad de expresión, y sus primordiales proyecciones. Entre éstas no puede dejarse de lado la alta función que para la subsistencia y profundización de las sociedades democráticas cumple el cabal ejercicio de la libertad de expresión ya sea en su faceta de información (relación de hechos), ya sea en su faceta de opinión (interpretación de hechos). En efecto, a través de ellas se ha de realizar un efectivo control social sobre las actividades que desarrollan, quienes primordialmente tienen a su cargo los intereses sociales que gravitan sobre el conjunto de los ciudadanos. La primacía de la libertad de expresión cuando entra en conflicto con otros derechos fundamentales, se explica precisamente por el criterio finalista de protección social que ostenta la libertad de expresión, particularmente cuando ella se ejercita mediante los medios de comunicación establecidos. En ese orden de ideas se reconoce que tratándose de la libertad de expresión respecto de la gestión pública, los derechos al buen nombre tienen un ámbito de mayor restricción, que cuando se trata de ese derecho frente a los particulares"*.

[66] En este sentido, la Corte Constitucional ha subrayado que la importancia de la libertad de expresión para la democracia se deriva de que *"las percepciones y decisiones de todo orden de los integrantes de una sociedad dependen de la circulación de múltiples contenidos informativos y del intercambio de pareceres acerca de esa información. Esto es especialmente relevante en el ámbito de lo público. Bajo el orden constitucional vigente la libertad de expresión también está estrechamente relacionada con el principio de igualdad política y con el principio de responsabilidad de los gobernantes ante los gobernados"*. Sentencia **C-650 de 2003**, M.P. Manuel José Cepeda Espinosa.

[67] La Corte Constitucional ha explicado en este sentido que la libertad de expresión *"[p]romueve la autonomía personal. Una persona es autónoma cuando sus decisiones y sus actuaciones responden a elecciones libres hechas por sí misma. Cuando el Estado limita la libre expresión de las ideas que considera "inconvenientes" –más allá de aquellos casos en los que se le causa daño a otro (v. gr., injuria o calumnia)– elimina o restingue la autonomía de la persona. Son las personas mismas, en calidad de sujetos autónomos, quienes deben poder decidir qué de lo que opinan o informan, así como qué de lo que escuchan o les es informado por otros, es inconveniente. Bien sea porque piensan de forma contraria a la mayoría o a la versión oficial y así lo quieren manifestar, o porque aún no tienen un juicio formado sobre alguien o algo y desean, por lo mismo, conocer otros puntos de vista diferentes, las personas tienen el derecho a expresarse libremente y a escuchar libremente la diversidad de opiniones y versiones sobre la realidad que caracterizan a una democracia pluralista. Este derecho posibilita y refuerza otros derechos y principios, entre ellos el derecho al libre desarrollo de la personalidad no solo en términos de autodefinición racional sino de manifestación de las emociones y sentimientos de una persona aisladamente considerada o como parte de un grupo con el cual se identifica."* Sentencia **C-650 de 2003**, M.P. Manuel José Cepeda Espinosa.

[68] Esta fue la postura asumida en la sentencia **T-213 de 2004** (M.P. Eduardo Montealegre Lynett), al afirmar que *"la opinión constituye una herramienta de control social sobre el funcionamiento de la sociedad misma. La opinión permite revelar las conductas socialmente reprochables que se escudan en lo legal o, en otra perspectiva, instrumentalizan el sistema jurídico para su propio provecho. También, la opinión permite mostrar la necesidad de modificaciones al sistema normativo jurídico. Con el fin de readecuar el reproche jurídico de conformidad con los diversos reproches desde otros ámbitos sociales"*.

[69] A nivel de la jurisprudencia de la Corte Suprema de Estados Unidos, la formulación representativa de esta teoría se hizo en el

Page 1 203 130 720
Online 400
Vis. today 20 530
(http://www.heistats.com/viewstats/?sid=1206326&cid=605)

caso de **Whitney v. California** (1927): *"Quienes lograron nuestra independencia creían que el objetivo final del Estado era dar a los hombres libertad para desarrollar sus facultades; y que en su gobierno, las fuerzas deliberativas debían prevalecer sobre la arbitrariedad… Creían que la libertad de pensar como se quiere y de decir lo que se piensa era un medio indispensable para el descubrimiento y diseminación de la verdad política; …que la mayor amenaza a la libertad es un pueblo inerte; que la discusión pública es un deber político; y que éste debía ser un principio fundamental del gobierno de los Estados Unidos"* [traducción informal: *"Those who won our independence believed that the final end of the State was to make men free to develop their faculties; and that in its government the deliberative forces should prevail over the arbitrary… They believed that freedom to think as you will and to speak as you think are means indispensable to the discovery and spread of political truth; …that the greatest menace to freedom is an inert people; that public discussion is a political duty; and that this should be a fundamental principle of American government"*. 274 US 357, 1927].

[70] Sentencia **T-213 de 2004**, M.P. Eduardo Montealegre Lynett.

[71] Corte Interamericana de Derechos Humanos, **caso de "La Ultima Tentación de Cristo" (Olmedo Bustos y Otros),** sentencia del 5 de febrero de 2001.

[72] Específicamente, la Corte Europea de Derechos Humanos, la Comisión Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos y el Comité de Derechos Humanos de las Naciones Unidas, así como en la Carta Democrática Interamericana de 2001.

[73] Corte Interamericana de Derechos Humanos, **caso Herrera Ulloa v. Costa Rica**, sentencia del 2 de julio de 2004.

[74] Ver, entre muchos otros, los casos de **Busuioc v. Moldavia** (Aplicación no. 61513/00, sentencia del 21 de diciembre de 2004 – version final del 21 marzo de 2005); **Editions Plon v. Francia** (Aplicación no. 58148/00, sentencia de mayo 18 de 2004, version final de agosto 18 de 2004); **Arslan v. Turquía** (Aplicación no. 23462/94, sentencia del 8 de julio de 1999); **Bowman v. Reino Unido** (caso no. 141/1996/760/961, sentencia del 19 de febrero de 1998); **Radio France y otros v. Francia** (Aplicación no. 53984/00, Sentencia del 30 de marzo de 2004); **Dichand y otros v. Austria** (Aplicación no. 29271/95, sentencia del 26 de febrero de 2002); **Association Ekin v. Francia** (Aplicación no. 39288/98, sentencia del 17 de julio de 2001); **Feldek v. Eslovaquia** (Aplicación no. 29032/95, sentencia del 12 de julio de 2001); **Fressoz y Roire v. Francia** (Aplicación no. 29183/95), sentencia del 21 de enero de 1999; **Goodwin v. Reino Unido** (caso número 16/1994/463/544, sentencia del 22 de febrero de 1996); y **Gündüz v. Turquía** (Aplicación No. 35071/97, sentencia del 4 de diciembre de 2003).

[75] Así lo hizo explícito la Comisión Interamericana de Derechos Humanos en el documento sobre interpretación de la Declaración de Principios sobre Libertad de Expresión, al afirmar que *"es importante destacar que la declaración hace referencia a la libertad de expresión 'en todas sus formas y manifestaciones.' La libertad de expresión no es un derecho limitado a los comunicadores sociales o a aquellas personas que ejercen este derecho a través de los medios de comunicación. El derecho a la libertad de expresión abarca las expresiones artísticas, culturales, sociales, religiosas, políticas o cualquier otra índole."* La extensión de la protección constitucional a otros tipos no políticos de expresión, como la expresión sexual o la publicidad, ha sido altamente controversial, pero incluso las cortes extranjeras más conservadoras han invalidado las restricciones sobre formas de expresión no políticas, principalmente por desconfiar de la capacidad de las autoridades para diferenciarla de la discusión genuina de asuntos públicos, porque consideran que dicha discusión política se vería afectada por cualquier restricción fundamental de otros modos de discurso, o porque subsumen la importancia de proteger estas formas de expresión en argumentos de raigambre política más amplia.

amplia.

Pages 303 130 720
Online 400
Vis. today 20 530

[76] Sentencia **T-213 de 2004**, M.P. Eduardo Montealegre Lynett.

(http://www.histats.com/viewstats/?sid=1206326&ccid=605)

[77] Sentencia **C-650 de 2003**, M.P. Manuel José Cepeda Espinosa.

[78] Ver, entre muchos otros, los casos de **Busuioc v. Moldavia** (Aplicación no. 61513/00, sentencia del 21 de diciembre de 2004 – version final del 21 marzo de 2005); **Editions Plon v. Francia** (Aplicación no. 58148/00, sentencia de mayo 18 de 2004, version final de agosto 18 de 2004); **Arslan v. Turquía** (Aplicación no. 23462/94, sentencia del 8 de julio de 1999); **Bowman v. Reino Unido** (caso no. 141/1996/760/961, sentencia del 19 de febrero de 1998); **Radio France y otros v. Francia** (Aplicación no. 53984/00, Sentencia del 30 de marzo de 2004); **Dichand y otros v. Austria** (Aplicación no. 29271/95, sentencia del 26 de febrero de 2002); **Association Ekin v. Francia** (Aplicación no. 39288/98, sentencia del 17 de julio de 2001); **Feldek v. Eslovaquia** (Aplicación no. 29032/95, sentencia del 12 de julio de 2001); **Fressoz y Roire v. Francia** (Aplicación no. 29183/95, sentencia del 21 de enero de 1999); **Goodwin v. Reino Unido** (caso número 16/1994/463/544, sentencia del 22 de febrero de 1996); y **Gündüz v. Turquía** (Aplicación No. 35071/97, sentencia del 4 de diciembre de 2003).

[79] Es importante diferenciar la expresión como un modo de autorrealización de otras formas de actividad o conducta que también contribuyen a la autorrealización y manifiestan una forma de libertad personal, pero no son como tal expresiones que se deben proteger por este derecho – de allí la importancia de determinar el significado de "expresión", como se hará en acápites posteriores.

[80] Uno de los principales problemas a los cuales responde la consagración jurídica de la libertad de expresión ha sido, en las principales democracias occidentales, la práctica de la censura previa a través del licenciamiento oficial de los escritos. Una técnica común de restricción del material impreso –en las colonias hispánicas, bajo el derecho británico y en los Estados Unidos durante los tiempos anteriores a la independencia- era el licenciamiento de los impresores, y el sometimiento de sus publicaciones a la aprobación de funcionarios reales investidos del poder de otorgar o negar el *imprimatur* a una obra. Contra esta práctica protestó John Milton en 1664 en *"Aeropagitica – A Speech for the Liberty of Unlicensed Printing"*, por considerar que con ella se sujetaba toda libertad a los prejuicios de un solo hombre.

[81] Es el caso, por ejemplo, de la expresión política o de importancia social, que resultaría siendo la única protegida por esta libertad en caso de privilegiar las razones derivadas del principio democrático para su protección. Por el contrario, si se presta atención al argumento relacionado con la dignidad humana, la libertad en comento abarcaría, también, todo tipo de expresión emocional y no racional, así como las expresiones estéticas, artísticas y de contenido claramente personal. En este mismo sentido, la consideración simultánea de todas las razones para proteger la libertad de expresión permite incluir dentro del ámbito de protección del derecho constitucional, además de las expresiones que son puramente políticas y de interés social -como lo serían la información y las opiniones que se transmiten a través de la prensa, por ejemplo- también un cierto margen para la exageración, la invectiva y la subjetividad – de tal forma, en la jurisprudencia nacional y comparada algunos comentarios aparentemente sin valor han recibido un nivel igual de protección que los argumentos cuidadosamente equilibrados y la información fáctica balanceada. En cualquier caso, muchas personas únicamente se comunican en términos altamente emotivos; privilegiar una sola justificación para la libertad de expresión a expensas de las demás, excluyendo ciertos tipos de discurso no político e irracional de su ámbito de cobertura, llevaría a que quienes son menos articulados en su forma de expresarse no reciban tutela constitucional para sus formas

Pages 303 130 720
Online 480
Vis. today 20 530
(http://www.histats.com/viewstats/?sid=1206326&ccid=605)

cortara, llevaría a que quienes son llamados articulados en su forma de expresarse no reciban tutela constitucional para sus formas de comunicación. La libertad de expresión no es una prerrogativa de la élite intelectual ni política.

[82] Por ejemplo, se ha planteado el interrogante sobre si la teoría de Mill, relativa a la búsqueda de la verdad, se aplica por igual a todos los tipos de expresión, y en particular, si se debe distinguir para su aplicación entre la expresión de hechos y la de opiniones. Mill consideraba que el argumento de la verdad, en lo que concierne a la justificación de la tolerancia de las opiniones falsas, era más relevante para la discusión de asuntos políticos, morales y sociales que para el debate de proposiciones científicas; y no se refirió a otros modos de expresión como la propaganda comercial o la pornografía. El argumento que justifica la protección de la libertad de expresión con base en la verdad se aplica especialmente a modos de expresión que no establecen "verdades" con el mismo grado de certeza de las matemáticas o las ciencias naturales. Por otra parte, no es tan claro el status de expresiones que no afirman proposiciones coherentes o argumentos que puedan ser probados objetivamente, como las expresiones emotivas de carácter político, la pornografía, o las expresiones evidentemente falsas, que parecería no se relacionan con el argumento de la verdad (pero han sido judicialmente protegidas hasta cierto grado). El argumento de Mill, así, se aplica con mayor claridad a la expresión de creencias y teorías sobre asuntos políticos, morales, estéticos y sociales. El status de las proposiciones fácticas y de fórmulas científicas o matemáticas está menos definido en su teoría. En estos casos, los jueces se basan en otras justificaciones para aplicar el principio de libertad de expresión, especialmente la de su importancia dentro de una democracia, que sí se aplica a una gran cantidad de información fáctica. Ver a este respecto, GUNTHER, Gerald y SULLIVAN, Kathleen M.: "Constitutional Law". University Casebook Series. The Foundation Press, Inc., Westbury, New York, 1997; y BARENDT, Eric: "Freedom of Speech". Clarendon Press, Oxford, 1987.

[83] La Corte Constitucional ha aplicado en anteriores decisiones la presunción de primacía de la libertad de expresión en casos de conflicto con otros derechos. Así, por ejemplo, en la sentencia **T-602 de 1995** (M.P. Carlos Gaviria Díaz), se explicó que la libertad de expresión, en un Estado democrático y liberal, por lo general prima sobre los derechos al buen nombre y a la honra, salvo que se demuestre una intención dañina o una negligencia al presentar hechos falsos, parciales, incompletos o inexactos que violan o amenazan los derechos fundamentales: **"***El artículo 20 de la Constitución consagra el derecho de toda persona a expresar libremente su pensamiento y sus opiniones. En un Estado democrático y liberal como el nuestro, este derecho es prevalente, y generalmente se le otorga primacía sobre los derechos al buen nombre y a la honra, con los cuales frecuentemente resulta enfrentado, "salvo que se demuestre por el afectado la intención dañina o la negligencia al presentar hechos falsos, parciales, incompletos o inexactos que vulneran o amenazan sus derechos fundamentales" (Sentencia T-80 de 1993. Magistrado ponente Eduardo Cifuentes Muñoz)".*

[84] Así lo ha explicado en anteriores oportunidades la Corte Constitucional; así, en la sentencia **SU-1721 de 2000** (M.P. Álvaro Tafur Galvis), se señaló que cuando se presenta un conflicto entre la libertad de expresión ejercida a través de los medios de comunicación y otros derechos fundamentales, en principio prima la libertad de expresión, por la importancia de la prensa para una democracia: *"Tratándose de los supuestos de conflicto de la libertad de expresión a través de los medios de comunicación,- aún de la libertad de información con los derechos a la honra y al buen nombre, estos últimos deben ceder ante aquel, dada la función primigenia de control social que cumple la prensa".* En igual sentido, en la sentencia **T-602 de 1995** (M.P. Carlos Gaviria Díaz), la Corte explicó que la libertad de expresión, en un Estado democrático y liberal, por lo general prima sobre los derechos al buen nombre y a la honra, salvo que se demuestre una intención dañina o una negligencia al presentar hechos falsos, parciales, incompletos o inexactos que violan o amenazan los derechos fundamentales: *"El artículo 20 de la Constitución consagra el derecho de toda persona a expresar libremente su pensamiento y sus opiniones. En un Estado democrático y liberal como el nuestro, este derecho es prevalente, y generalmente se le otorga primacía sobre los derechos al buen nombre y a la honra, con los cuales frecuentemente resulta enfrentado, "salvo que se demuestre por el afectado la intención dañina o la negligencia al presentar he-*

Pages 303 130 720
Online 400
Vis. today 20 530
(http://www.histats.com/viewstats/?sid=1206326&ccid=605)

frecuentemente resulta enfrentado, "salvo que se demuestre por el afectado la intención dañina o la negligencia al presentar hechos falsos, parciales, incompletos o inexactos que vulneran o amenazan sus derechos fundamentales" (Sentencia T-80 de 1993. Magistrado ponente Eduardo Cifuentes Muñoz)". Ver en el mismo sentido la sentencia **SU-1723 de 2000** (M.P. Alejandro Martínez Caballero): *"...la restricción de cualquier derecho sólo es jurídicamente aceptada cuando antecede una ponderación con otros derechos o bienes constitucionales, y ésta privilegia la información o la libertad de expresión"*.

[85] La regulación gubernamental de la expresión es más sospechosa que la regulación de otras actividades, no sólo por la importancia de esta libertad sino por consideraciones prácticas: en el campo político, por ejemplo, es sospechosa porque las autoridades pueden obrar con base en perjuicios a su propio favor en contra de los disidentes y los críticos; en el campo social y cultural, porque ningún funcionario estatal está en posición de determinar qué es ortodoxo o aceptable en los campos de la política, la religión, la moral, las artes u otros temas de opinión.

[86] Así, a diferencia del campo de la vida económica, por ejemplo, en la cual las autoridades cuentan con un mayor margen de configuración, en los casos de expresión existe un alto nivel de protección constitucional presuntiva. El mercado de las ideas y la información, a diferencia del mercado económico, se caracteriza por un mucho mayor grado de libertad e inmunidad a las restricciones estatales. Aunque hay quienes abogan por una regulación del mercado de las ideas, en el que existen posiciones dominantes y desequilibrios, ello no obsta para conferir a la expresión un rango constitucional preferente.

[87] M.P. Carlos Gaviria Díaz

[88] Comisión Interamericana de Derechos Humanos, Declaración de Principios sobre la Libertad de Expresión, preámbulo y Principio 1.

[89] Sentencia **SU-1723 de 2000**, M.P. Alejandro Martínez Caballero.

[90] Corte Interamericana de Derechos Humanos, "La colegiación obligatoria de periodistas (arts. 13 y 29 Convención Americana sobre Derechos Humanos)". **Opinión Consultiva OC-5/85** del 13 de noviembre de 1985. Serie A No. 5, párr. 30.

[91] Corte Interamericana de Derechos Humanos, **caso de "La Ultima Tentación de Cristo" (Olmedo Bustos y Otros)**, sentencia del 5 de febrero de 2001. En idéntico sentido, ver: Corte Interamericana de Derechos Humanos, **caso de Ivcher Bronstein**, sentencia del 6 de febrero de 2001; y **caso Herrera Ulloa v. Costa Rica**, sentencia del 2 de julio de 2004.

[92] Comisión Interamericana de Derechos Humanos, Declaración de Principios sobre la Libertad de Expresión, Principio 6: *"Toda persona tiene derecho a comunicar sus opiniones por cualquier medio y forma. (...)"*

[93] Corte Interamericana de Derechos Humanos, "La colegiación obligatoria de periodistas (arts. 13 y 29 Convención Americana sobre Derechos Humanos)". **Opinión Consultiva OC-5/85** del 13 de noviembre de 1985. Serie A No. 5, párr. 30.

[94] Corte Interamericana de Derechos Humanos, **caso de "La Ultima Tentación de Cristo" (Olmedo Bustos y Otros),** sentencia del 5 de febrero de 2001. En idéntico sentido, ver: Corte Interamericana de Derechos Humanos, **caso de Ivcher Bronstein,** sentencia del 6 de febrero de 2001; y el **caso Herrera Ulloa v. Costa Rica**, sentencia del 2 de julio de 2004.

Pages 303 130 720
Online 400
Vis. today 20 530
[http://www.histats.com/viewstats/?sid=1206920&cid=605]

[95] Corte Interamericana de Derechos Humanos, **caso de "La Ultima Tentación de Cristo" (Olmedo Bustos y Otros)**, sentencia del 5 de febrero de 2001. En idéntico sentido, ver: Corte Interamericana de Derechos Humanos, **caso de Ivcher Bronstein,** sentencia del 6 de febrero de 2001; y el **caso Herrera Ulloa v. Costa Rica**, sentencia del 2 de julio de 2004.

[96] Así, en la sentencia **C-087 de 1998** (M.P. Carlos Gaviria Díaz), la Corte señaló que ni la libertad de opinión o pensamiento ni la libertad de expresión requieren, para su ejercicio, determinada preparación o idoneidad académica o intelectual, ya que su titular es toda persona: *"Se consagraron así dos libertades íntimamente vinculadas, la de pensamiento y expresión, que de allí en adelante han ganado un reconocimiento indiscutido en los regímenes inspirados por la filosofía liberal. (...) Ni en la declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789, ni en la Constitución colombiana de 1991 (ni en tantos otros documentos bien conocidos que no es necesario enumerar) se restringen esas libertades por razones de idoneidad intelectual o de preparación académica. // Son ejemplos de derechos universales que se predican de toda persona, sin sujetar su ejercicio a especiales cualificaciones del titular"*. También en la sentencia **SU-056 de 1995** (M.P. Antonio Barrera Carbonell), la Corte señaló que la libertad de expresión únicamente requiere para su ejercicio que su titular cuente con las facultades físicas y mentales necesarias: *"La libertad de expresión es un derecho fundamental de toda persona, para cuyo ejercicio sólo se requieren las facultades físicas y mentales de su titular.*" Finalmente, en la sentencia **SU-667 de 1998** (M.P. José Gregorio Hernández Galindo) la Corte precisó que la libertad de expresión, con todas sus manifestaciones, es un derecho fundamental del que es titular toda persona, sin discriminación: *"Según lo declara el artículo 20 de la Carta Política y lo estipulan varios tratados internacionales obligatorios para Colombia (Cfr., por ejemplo, el artículo 19 de la Convención Americana de Derechos Humanos o Pacto de San José de Costa Rica, y el 19 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos), el derecho a expresar con libertad el propio pensamiento, las opiniones, las ideas, los conceptos y las creencias tiene el carácter de fundamental en cuanto de él es titular toda persona, sin ningún tipo de discriminaciones (arts. 5 y 13 C.P.), a partir del reconocimiento que hace el orden jurídico sobre su íntima vinculación a la esencia misma del ser humano, la naturaleza racional de éste y su inserción, también natural, en la sociedad".*

[97] Ver sentencia **T-505 de 2000,** M.P. José Gregorio Hernández Galindo: "…el artículo 20 de la Constitución no solamente plasma un derecho fundamental en cabeza de los medios de comunicación. También contempla el correlativo de los sujetos pasivos de la actividad de aquéllos, es decir, el del público. (…)"

[98] Es el caso de algunos sistemas como el de Alemania y el de los Estados Unidos. La Corte Suprema de los Estados Unidos, en el caso **First National Bank of Boston v. Bellotti**, [435 US 765, 777 (1978)], invalidó una ley de Massachussets que prohibía a los bancos y corporaciones hacer, en general, contribuciones para influenciar campañas de referendo, por considerar que se lesionaba la libertad de expresión; precisó la Corte que los intereses de los receptores eran decisivos en la determinación de extender la protección de la primera enmienda: *"El valor inherente a la expresión en términos de su capacidad para informar al público no depende de la identidad de su fuente, sea una sociedad, una asociación, un sindicato o un individuo"* (Traducción informal: *"The inherent worth of the speech in terms of its capacity for informing the public does not depend upon the identity of its source, whether corporation, association, union or individual"*.)

[99] **Caso de Éditions Plon V. Francia -** *(Aplicación no. 58148/00) – Sentencia mayo 18 2004, version final agosto 18 2004):* "…la Corte considera necesario señalar que las editoriales, independientemente de que se asocien o no con el contenido de sus publicaciones, juegan un rol integral en el ejercicio de la libertad de expresión al proveer a los autores con un medio…" [Traducción informal: *"In this connection, the Court considers it necessary to point out that publishers, irrespective of whether they associate themselves with the content of their publications, play a full part in the exercise of freedom of expression by providing authors with a medium (see, among other authorities, mutatis mutandis, Sürek v. Turkey (no. 1) [GC], no. 26682/95, ECHR*

Pages 303 130 720
Online 400
Vis. today 20 530

1999-IV; see also C.S.Y. v. Turkey, no. 27214/95, § 27, 4 March 2003)".]

[100] Idem. (http://www.histats.com/viewstats/?sid=1206326&ccid=605)

[101] Sentencia **T-505 de 2000**, M.P. José Gregorio Hernández Galindo: *"Ahora bien, el artículo 20 de la Constitución no solamente plasma un derecho fundamental en cabeza de los medios de comunicación. También contempla el correlativo de los sujetos pasivos de la actividad de aquéllos, es decir, el del público. // De ahí que esta Corte se haya referido a dicha norma como paradigma de los llamados derechos "de doble vía", en los que hay interés jurídico de rango constitucional en quien emite o difunde el mensaje y en quien lo recibe".*

[102] Algunas categorías de expresión típicamente controversiales en el derecho comparado son la obscenidad, la pornografía (no infantil), los insultos o las expresiones susceptibles de generar hostilidad en el auditorio, la expresión comercial y publicitaria, el perjurio y la difamación, especialmente en los países de tradición jurídica anglosajona. Respecto de estas categorías, las Cortes extranjeras –particularmente la Corte Suprema de Justicia de los Estados Unidos- han fluctuado entre la exclusión total de la cobertura de la cláusula constitucional de libertad de expresión, la protección reducida, o la protección plena sujeta a ponderación. Estos debates, sin embargo, se han suscitado en torno a expresas disposiciones legales que se han aplicado en casos concretos, por ejemplo, la penalización del material obsceno en algunos estados federados de los Estados Unidos. Es por la existencia de tales prohibiciones o regulaciones legales que se ha elaborado una extensa y compleja doctrina constitucional sobre los temas correspondientes. En cualquier caso, la tendencia jurisprudencial, tanto en Estados Unidos como en el Reino Unido, revela que en las últimas décadas ha habido una aproximación más amplia al alcance de la cobertura de la libertad de expresión. Hay menos categorías de "expresión" excluidas de la protección de la primera enmienda que en las décadas de los años 30 o 40, y las categorías existentes se han reducido significativamente en su alcance; por ejemplo, algunas formas de difamación y expresiones comerciales han quedado cubiertas bajo la protección de la primera enmienda, se ha reducido ampliamente la definición de obscenidad sujeta a intervención estatal, y se ha restringido la doctrina sobre las expresiones insultantes (*"fighting words"*). La relevancia constitucional de estas categorías jurisprudenciales extranjeras en el derecho colombiano ha de estudiarse en cada caso particular; el tema específico de las expresiones obscenas, pornográficas e indecentes, que es relevante para el presente fallo de tutela, se explorará en detalle en acápites subsiguientes. Ver, a este respecto: BARENDT, Op. Cit.; GUNTHER, Op. Cit.

[103] Proscrita por el artículo 20-1 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y el artículo 13-5 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos.

[104] Proscrita por el artículo 20-2 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, el artículo 13-5 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y el artículo 4 de la Convención internacional sobre la eliminación de todas las formas de discriminación racial (Ley 22 de 1981) -**"***Artículo 4. Los Estados partes condenan toda la propaganda y todas las organizaciones que se inspiren en ideas o teorías basadas en la superioridad de una raza o de un grupo de personas de un determinado color u origen étnico, o que pretendan justificar o promover el odio racial y la discriminación racial, cualquiera que sea su forma, y se comprometen a tomar medidas inmediatas y positivas destinadas a eliminar toda incitación a tal discriminación o actos de tal discriminación, y, con ese fin, teniendo debidamente en cuenta los principios incorporados en la Declaración Universal de Derechos Humanos, así como los derechos expresamente enunciados en el artículo 5 de la presente Convención, tomarán, entre otras, las siguientes medidas: (a) Declararán como acto punible conforme a la ley toda difusión de ideas basadas en la superioridad o en el odio racial, toda incitación a la discriminación racial, así como todo acto de violencia o toda incitación a cometer tales actos contra cualquier raza o grupo de personas de otro color u origen étnico, y toda asistencia a las actividades racistas, incluida*

Pages 303 150 720
Online 400
Vis. today 20 530
(http://www.histats.com/viewstats/?sid=1206326&ccid=605)

su financiación; (b) Declararán ilegales y prohibirán las organizaciones, así como las actividades organizadas de propaganda y toda otra actividad de propaganda, que promuevan la discriminación racial e inciten a ella, y reconocerán que la participación en tales organizaciones o en tales actividades constituye un delito penado por la ley; (c) No permitirán que las autoridades ni las instituciones públicas nacionales o locales promuevan la discriminación racial o inciten a ella". La Corte Constitucional ha aceptado que es legítimo, dentro de un orden democrático, limitar la libertad de expresión respecto de discursos que constituyen apología del delito y la violencia, que no están en pie de igualdad con los discursos pacíficos. Así, en la sentencia **C-045 de 1996** (M.P. Vladimiro Naranjo Mesa) se expresó: *"La democracia no puede amparar su propio germen de destrucción y ello porque dentro de la naturaleza del Estado Social de Derecho la democracia es algo más que un medio, es un fin. // Permitir la difusión de los comunicados de los delincuentes y subversivos (...) equivale a tolerar la apología del delito, y colocaría en pie de igualdad a quienes promueven la paz con los más violentos, lo que constituiría una falta de proporcionalidad jurídica. En otras palabras, equivaldría de una u otra forma, a legitimar sus acciones"*. La Corte Europea de Derechos Humanos también ha ratificado que el discurso del odio no entra dentro del ámbito de protección de la libertad de expresión. Así, (i) en el caso de **Ceylan vs. Turquía**, explicó que las autoridades estatales tienen un margen de apreciación mayor para establecer la necesidad de una interferencia con la libertad de expresión, cuando las afirmaciones que se pretende limitar incitan a la violencia contra individuos, servidores públicos o un sector de la población; (ii) en el caso de **Gündüz v. Turquía** (Aplicación no. 35071/97, sentencia del 4 de diciembre de 2003) explicó que la tolerancia y el respeto por la dignidad igual de todos los seres humanos es un fundamento de la sociedad democrática y pluralista; por ello, en tanto cuestión de principio se puede considerar necesario en ciertas sociedades democráticas sancionar o incluso prevenir todas las formas de expresión que diseminan, promueven o justifican el odio basado en la intolerancia (incluida la intolerancia religiosa), siempre que cualquier formalidad, condición, restricción o pena impuesta sea proporcionada a la finalidad legítima perseguida; y afirmó que es indudable que las expresiones concretas del discurso del odio, que pueden insultar a individuos particulares o grupos, no están cubiertas por el art. 10 de la Convención Europea; y (iii) en el caso de **Jersild v. Dinamarca** (fallo del 22 de agosto de 1994, caso número 36/1993/431/510), la Corte enfatizó la importancia vital de combatir la discriminación racial en todas sus manifestaciones, y de interpretar las obligaciones de Dinamarca bajo el art. 10 de la Convención, en la medida de lo posible, en forma armónica con sus obligaciones bajo la Convención de las Naciones Unidas contra la discriminación racial, y explicó que los comentarios racistas e insultantes, sin lugar a duda, están desprotegidos por el artículo 10 de la Convención.

[105] En **Francia** el ordenamiento jurídico también prohíbe los ataques raciales: la ley del 1º de julio de 1972 que modificó la legislación de prensa prohíbe la incitación a la discriminación, odio o violencia con relación a cualquier persona o grupo por cuenta de raza, nacionalidad o religión, y también penaliza la difamación grupal por motivos raciales o religiosos. El ordenamiento jurídico de **Alemania** se aleja aún más de la protección de estos discursos en este campo, por razones constitucionales e históricas poderosas: la Sección 130 del Código Penal criminaliza los ataques a la dignidad de terceros, en cualquier forma que tienda a perturbar la paz, entre otras provocando odio contra grupos de la población, abusando o ridiculizándolos. La ley protege a las minorías raciales y étnicas, miembros de partidos políticos y asociaciones culturales. El elemento de ataque a la dignidad humana, constitutivo del tipo penal, previene que con esta disposición se silencie el debate político democrático normal. También le protege de ataques constitucionales, ya que el art. 1 de la Ley Fundamental dispone que la dignidad del hombre es inviolable y es deber de las autoridades protegerla y respetarla; todos los demás derechos se interpretan con sujeción a esta cláusula, por lo cual la expresión que promueva el odio a los judíos o a los negros no recibiría protección. Sin embargo, la excepción más notoria y sobresaliente en cuanto a la proscripción casi universal del discurso del odio la plantean los **Estados Unidos**. En este país se ha generado un amplio debate sobre el grado en que la primera enmienda de la Constitución prohíbe la restricción de expresiones que se perciben como dañinas u ofensivas para las minorías raciales o religiosas, o para otros grupos históricamente marginados, independientemente de la potencialidad de esas expresiones de incitar violencia inmediata. Hasta este momento, la Corte Suprema de

Pages 363 130 770
Online 400
Vis. today 20 530

Justicia ha diferenciado entre la limitación de las expresiones de este tipo, que no está permitida, y la regulación de la conducta de odio como tal, que sí puede ser constitucional. Así, ha decidido varios casos controversiales en el sentido de proteger a quienes hacen uso de estas expresiones. (i) **R.A.V. v. City of St. Paul** [505 US 377 (1992)]. El peticionario en este caso había sido acusado en virtud de una ordenanza de la ciudad de St. Paul sobre crímenes de odio (*bias-motivated crime ordinance*), que tipificaba los actos consistentes en colocar en lugares públicos o privados símbolos, objetos, apelaciones, caracterizaciones o grafitis, que incluyeran –sin limitarse a ellas- cruces ardiendo o svásticas Nazis, que presumiblemente pudieran causar rabia, alarma o resentimiento en otras personas por motives de raza, color, religión o género [*"Whoever places on public or private property a symbol, object, appellation, characterization or graffiti, including, but not limited to, a burning cross or a Nazi swastika, which one knows or has reasonable grounds to know arouses anger, alarm or resentment in others on the basis of race, color, creed, religion or gender commits disorderly conduct and shall be guilty of a misdemeanor"*]. El peticionario había dejado una cruz en llamas en el patio de la casa de una familia de afroamericanos. La Corte Suprema consideró que la ordenanza bajo la cual se le había condenado era inconstitucional, por cuanto prohibía expresiones únicamente con base en su contenido, lo cual estaba en su criterio proscrito por la primera enmienda: *"prohíbe expresiones que de otra forma estarían permitidas solamente con base en los temas a los que se refiere la expresión. La Primera Enmienda generalmente impide al gobierno proscribir la expresión, o incluso la conducta expresiva, por que desaprueba las ideas expresadas. Las regulaciones basadas en el contenido se presumen inválidas."* [traducción informal: *"…it prohibits otherwise permitted speech solely on the basis of the subjects the speech addresses. The First Amendment generally prevents government from proscribing speech, or even expressive conduct, because of disapproval of the ideas expressed. Content-based regulations are presumptively invalid."*] Luego, con base en una distinción entre el discurso del odio, que en su criterio no puede ser limitado *per se* porque las regulaciones estatales de la expresión deben ser neutrales frente al contenido, y la conducta de odio, que es diferente y sí puede ser legítimamente restringida, la Corte declaró que se había violado la libertad de expresión del peticionario al haberle aplicado la sanción correspondiente. (ii) **Brandenburg v. Ohio** [395 US 444 (1969)], caso en el cual la Corte Suprema protegió el discurso racista del peticionario, líder de un grupo seccional del Ku Klux Klan, quien había sido condenado bajo una ley del estado de Ohio sobre sindicalismo criminal por "haber promovido el crímen, el sabotaje y violencia como medio para lograr la reforma industrial o política"; se le impuso una multa y se le condenó a prisión. Esta condena se derivó del hecho de que el peticionario había llamado por teléfono a un reportero de televisión en Cincinatti, invitándolo a una manifestación del Ku Klux Klan en una granja; se filmaron y transmitieron posteriormente por televisión imágenes de personas encapuchadas, incluyendo al peticionario, quemando una cruz y expresando palabras contra los negros y los judíos. También se exhibió a Brandenburg dando un discurso sobre el Ku Klux Klan en su uniforme. En criterio de la Corte Suprema, estas expresiones estaban protegidas por la primera enmienda; explicó que en su jurisprudencia se había consolidado el principio según el cual *"las garantías constitucionales de la libre expresión y la prensa libre no permiten al Estado prohibir o proscribir el apoyo al uso de la fuerza o a la violación de la ley salvo cuando tal apoyo se dirige a incitar o a producir acciones ilícitas inminentes, y es probable que incite o que produzca dicha acción. Según expresamos en [el caso Noto], 'la mera enseñanza abstracta [de] la corrección moral o incluso necesidad moral del recurso a la fuerza y la violencia, no es lo mismo que preparar a un grupo para la acción violenta y dotarlo para tal acción (…). Una ley que no trace esta distinción invade inadmisiblemente las libertades garantizadas por la primera y décimocuarta enmiendas. Barre dentro de su condena expresiones que nuestra Constitución ha inmunizado frente al control gubernamental"* [traducción informal: *"…later decisions have fashioned the principle that the constitutional guarantees of free speech and free press do not permit a State to forbid or proscribe advocacy of the use of force or of law violation except where such advocacy is directed to inciting or producing imminent lawless action and is likely to incite or produce such action. As we said in [Noto], 'the mere abstract teaching [of] the moral propriety or even moral necessity for a resort to force and violence, is not the same as preparing a group for violent action and steeling it to such action (…). A Statute which fails to draw this distinction impermissibly intrudes upon the freedoms guaranteed by the First and 14th Amendments. It sweeps within its condemnation speech which our Constitution has immunized from governmental control. (…)"*]. Bajo este test, la ley de Ohio por la cual se había condenado al peticionario era inconstitucional: *"en este caso estamos ante un estatuto que, por sus propios términos y tal como se aplica, busca castigar el mero apoyo y prohibir, so pena de sanciones crimi-*

Pages 303,130,720
Online 400
Vis. today 20,330
(http://www.histats.com/viewstats/?sid=1206326&ccid=605)

nales, la reunión con otros meramente para apoyar el tipo de acción descrito. Tal estatuto cae bajo la condena de la primera y décimocuarta enmiendas." [traducción libre: *"Under this test, the Ohio law cannot be sustained: "(...) we are here confronted with a Statute which, by its own words and as applied, purports to punish mere advocacy and to forbid, on pain of criminal punishment, assembly with others merely to advocate the described type of action. Such a statute falls within the condemnation of the First and 14th amendments".*] Independientemente de estos argumentos, es claro que Colombia está obligada por los tratados internacionales que ha suscrito sobre la materia, por lo cual el discurso del odio, en nuestro ordenamiento, está terminantemente prohibido.

[106] Proscrita en términos absolutos por el artículo 34-c) de la Convención sobre los derechos del niño (Ley 12 de 1991), el Protocolo facultativo de la Convención sobre los derechos del niño relativo a la venta de niños, la prostitución infantil y la utilización de niños en la pornografía (Ley 765 de 2002), y el artículo 3-b) del Convenio No. 182 de la OIT sobre las peores formas de trabajo infantil (Ley 704 de 2001). A nivel de derecho comparado, la pornografía infantil también ha sido objeto de una condena unánime y creciente. En los Estados Unidos, por ejemplo, en el caso de **New York v. Ferber**, 458 US 747, la Corte Suprema rechazó por unanimidad un cargo de primera enmienda contra una ley de Nueva York contra la pornografía infantil, que prohibía la distribución de materiales que mostraran niños involucrados en conductas sexuales. Ferber había sido condenado bajo tal ley, por vender, en su librería especializada en temas sexuales, dos películas de contenido sexual con niños jóvenes involucrados. La Corte Suprema declaró que su condena había sido constitucional, y declaró constitucional la ley; clasificó la pornografía infantil como una categoría de materiales completamente excluida de la protección de la primera enmienda, y explicó que los estados tienen mayor libertad para prohibir materiales que incluyen pornografía infantil, que la que tienen para regular la obscenidad. Afirmó que, independientemente de que los materiales sean o no obscenos, la categoría de pornografía infantil como un todo está excluida de la protección, por el interés estatal imperativo en proteger a los niños de la explotación y el abuso sexual, y asegurar su bienestar. Es irrelevante, para estos efectos, que el material tenga cualquier tipo de valor. Posteriormente, en **Osborne v. Ohio** (495 US 103, 1990), la Corte Suprema afirmó que la doctrina según la cual el derecho a la intimidad ampara la posesión de pornografía por adultos para su consumo en privado (caso Stanley v. Georgia) no es aplicable a la pornografía infantil, cuya mera posesión se puede criminalizar; los mismos intereses que justifican la eliminación de toda la cadena de distribución hacen posible criminalizar su posesión.

[107] Proscrita por el artículo III-c) de la Convención para la prevención y la sanción del delito de genocidio (Ley 28 de 1959).

[108] Dice el artículo 1o de la Convención: "A los efectos de la presente Convención, la expresión "discriminación contra la mujer" denotará toda distinción, exclusión o restricción basada en el sexo que tenga por objeto o resultado menoscabar o anular el reconocimiento, goce o ejercicio por la mujer, independientemente de su estado civil, sobre la base de la igualdad del hombre y la mujer, de los derechos humanos y las libertades fundamentales en las esferas política, económica, social, cultural y civil o en cualquier otra esfera."

[109] Ver documento de Naciones Unidas A/CONF.177/20/Rev.1.

[110] Ver, entre otros, el caso de **Arslan v. Turquía** (Aplicación no. 23462/94, sentencia del 8 de julio de 1999): *"...hay poco margen bajo el Artículo 10-2 de la Convención para las restricciones de la expresión política o del debate sobre asuntos de interés público (...). Más aún, los límites a la crítica admisible son más amplios en relación con el gobierno que con un ciudadano particular o incluso un político. En un sistema democrático las acciones u omisiones del gobierno deben estar sujetas a un es-*

Pages 303 130 720
Online 400
Vis. today 20 530
(http://www.histats.com/viewstats/?sid=1206326&ccid=605)

crutinio cercano no sólo de las autoridades legislativas y judiciales sino también de la opinión pública." [Traducción informal: "*"The Court recalls, however, that there is little scope under Article 10 § 2 of the Convention for restrictions on political speech or on debate on questions of public interest (see the Wingrove v. the United Kingdom judgment of 25 November 1996, Reports 1996-V, p. 1957, § 58). Furthermore, the limits of permissible criticism are wider with regard to the government than in relation to a private citizen or even a politician. In a democratic system the actions or omissions of the government must be subject to the close scrutiny not only of the legislative and judicial authorities but also of public opinion. (...)"*]. Posteriormente, en el caso de **Feldek v. Eslovaquia** (Aplicación no. 29032/95, sentencia del 12 de julio de 2001) se reiteró esta regla, y se precisó que la promoción del libre debate político es un rasgo muy importante de las sociedades democráticas, por lo cual la Corte Europea atribuye la mayor importancia a la libertad de expression en el contexto de discusiones políticas, y considera que se necesitan razones muy fuertes para justificar restricciones sobre esta forma de discurso, entre otras razones, porque admitir restricciones amplias a la expresión política en casos individuales podría afectar el respeto por la libertad de expresión en general [*"The Court emphasises that the promotion of free political debate is a very important feature of a democratic society. It attaches the highest importance to the freedom of expression in the context of political debate and considers that very strong reasons are required to justify restrictions on political speech. Allowing broad restrictions on political speech in individual cases would undoubtedly affect respect for the freedom of expression in general in the State concerned"*]. En tal medida, se exige una necesidad social especialmente apremiante para restringir este tipo de expresión y dar prioridad a otro tipo de intereses. En idéntico sentido, ver los casos de **Dichand y otros v. Austria,** *(*Aplicación no. 29271/95*),* 26 de febrero de 2002, y **Ceylan v. Turquía.**

[111] **Caso Herrera Ulloa v. Costa Rica,** sentencia del 2 de julio de 2004: *"(...) 127. El control democrático, por parte de la sociedad a través de la opinión pública, fomenta la transparencia de las actividades estatales y promueve la responsabilidad de los funcionarios sobre su gestión pública, razón por la cual debe existir un margen reducido a cualquier restricción del debate político o del debate sobre cuestiones de interés público. // 128. En este contexto es lógico y apropiado que las expresiones concernientes a funcionarios públicos o a otras personas que ejercen funciones de una naturaleza pública deben gozar, en los términos del artículo 13.2 de la Convención, de un margen de apertura a un debate amplio respecto de asuntos de interés público, el cual es esencial para el funcionamiento de un sistema verdaderamente democrático. Esto no significa, de modo alguno, que el honor de los funcionarios públicos o de las personas públicas no deba ser jurídicamente protegido, sino que éste debe serlo de manera acorde con los principios del pluralismo democrático. // 129. Es así que el acento de este umbral diferente de protección no se asienta en la calidad del sujeto, sino en el carácter de interés público que conllevan las actividades o actuaciones de una persona determinada. Aquellas personas que influyen en cuestiones de interés público se han expuesto voluntariamente a un escrutinio público más exigente y, consecuentemente, se ven expuestos a un mayor riesgo de sufrir críticas, ya que sus actividades salen del dominio de la esfera privada para insertarse en la esfera del debate público."*

[112] Comisión Interamericana de Derechos Humanos, Declaración de Principios sobre Libertad de Expresión, Principio 11. En el documento sobre interpretación de esta Declaración, se explica que *"la libertad de expresión es uno de los principales mecanismos que tiene la sociedad para ejercer un control democrático sobre las personas que tienen a su cargo asuntos de interés público. (...)".*

[113] Caso **Luth** (7BVerfGE 198, 1958).

[114] Entre otros, caso de **New York Times v. Sullivan** (376 US 254 – 1964).

[115] Si bien el argumento sobre la importancia de la expresión para la autorrealización y el argumento de Mill sobre la verdad indican que las proposiciones artísticas y científicas entran igualmente dentro del campo de protección de la libertad de expresión

Pages 303 130 720
Online 140
Vis. today 20 530
(http://www.histats.com/viewstats/?sid=1206326&ccid=605)

indican que las proposiciones artísticas y científicas entran igualmente dentro del campo de protección de la libertad de expresión, el argumento democrático claramente eleva el discurso político a un estatus especial. La falta de restricciones en esta área estimula un electorado bien informado y políticamente sofisticado, capaz de enfrentarse al gobierno en términos más o menos iguales. La expresión política está especialmente protegida, porque es un diálogo entre los miembros del electorado y los gobernantes por ellos elegidos, por lo cual es un medio para la operación de una democracia constitucional, rasgo que no está tan obviamente presente en otras categorías de expresión cubiertas por esta libertad, como la expresión comercial o la expresión sexualmente explícita.

[116] La definición clásica de este delito en el derecho británico [plasmada en el caso de **R. v. Burns** (1886, 16 Cox C.C. 333) y en el "Digest of the Criminal Law" de Stephen], le describe como la publicación de un discurso o escrito con la intención de generar odio, desprecio u hostilidad hacia la corona, el gobierno, el parlamento o la administración de justicia, o con la finalidad de inducir la reforma por medios ilegítimos o promover la lucha de clases. Una acepción literal cubriría gran parte de las expresiones que hoy en día se consideran como argumentación y oratoria política legítimas; el efecto de su aplicación sería, sin duda, la proliferación de investigaciones y condenas, que tendrían por efecto silenciar cualquier crítica seria del gobierno u otras instituciones públicas. La figura ha sobrevivido en el Reino Unido y otros estados por múltiples refinamientos y cualificaciones.

[117] Hay quienes han observado que la supervivencia del delito de "difamación sediciosa" es indicación de la existencia de una sociedad que no es libre; lo que originalmente se consideraba como un caso típico de este delito en países como Inglaterra o los Estados Unidos, hoy en día se cataloga como la expresión vehemente de una opinión política, y por ende es el paradigma de las expresiones constitucionalmente protegidas. Este tipo penal existe, en el papel, en varios estados europeos.

[118] Así, por ejemplo, la Corte Suprema de los Estados Unidos, en el caso de **New York Times v. Sullivan** (376 US 254 – 1964), afirmó que una demanda civil por difamación interpuesta contra un periódico por un servidor público sobre el cual se había publicado un artículo, sólo podría ser compatible con la primera enmienda de la Constitución –que protege la libertad de expresión- si la afirmación del periódico objeto de la demanda había sido hecha con malicia, es decir, con plena conciencia de que era falsa o ser descuidado con su veracidad; la razón fundamental para ello, era que *"…consideramos este caso contra el trasfondo de un profundo compromiso nacional con el principio de que el debate sobre asuntos públicos debe ser desinhibido, robusto y totalmente abierto, y que puede muy bien incluir ataques vehementes, cáusticos y, en ocasiones, desagradablemente agudos contra el gobierno y los funcionarios públicos…"* [traducción informal: *"…we consider this case against the background of a profound national commitment to the principle that debate on public issues should be uninhibited, robust and wide open, and that it may well include vehement, caustic, and sometimes unpleasantly sharp attacks on government and public officials…"*]. A la luz de este principio, no solamente las leyes civiles sobre difamación, sino también las reglas penales sobre calumnia y difamación resultan constitucionalmente sospechosas en los Estados Unidos, y en caso de no ser invalidadas por reñir con la Constitución, se han de interpretar estrechamente a la luz de la cláusula de libertad de expresión. Igualmente, la figura de la "incitación", a través de la cual se ha pretendido tradicionalmente suprimir expresiones públicas de descontento con las autoridades, también ha sido objeto de una interpretación progresivamente restrictiva por parte de los jueces de Estados Unidos. En Gran Bretaña ha sucedido un fenómeno similar. La definición original del delito trazaba una distinción entre la incitación al cambio revolucionario y la promoción de la reforma por vías legales, diferencia que fue crucial en el caso guía de **R. v. Burns**, donde el demandado fue exonerado del delito después de haber hecho un discurso apasionado en una reunión en Trafalgar Square, llamando la atención sobre los problemas de los trabajadores desempleados de Londres. Varios casos ingleses enfatizan que el emisor debe tener la intención de causar violencia para que se genere el delito, promover desorden público, fuerza física o violencia en un asunto del Estado: **R. v. Aldred** (1909, 22 Cox C.C. I, 4, per Coleridge J.,; R. v. Caunt, 1947, 64 LQR 203, Birkett J.). En el caso principal de Canadá en este ámbito, **Boucher v. Regina** [1951 2 DLR 369], la Corte Suprema de este país afirmó que para que se configure el delito, debe ha-

Pages 303,130,720
Online 400
Vis. today 20,590
(http://www.histats.com/viewstats/?sid=12063268&cid=605)

ber una intención de perturbar el gobierno por la fuerza. Como consecuencia de estas cualificaciones, y de la actitud cambiante hacia las distintas restricciones de la expresión de opiniones políticas, los procesos por difamación sediciosa han desaparecido virtualmente. Sin embargo, [illegible] de opiniones políticas y la promoción o incitación de acciones políticas violentas o ilegales. La Corte Suprema de Estados Unidos ha aplicado esta misma distinción; en **Gitlow v. New York** -caso motivado por una investigación penal por promover el derrocamiento forzoso del gobierno-, la mayoría de la Corte diferenció entre la expresión de abstracciones filosóficas y el lenguaje de la incitación directa (268 US 657, 1925), el cual sí podía ser constitucionalmente sancionado por su tendencia a generar crímenes y poner en peligro otros intereses vitales de la comunidad. Este test fue eventualmente sustituido, en el caso guía de **Brandenburg v. Ohio**, por el de "peligro claro y presente". Ver el capítulo de esta sentencia sobre restricciones de la libertad de expresión para proteger el orden público. Esta fórmula es mucho más protectora de expresiones políticas extremas o vehementes.

[119] Ver BARENDT, Eric, Op. Cit. En su forma original, la definición del delito de difamación sediciosa refleja una visión tradicional de la relación entre el Estado y la sociedad, en virtud de la cual los gobiernos y las instituciones públicas no se consideran responsables ante el pueblo, que los debe venerar y respetar. A menudo se afirma que la intención de los redactores del Bill of Rights de los Estados Unidos fue la de prohibir las investigaciones penales por difamación sediciosa, reafirmando que el gobierno norteamericano existía para servir al pueblo; los estudiosos modernos han demostrado que la Enmienda solo buscaba reafirmar el rechazo del *common law* a las restricciones previas sobre las publicaciones, y prevenir que el Congreso Federal adoptara leyes contra la sedición. Hoy en día, el delito de difamación sediciosa y sus derivados serían declarados claramente inconstitucionales a la luz de la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de Estados Unidos sobre la primera enmienda de la Constitución.

[120] Comisión Interamericana de Derechos Humanos, Declaración de Principios sobre Libertad de Expresión, Principio 11: *"Los funcionarios públicos están sujetos a un mayor escrutinio por parte de la sociedad. Las leyes que penalizan la expresión ofensiva dirigida a funcionarios públicos generalmente conocidas como "leyes de desacato" atentan contra la libertad de expresión y el derecho a la información."* En el documento sobre interpretación de esta Declaración, se explica en tal sentido que *"la libertad de expresión es uno de los principales mecanismos que tiene la sociedad para ejercer un control democrático sobre las personas que tienen a su cargo asuntos de interés público. La CIDH se pronunció claramente la incompatibilidad de las leyes de desacato con la Convención Americana. (...) Además de las restricciones directas, las leyes de desacato restringen indirectamente la libertad*

de expresión porque traen consigo la amenaza de cárcel o multas para quienes insultan u ofenden a un funcionario público. A este respecto, la Corte Europea afirmó que, si bien las penas posteriores de multa y revocación de un artículo publicado no impiden que el peticionante se exprese, "equivalen, no obstante, a una censura, que posiblemente lo disuada de formular críticas de ese tipo en el futuro". El temor a sanciones penales necesariamente desalienta a los ciudadanos a expresar sus opiniones sobre problemas de interés público, en especial cuando la legislación no distingue entre los hechos y los juicios de valor. // La crítica política con frecuencia comporta juicios de valor. Las leyes de desacato, cuando se aplican, tienen efecto directo sobre el debate abierto y riguroso sobre la política pública que el artículo 13 garantiza y que es esencial para la existencia de una sociedad democrática. Es más, la Comisión observa que, contrariamente a la estructura que establecen las leyes de desacato, en una sociedad democrática, las personalidades políticas y públicas deben estar más expuestas – y no menos expuestas- al escrutinio y crítica del público. Dado que estas personas están en el centro del debate público y se exponen a sabiendas al escrutinio de la ciudadanía, deben demostrar mayor tolerancia a la crítica.// La Comisión ha establecido " ... la necesidad de que exista un debate abierto y amplio, crucial para una sociedad democrática, debe abarcar necesariamente a las personas que participan en la formulación y la aplicación de la política pública…" Y agrega,"...dado que estas personas están en el centro del debate público y se exponen a sabiendas al escrutinio de la ciudadanía deben demostrar mayor tolerancia a la crítica…" // 52. En este contexto, la distinción entre la persona privada y la pública se hace indispensable. La protección que otorgan a los funcionarios públicos las denominadas leyes de desacato atentan abiertamente contra estos principios. Estas leyes invierten directamente los paráme-

Pages 303,130,720
Online 400
Vis. today 20 330
(http://www.histats.com/viewstats/?sid=1206268&cid=605)

tros de una sociedad democrática en que los funcionarios públicos deben estar sujetos a un mayor escrutinio por parte de la sociedad. La protección de los principios democráticos exige la eliminación de estas leyes en los países en que aún subsisten. Por su estructura y utilización, estas leyes representan vestigios autoritarios de épocas pasadas de los que es necesario desprenderse."

[121] **Constitución Política, Artículo 15:** "(…)La correspondencia y demás formas de comunicación privada son inviolables. Sólo pueden ser interceptadas o registradas mediante orden judicial, en los casos y con las formalidades que establezca la ley. (…)"

[122] **Constitución Política, Artículo 16: "**Todas las personas tienen derecho al libre desarrollo de su personalidad sin más limitaciones que las que imponen los derechos de los demás y el orden jurídico."

[123] La expresión artística recibe, además, protección constitucional expresa en el artículo 71 Superior, que dispone: *"La búsqueda del conocimiento y la expresión artística son libres. (...)"*. En la sentencia T-104 de 1996 (M.P. Carlos Gaviria Díaz), la Corte reconoció la existencia de un derecho fundamental específico a la libre expresión artística: *"...al tenor del artículo 85 de la Constitución, la libertad de expresión artística es un derecho fundamental de aplicación inmediata, susceptible de ser amparado mediante la acción de tutela. Y es razonable que así sea, pues la expresión artística constituye el medio por excelencia para la realización del potencial creador de todo ser humano, resultando así corolario obligado del libre desarrollo de la personalidad, amparado en el artículo 16 Superior. Por esta vía se hace efectivo el deber impuesto al Estado, de promover y fomentar la creación de la identidad nacional a través de la cultura (art. 70 supra)"*.

[124] **Constitución Política, Artículo 18:** "Se garantiza la libertad de conciencia. Nadie será molestado por razón de sus convicciones o creencias ni compelido a revelarlas ni obligado a actuar contra su conciencia.

[125] **Constitución Política, Artículo 19:** "Se garantiza la libertad de cultos. Toda persona tiene derecho a profesar libremente su religión y a difundirla en forma individual o colectiva. // Todas las confesiones religiosas e iglesias son igualmente libres ante la ley."

[126] Ver, además del artículo 19 de la Constitución: **Declaración Universal de Derechos Humanos de 1948, Artículo 18:** "Toda persona tiene derecho a la libertad de pensamiento, de conciencia y de religión; este derecho incluye la libertad de cambiar de religión o de creencia, así como la libertad de manifestar su religión o su creencia, individual y colectivamente, tanto en público como en privado, por la enseñanza, la práctica, el culto y la observancia"; **Declaración Americana de los derechos y deberes del hombre, Bogotá, 1948, Artículo III:** "Toda persona tiene el derecho de profesar libremente una creencia religiosa y de manifestarla y practicarla en público y en privado"; **Pacto Internacional de derechos civiles y políticos, Artículo 18:** "1. Toda persona tiene derecho a la libertad de pensamiento, de conciencia y de religión; este derecho incluye la libertad de tener o de adoptar la religión o las creencias de su elección, así como la libertad de manifestar su religión o sus creencias, individual o colectivamente, tanto en público como en privado, mediante el culto, la celebración de los ritos, las prácticas y la enseñanza. 2. Nadie será objeto de medidas coercitivas que puedan menoscabar su libertad de tener o de adoptar la religión o las creencias de su elección. **3.** La libertad de manifestar la propia religión o las propias creencias estará sujeta únicamente a las limitaciones prescritas

Pages 303 130 720
Online 400
Vis. today 20 530
(http://www.histats.com/viewstats/?sid=1206326&ccid=605)

ción. 3. La libertad de manifestar la propia religión o las propias creencias estará sujeta únicamente a las limitaciones prescritas por la ley que sean necesarias para proteger la seguridad, el orden, la salud o la moral públicos, o los derechos y libertades fundamentales de los demás. 4. Los Estados Partes en el presente Pacto se comprometen a respetar la libertad de los padres y, en su caso, de los tutores legales, para garantizar que los hijos reciban la educación religiosa y moral que esté de acuerdo con sus propias convicciones."

[127] En la sentencia **T-263 de 1998** (M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz) se explicó que el discurso religioso –el que se produce en una confesión religiosa por los representantes o fieles de la misma, con base en los dogmas y documentos sagrados respectivos- está sujeto a protección constitucional reforzada, puesto que está amparado no solo por la libertad religiosa y de cultos, sino también por la libertad de expresión: *"En opinión de la Sala, el discurso de carácter religioso, es decir, aquel que se produce dentro de una determinada confesión religiosa, por parte de representantes o autoridades de la misma o de sus fieles o prosélitos, con base en los dogmas y documentos sagrados respectivos, se encuentra protegido no solamente por el derecho fundamental a la libertad religiosa y de culto (C.P., artículo 19) sino, también, por la libertad de expresión, consagrada en el artículo 20 de la Constitución Política. Ciertamente, la libertad de expresar, por medio de actos de habla, la específica visión del mundo en la que un determinado grupo religioso se fundamenta y, conforme a ella, calificar los hechos del mundo y la conducta de las personas, pertenezcan éstas o no al grupo, así como la determinación de la conducta de los fieles a partir de los postulados dogmáticos, constituye un derecho que dimana de las dos libertades antes mencionadas".* En la misma providencia se explicó que, por la protección constitucional reforzada del discurso religioso en tanto manifestación de esos dos derechos, pueden protegerse ciertas expresiones que, desde otra perspectiva, se verían como manifestaciones de intolerancia lesivas de la intimidad y el buen nombre – al igual que sucede en otros ámbitos discursivos donde hay una mayor protección de la expresión, tales como discusiones en medios estudiantiles o educativos o en el Congreso de la República: *"El carácter reforzado que ostenta la protección constitucional del discurso religioso como manifestación de los dos derechos antes anotados, implica que, en principio, resulten protegidas determinadas expresiones que, desde otra perspectiva, podrían ser consideradas, stricto sensu, como manifestaciones de intolerancia y que podrían estar localizadas en el límite de lo admisible por otros derechos fundamentales, tales como la honra (C.P., artículo 15) y el buen nombre (C.P., artículo 21). Lo anterior se inscribe dentro de la jurisprudencia establecida por esta Corporación, según la cual en ciertos ámbitos discursivos se admite una mayor protección de la expresión y una consecuente menor intensidad en la protección constitucional de derechos fundamentales como la intimidad, la honra y el buen nombre".*

[128] **Constitución Política, Artículo 27:** "El Estado garantiza las libertades de enseñanza, aprendizaje, investigación y cátedra"; **Artículo 71:** ""La búsqueda del conocimiento y la expresión artística son libres. (…)"

[129] **Artículo 67: "**La educación es un derecho de la persona y un servicio público que tiene una función social: con ella se busca el acceso al conocimiento, a la ciencia, a la técnica, y a los demás bienes y valores de la cultura. // La educación formara al colombiano en el respeto a los derechos humanos, a la paz y a la democracia; y en la practica del trabajo y la recreación, para el mejoramiento cultural, científico**,** tecnológico y para la protección del ambiente. // El Estado, la sociedad y la familia son responsables de la educación, que será obligatoria entre los cinco y los quince años de edad y que comprenderá como mínimo, un año de preescolar y nueve de educación básica. // La educación será gratuita en las instituciones del Estado, sin perjuicio del cobro de derechos académicos a quienes puedan sufragarlos. // Corresponde al Estado regular y ejercer la suprema inspección y vigilancia de la educación con el fin de velar por su calidad, por el cumplimiento de sus fines y por la mejor formación moral, intelectual y física de los educandos; garantizar el adecuado cubrimiento del servicio y asegurar a los menores las condiciones necesarias para su acceso y permanencia en el sistema educativo. // La Nación y las entidades territoriales participarán en la dirección, financiación y administración de los servicios educativos estatales, en los términos que señalen la Constitución y la ley."; **Artículo 68: "**Los particulares podrán fundar establecimientos educativos. La Ley establecerá las condiciones para su creación y gestión. // La comuni-

Pages 303 130 720
Online 400
Visit today 20 530
(http://www.histats.com/viewstats/?sid=1206326&ccid=605)

dad educativa participará en la dirección de las instituciones de educación. // La enseñanza estará a cargo de personas de reconocida idoneidad ética y pedagógica. La Ley garantiza la profesionalización y dignificación de la actividad docente. // Los padres de familia tendrán derecho de escoger el tipo de educación para sus hijos menores. En los establecimientos del Estado ninguna persona podrá ser obligada a recibir educación religiosa. // Las integrantes de los grupos étnicos tendrán derecho a una formación que respete y desarrolle su identidad cultural. // La erradicación del analfabetismo y la educación de personas con limitaciones físicas o mentales, o con capacidades excepcionales, son obligaciones especiales del Estado."; **Artículo 69: "**Se garantiza la autonomía universitaria. Las universidades podrán darse sus directivas y regirse por sus propios estatutos, de acuerdo con la ley. // La ley establecerá un régimen especial para las universidades del Estado. // El Estado fortalecerá la investigación científica en las universidades oficiales y privadas y ofrecerá las condiciones especiales para su desarrollo. // El Estado facilitara mecanismos financieros que hagan posible el acceso de todas las personas aptas a la educación superior."

[130] Así, en la sentencia **SU-667 de 1998** (M.P. José Gregorio Hernández Galindo), la Corte Constitucional –al estudiar el caso de un profesor de la Universidad de Medellín que había sido suspendido de su cátedra por haber manifestado su desacuerdo con la política académica de la institución-, explicó que la protección de la libertad de expresión cobra especial fuerza en el ámbito académico, que debe ser el escenario natural del libre flujo de ideas: *"Si lo dicho es aplicable por regla general a todo grupo humano, con mayor razón se espera de la muy característica comunidad establecida alrededor de la Academia. La Universidad, ámbito natural y propicio para el libre curso de las ideas y para la creación, fomento y expansión de opiniones y tendencias, debe ser, como demostración de su papel y de su genuina responsabilidad, escenario abierto y libre en cuyo seno se pueda pensar con amplitud, discutir, controvertir, oponer criterios, adelantar análisis, detectar y denunciar anomalías, deliberar con amplitud, formar opiniones y divulgarlas y, por supuesto, adoptar, en todos los temas, las más variadas posiciones. Mucho más cuando, dentro del claustro, es el Derecho la profesión objeto del quehacer educativo. Y con mayor razón si de lo que se trata es de someter al escrutinio de la comunidad universitaria -conformada por estudiantes, directivos, profesores y egresados- el modelo de formación académica que se viene siguiendo, la calidad de la enseñanza o el nivel de la preparación científica que en la respectiva Facultad se imparte. (...)En fin, más que en cualquier otra esfera de actividad social, en la Universidad, por su naturaleza y misión, está prohibida la censura."* En tal sentido, concluyó que haber despedido al peticionario por expresar sus opiniones críticas como docente fue un exceso inconstitucional: *"Para la Corte, la conducta del catedrático correspondía a su legítima actitud de discrepancia frente a asuntos del más alto interés del alumnado y de la propia Universidad. En ejercicio de sus libertades de opinión,*

de expresión, de reunión y de asociación, obró el demandante con el objeto de provocar un reclamo colectivo de los estudiantes, con miras al mejoramiento del clima académico reinante en el claustro, pero su actividad molestó a las directivas y condujo a su despido, con notoria desfiguración de la facultad patronal. // El exceso en que incurrió el rector de la institución aparece de bulto, como puede cotejarse en el expediente (...)". Igualmente, en la sentencia **T-535 de 2003** (M.P. Eduardo Montealegre Lynett), la Corte señaló que los docentes tienen derecho a expresar sus ideas y opinar libremente dentro del ámbito académico de su actividad, y las autoridades del centro académico correspondiente no pueden coartarle su libertad de expresión ni dentro ni fuera de las aulas, dado que el sistema educativo debe promover la pedagogía de los valores del pluralismo y la democracia: *"Quienes se han formado académicamente para ejercer funciones como docentes tanto en los niveles básicos, como en aquellos considerados superiores, gozan dentro del ámbito de su actividad del derecho a expresar sus ideas y a opinar libremente acerca de los asuntos de interés colectivo. En esta medida, si las autoridades académicas de un centro educativo optan por coartar la libertad de expresión a un docente, para impedir que difunda su pensamiento tanto dentro de las aulas, como fuera de ellas, amenazándolo con sanciones laborales, económicas o, peor aún, con someterlo públicamente al descrédito profesional, tales autoridades estarán desconociendo la auténtica razón de ser de los centros de formación que existen dentro de un sistema educativo que, como el colombiano, promueve la pedagogía de los valores propios del pluralismo y la democracia"*. La Corte Constitucional también ha resaltado la importancia constitucional de la libertad de investigación, en tanto búsqueda del conocimiento; en la sentencia **T-235A de 2002** (M.P. Eduardo Montealegre Lynett), se explicó que un presupuesto para la libertad de expresión y de pen-

Pages 303,130,720
Online 400
Vis. today 20,380
(http://www.histats.com/viewstats/?sid=1206326&cid=605)

samiento es el derecho fundamental de toda persona a la libre búsqueda del conocimiento en cualquiera de sus manifestaciones, relacionado con la dignidad humana: *"Lo anterior lleva a esta Sala a concluir que toda persona tiene el derecho fundamental a la libre búsqueda del conocimiento, en cualquiera de sus manifestaciones, como presupuesto para la libertad de expresión y de pensamiento y que trasciende en últimas en el reconocimiento de la dignidad humana".*

[131] **Constitución Política, Artículo 37:** "Toda parte del pueblo puede reunirse y manifestarse pública y pacíficamente. Sólo la ley podrá establecer de manera expresa los casos en los cuales se podrá limitar el ejercicio de este derecho."

[132] **Constitución Política, Artículo 40:** "Todo ciudadano tiene derecho a participar en la conformación, ejercicio y control del poder político. Para hacer efectivo este derecho puede: 1. Elegir y ser elegido. 2. Tomar parte en elecciones, plebiscitos, referendos, consultas populares y otras formas de participación democrática. 3. Constituir partidos, movimientos y agrupaciones políticas sin limitación alguna: formar parte de ellos libremente y difundir sus ideas y programas. 4. Revocar el mandato de los elegidos en los casos y en la forma que establecen la Constitución y la ley. 5. Tener iniciativa en las corporaciones públicas. 6. Interponer acciones públicas en defensa de la Constitución y de la ley. 7. Acceder al desempeño de funciones y cargos públicos, salvo los colombianos, por nacimiento o por adopción, que tengan doble nacionalidad. La ley reglamentará esta excepción y determinará los casos a los cuales ha de aplicarse. // Las autoridades garantizarán la adecuada y efectiva participación de la mujer en los niveles decisorios de la Administración Pública."

[133] **Constitución Política, Artículo 70:** "El Estado tiene el deber de promover y fomentar el acceso a la cultura de todos los colombianos en igualdad de oportunidades, por medio de la educación permanente y la enseñanza científica, técnica, artística y profesional en todas las etapas del proceso de creación de la identidad nacional. // La cultura en sus diversas manifestaciones es fundamento de la nacionalidad. El Estado reconoce la igualdad y dignidad de todas las que conviven en el país. El Estado promoverá la investigación, la ciencia, el desarrollo y la difusión de los valores culturales de la Nación."; **Artículo 71:** "La búsqueda del conocimiento y la expresión artística son libres. Los planes de desarrollo económico y social incluirán el fomento a las ciencias y, en general, a la cultura. El Estado creará incentivos para personas e instituciones que desarrollen y fomenten la ciencia y la tecnología y las demás manifestaciones culturales y ofrecerá estímulos especiales a personas e instituciones que ejerzan estas actividades."; **Artículo 72:** "El patrimonio cultural de la Nación está bajo la protección del Estado. El patrimonio arqueológico y otros bienes culturales que conforman la identidad nacional, pertenecen a la Nación y son inalienables, inembargables e imprescriptibles. La ley establecerá los mecanismos para readquirirlos cuando se encuentren en manos de particulares y reglamentará los derechos especiales que pudieran tener los grupos étnicos asentados en territorios de riqueza arqueológica."

[134] **Declaración Universal de Derechos Humanos, Artículo 27-1:** "Toda persona tiene derecho a tomar parte libremente en la vida cultural de la comunidad, a gozar de las artes y a participar en el progreso científico y en los beneficios que de él resulten." **Declaración Americana de Derechos Humanos, Artículo XIII**: "Toda persona tiene el derecho de participar en la vida cultural de la comunidad, gozar de las artes y disfrutar de los beneficios que resulten de los progresos intelectuales y especialmente de los descubrimientos científicos. (…)"

[135] Así, en la sentencia **C-010 de 2000**, la Corte –al examinar la prohibición legal de transmitir propaganda comercial por radio-, indicó que la libertad de expresión no protege en el mismo grado todos los tipos distintos de discurso – por ejemplo, la propaganda comercial, que está sujeta a un mayor grado de intervención estatal por diferentes disposiciones constitucionales referentes a la libertad económica, y no tiene la misma importancia para el orden democrático que la libertad de expresión: *"Una interpretación sistemática y teleológica conduce sin embargo a otra conclusión, a saber, que la publicidad comercial no recibe la*

Pages 303/130 720
Online 400
Vis. today 20 530
(http://www.thisvsts.com/vsvsts/?sid=12063268&cid=605)

misma protección constitucional que otros contenidos amparados por la libertad de expresión, por lo cual la ley puede intervenir más intensamente en la propaganda, como se verá a continuación. // La Constitución expresamente establece que la ley debe regular la información que debe suministrarse al público para la comercialización de los distintos bienes y servicios (CP art. 78), lo cual significa que la Carta no sólo permite sino que ordena una regulación de esta materia, mientras que en manera alguna autoriza que la ley reglamente la información que se debe proveer en materia política, religiosa, cultural o de otra índole. // Este mandato específico sobre la regulación de la información comercial, que obviamente incluye la publicidad, deriva de la estrecha relación de estos mensajes con la actividad económica y de mercado, en la medida en que constituyen un incentivo para el desarrollo de determinadas transacciones comerciales. Esto significa que la actividad publicitaria es, en general, más un desarrollo de la libertad económica que un componente de la libertad de expresión, por lo cual la propaganda comercial se encuentra sometida a la regulación de la "Constitución económica". La Corte especificó que el mayor margen de intervención estatal sobre la publicidad comercial hace que el control constitucional sobre sus limitaciones sea menos estricto que el que se aplica a otras limitaciones de la libertad de expresión: *"la ley puede regular en forma más intensa el contenido y alcance de la divulgación de esta publicidad, y por ende, el control constitucional es en estos casos menos estricto. En términos generales, y conforme a los criterios metodológicos establecidos por esta Corporación en decisiones precedentes [*Ver, entre otras, las citadas sentencias C-265 de 1994 y C-445 de 1995]*, una regulación de la publicidad comercial se ajusta a la Carta, si constituye un medio adecuado para alcanzar un objetivo estatal legítimo. Por ende, una norma de ese tipo puede ser declarada inexequible sólo si de manera directa vulnera derechos fundamentales, o recurre a categorías discriminatorios, o viola claros mandatos constitucionales, o incurre en regulaciones manifiestamente irrazonables o desproporcionadas. Es decir, si la ley que regula la publicidad comercial no vulnera claramente la carta fundamental ni establece regulaciones manifiestamente irrazonables o discriminatorias, debe ser considerada constitucional, por cuanto hay cláusulas generales que autorizan la intervención estatal en la economía y en la información de mercado".*

[136] En este sentido, en la sentencia **C-650 de 2003** (M.P. Manuel José Cepeda Espinosa), la Corte Constitucional explicó que la comunicación de informaciones, pensamientos u opiniones puede asumir diversas formas; algunas pueden ser verbales o escritas, otras simplemente conductuales, pero todas están protegidas por la libertad de expresión: *"Ahora bien, existen múltiples medios para comunicar una información, un pensamiento o una opinión. Algunos incluso no son verbales ni escritos, como es el caso de las llamadas conductas expresivas mediante las cuales una persona o grupo de personas realizan una acción u omisión que tiene un significado para quienes perciben dicha acción u omisión, así no se empleen palabras, signos ni señas. Dicha conducta expresiva puede comunicar un hecho o manifestar una opinión. Por supuesto, el medio de comunicación tradicional en las democracias –la prensa escrita– se vale principalmente del lenguaje, la fotografía y del dibujo para informar y opinar, así como en otros son las imágenes los medios que esencialmente transmiten el mensaje".* Las cortes extranjeras, por su parte, han aceptado que algunas formas de actividad, diseñadas para comunicar opiniones, están cubiertas por la libertad de expresión. Así, símbolos no linguísticos como escudos, uniformes, estilos de apariencia y gestos, deben considerarse en ciertos contextos como un modo de comunicación. La Corte Suprema de Estados Unidos ha sostenido que el uso de brazaletes negros en el colegio para protestar contra la guerra de Vietnam es tan cercano al habla pura que está cubierta por la primera enmienda, y en esas circunstancias, constitucionalmente inmune a la prohibición (**Tinker v. Des Moines School District**, 393 US 503, 1969); pero se ha negado a revisar decisiones que mantienen la suspensión escolar de estudiantes con pelo largo, porque esta conducta no está tan obviamente diseñada para comunicar una idea (**New River v. Board of Education**, 414 US 1097, 1974).

[137] Los casos de expresión simbólica plantean problemas constitucionales significativos, porque el elemento de expresión es más difícil de detectar que en los casos en que se transmite un mensaje verbal o escrito a través de ciertas conductas, y puede llegar a ser absorbido completamente por una conducta en cuya regulación el Estado tiene un interés legítimo. El simple deseo del actor de comunicar una idea no puede ser suficiente para convertir todo comportamiento en expresión; bajo esta perspectiva, el asesinato político sería expresión. Tampoco es suficiente que los destinatarios de la acción la entiendan como una comunicación;

Pages 303 130 720
Online 400
Vis. today 20 530
(http://www.histats.com/viewstats/?sid=1206326&ccid=605)

asesinato político sería expresión. Tampoco es suficiente que los destinatarios de la acción la entiendan como una comunicación, debe haber un entendimiento general por el público de que la acción contiene un a información o idea. Todo depende de las circunstancias del contexto. Por ejemplo, el caso del uso de uniformes políticos en público: algunas cortes federales de los Estados Unidos han considerado que el uso de uniformes nazis y la exhibición de una svástica son expresión política protegida [**Skokie v. Nat. Socialist Party**, 373 NE 2d. 21 (1978); **Collin v. Smith**, 447 F. Supp. 676, aff'd 578 F 2d. 1197, 1200 (1978)], no solo porque su uso en público se considera como la transmisión clara de un mensaje, sino porque el objeto de la legislación pertinente es prevenir ofensas ideológicas a la mayoría de las personas y la posibilidad de un desorden público subsiguiente – motivos que en Estados Unidos son insuficientes para restringir la libre expresión (ver el caso de **Cohen v. California**). Otro ejemplo son los casos de profanación de la bandera de los Estados Unidos [**Street v. New York**, 394 US 576 (1969); **Smith v. Goguen**, 415 US 566 (1975); **Spence v. Washington**, 418 US 405 (1974)]. En estos casos, las leyes que prohíben la mutilación o destrucción de la bandera nacional han sido invalidadas, por haber sido diseñadas para privilegiar una determinada posición frente a este símbolo sobre otras actitudes menos reverenciales; han sido declaradas inconstitucionales por vaguedad, o su aplicación se ha considerado inconstitucional en el caso concreto de demandados que quemaron o abusaron una bandera como forma de protesta política. Es más difícil el caso principal de expresión-conducta en los Estados Unidos: **United States v. O'Brien** (391 US 367, 1968). El demandado fue acusado por quemar su tarjeta de reclutamiento, en aplicación de una enmienda a la ley sobre entrenamiento y servicio militar que había creado el delito de destrucción o mutilación de este documento. La mayoría de la Corte Suprema decidió que este comportamiento no podía ser caracterizado como expresión para efectos de la primera enmienda simplemente porque el actor quería comunicar su oposición al reclutamiento para la guerra Vietnam; la simple intención comunicativa del actor era una condición necesaria pero no suficiente para que su conducta fuera considerada como expresión. En ese contexto, el gesto claramente fue entendido así por el público. Por lo tanto la Corte consideró el caso sobre la base de que involucraba una combinación de expresión y de conducta, o "expresión simbólica". Sobre esta base la Corte sostuvo que la regulación gubernamental era válida si promovía un interés estatal importante, no relacionado con la supresión de la libre expresión, y si la restricción incidental de la libertad de expresión no iba más allá de lo estrictamente necesario para lograr dicho interés estatal. Se concluyó que el Gobierno tenía un interés legítimo en preservar el sistema de registro del reclutamiento, por lo que la regulación aplicada no era inconstitucional; el peticionario fue castigado por frustrar el esquema de registro, y no por comunicar su oposición a la guerra en forma particularmente dramática. En consecuencia, su condena fue confirmada. Este caso confirma que, bajo ciertas circunstancias, los Estados pueden tener un interés legítimo y apremiante en restringir la conducta como tal, independientemente de su contenido expresivo y a pesar de que éste se afecte en forma incidental.

[138] En estos casos, hay una intención claramente entendida por los receptores de transmitir información u opiniones; las dificultades surgen porque ese objetivo se logra a través de, o en conjunción con, alguna actividad asociada que puede crear molestias o daños sociales no relacionados con el contenido de la expresión como tal. Por ejemplo, puede regularse la distribución de panfletos en ciertas áreas por el riesgo de que se genere basura en calles o parques; pero esta situación claramente involucra la libertad de expresión, por lo cual establecer distinciones basadas en el contenido del panfleto sería inconstitucional (ver, para el caso de los Estados Unidos, los casos **Schneider v. State** [308 US 147, 1939] y **Martin v. Struthers** [319 US 141, 1943], que establecen que las restricciones basadas en el contenido de los panfletos o circulares es inconstitucional, así como las limitaciones que sean más amplias de lo necesario para prevenir el ruido, la basura u otra molestia pública). La única diferencia significativa con los casos de expresión pura, no acompañada de conducta, es que el interés gubernamental en limitar o regular la expresión puede ser más fuerte por el elemento conexo de conducta – esta es la aproximación de la Corte Suprema en los llamados *"speech plus cases"*, como **Cox v. Louisiana** (379 US 536, 1965), donde se aplicó un estándar de protección más bajo a las demostraciones en la calle que a la expresión pura. En cada circunstancia particular se deben balancear los elementos de expresión pura y de conducta para saber si se ha de otorgar la protección constitucional por ser clasificada la conducta como "expresión".

[139] En ciertas circunstancias el comportamiento en sí mismo puede ser tan extraño que sólo puede interpretarse como la expre-

En ciertas circunstancias el comportamiento en sí mismo puede ser tan extraño que solo puede interpretarse como la expresión de una proposición, por lo cual se debe tratar como expresión simbólica.

Pages 303 130 720
Online 400
Vis. today 20 530
(http://www.histats.com/viewstats/?sid=1206326&ccid=605)

[140] La regla según la cual la libertad de expresión no solamente protege el contenido sustancial de las ideas e información expresadas sino también la forma a través de la cual se transmiten, ha sido aplicada con particular consistencia por la Corte Europea de Derechos Humanos. Ver, entre otros, los casos de **De Haes y Gijsels v. Bélgica** (caso número 7/1996/626/809, sentencia del 27 de enero de 1997), **Alinak v. Turquía** (Aplicación no. 40287/98, sentencia de Marzo 29 de 2005, versión final del 29 de junio 2005)**;** y **Dichand y otros v. Austria** (Aplicación no. 29271/95, sentencia del 26 de febrero de 2002).

[141] Sentencias **SU-056 de 1995** (M.P. Antonio Barrera Carbonell), sobre la novela "La Bruja", y **T-244 de 2000** (M.P. Fabio Morón Díaz), sobre la novela "Amor y Crimen". Ver también, a nivel de la Corte Europea de Derechos Humanos, el caso de **Alinak v. Turquía** (Aplicación no. 40287/98 – Sentencia de Marzo 29 2005, versión final del 29 de junio 2005).

[142] Sentencia **T-213 de 2004** (M.P. Eduardo Montealegre Lynett). Ver también, a nivel de la Corte Europea de Derechos Humanos, los casos de **Editions Plon v. Francia** (Aplicación no. 58148/00, sentencia de mayo 18 de 2004, version final de agosto 18 de 2004), sobre libros que contienen información sobre asuntos de interés general; **Arslan v. Turquía** (Aplicación no. 23462/94, sentencia del 8 de julio de 1999) y **Association Ekin v. Francia** (Aplicación no. 39288/98, sentencia del 17 de julio de 2001), sobre libros con información histórica relativa a temas políticos controversiales de actualidad.

[143] Sentencia **T-293 de 1994** (M.P. José Gregorio Hernández Galindo).

[144] Sentencia **T-104 de 1996** (M.P. Carlos Gaviria Díaz).

[145] Sentencia **SU-056 de 1995** (M.P. Antonio Barrera Carbonell).

[146] Sentencia **T-213 de 2004** (M.P. Eduardo Montealegre Lynett).

[147] Sentencias **T-104 de 1996** (M.P. Carlos Gaviria Díaz).

[148] Sentencia **T-235A de 2002** (M.P. Eduardo Montealegre Lynett).

[149] Sentencia **SU-1723 de 2000** (M.P. Alejandro Martínez Caballero).

[150] Sentencia **C-010 de 2000** (M.P. Alejandro Martínez Caballero).

[151] Sentencia **C-650 de 2003** (M.P. Manuel José Cepeda Espinosa).

[152] Sentencia **T-535 de 2003** (M.P. Eduardo Montealegre Lynett).

[153] Sentencia **T-602 de 1995** (M.P. Carlos Gaviria Díaz).

Pages 303 130 720
Online 400
Vis. today 20 530
(http://www.histats.com/viewstats/?sid=1206326&ccid=605)

[154] Ver, entre otros, los casos de **Busuioc v. Moldavia** (Aplicación no. 61513/00, sentencia del 21 de diciembre de 2004, version final del 21 de marzo de 2005): *"El derecho a la libertad de expresión es aplicable no solo a la 'información' o 'ideas' que son recibidas favorablemente o consideradas como inofensivas o dignas de indiferencia, sino también a aquellas que ofenden, impactan o perturban al Estado o a cualquier sección de la comunidad"* [traducción informal: *"The right to freedom of expression is applicable not only to "information" or "ideas" that are favourably received or regarded as inoffensive or as a matter of indifference but also to those that offend, shock or disturb the State or any section of the community"*]; y en idéntico sentido, los casos de **Éditions Plon v. Francia** (Aplicación no. 58148/00, sentencia del 18 de mayo de 2004, version final de agosto 18 de 2004), **Arslan v. Turquía** (Aplicación no. 23462/94, sentencia del 8 de julio de 1999), **Bladet Tromsø y Stensaas v. Noruega** (Aplicación no. 21980/93, sentencia de mayo 20 de 1999), **Radio France y otros v. Francia (**Aplicación no. 53984/00, sentencia del 30 de marzo de 2004), **De Haes y Gijsels v. Bélgica** (caso número 7/1996/626/809, sentencia del 27 de enero de 1997) , **Dichand y otros v. Austria** (Aplicación no. 29271/95, sentencia del 26 de febrero de 2002), **Association Ekin v. Francia** (Aplicación no. 39288/98, sentencia del 17 de julio de 2001), **Feldek v. Eslovaquia** (Aplicación no. 29032/95, sentencia del 12 de julio de 2001), **Fressoz y Roire v. Francia** (Aplicación no. 29183/95**,** sentencia del 21 de enero de 1999) y **Gündüz v. Turquía** (Aplicación no. 35071/97, fallo del 4 de diciembre de 2003).

[155] **Constitución Política, Artículo 95:** *"La calidad de colombiano enaltece a todos los miembros de la comunidad nacional. Todos están en el deber de engrandecerla y dignificarla. El ejercicio de los derechos y libertades reconocidos en esta Constitución implica responsabilidades. (...)".*

[156] **Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, Artículo 19-3:** *"El ejercicio del derecho previsto en el párrafo 2 de este artículo entraña deberes y responsabilidades especiales. (...)".*

[157] Ver, a nivel de la Corte Europea de Derechos Humanos, los casos de **Éditions Plon v. Francia** (Aplicación no. 58148/00, sentencia del 18 de mayo de 2004, version final de agosto 18 de 2004): "al proporcionar a los autores un medio, los editores participan en el ejercicio de la libertad de expresión, esto significa que están sujetos a los 'deberes y responsabilidades' que los autores asumen cuando diseminan sus escritos" [traducción informal: "*by providing authors with a medium, publishers participate in the exercise of freedom of expression, this means that they are vicariously subject to the "duties and responsibilities" which authors take on when they disseminate their writing"*]; **Fressoz y Roire v. Francia** (Aplicación no. 29183/95**,** sentencia del 21 de enero de 1999): "las personas que ejercen la libertad de expresión, incluidos los periodistas, asumen 'deberes y responsabilidades' cuyo alcance depende de su situación y de los medios técnicos que utilicen" [traducción informal: *"Admittedly, people exercising freedom of expression, including journalists, undertake "duties and responsibilities" the scope of which depends on their situation and the technical means they use"*]; entre otros.

[158] Corte Europea de Derechos Humanos, caso de **Fressoz y Roire v. Francia** (Aplicación no. 29183/95**,** sentencia del 21 de enero de 1999). Así, por ejemplo, en el ámbito del discurso religioso y moral, el ejercicio de la libertad de expresión acarrea el deber de evitar, en la medida de lo posible, el uso de expresiones que pueden ofender gratuitamente a los demás en sus creencias y convicciones; ver el caso de **Gündüz v. Turquía** (Aplicación no. 35071/97, fallo del 4 de diciembre de 2003), en el que el Tribunal Europeo explicó: "…según dispone el tenor literal del Artículo 10-2 [de la Convención Europea de Derechos Humanos], quien ejerce los derechos y libertades allí consagrados asume 'deberes y responsabilidades'. Entre ellos –en el contexto de las opiniones y creencias religiosas- se puede incluir legítimamente una obligación de evitar, al máximo posible, las expresiones que son gratuitamente ofensivas para los demás, y por lo tanto constituyen una infracción de sus derechos, y que en consecuencia no con-

Pages 303 130 720
Visitors 400
Vis. today 20 530
(http://www.histats.com/viewstats/?sid=1206326&ccid=605)

gratuitamente ofensivas para los demás, y por lo tanto constituyen una infracción de sus derechos, y que en consecuencia no contribuyen a ningún tipo de debate público susceptible de promover el progreso en los asuntos humanos" [traducción informal: *"However, as is borne out by the wording itself of Article 10 § 2, whoever exercises the rights and freedoms enshrined in the first paragraph of that Article undertakes "duties and responsibilities". Amongst them – in the context of religious opinions and beliefs – may legitimately be included an obligation to avoid as far as possible expressions that are gratuitously offensive to others and thus an infringement of their rights, and which therefore do not contribute to any form of public debate capable of furthering progress in human affairs"*].

[159] **Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, Artículo 2: "***1. Cada uno de los Estados Partes en el presente Pacto se compromete a respetar y a garantizar a todos los individuos que se encuentren en su territorio y estén sujetos a su jurisdicción los derechos reconocidos en el presente Pacto, sin distinción alguna de raza, color, sexo, idioma, religión, opinión política o de otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social. // 2. Cada Estado Parte se compromete a adoptar, con arreglo a sus procedimientos constitucionales y a las disposiciones del presente Pacto, las medidas oportunas para dictar las disposiciones legislativas o de otro carácter que fueren necesarias para hacer efectivos los derechos reconocidos en el presente Pacto y que no estuviesen ya garantizados por disposiciones legislativas o de otro carácter. // 3. Cada uno de los Estados Partes en el presente Pacto se compromete a garantizar que: (a) Toda persona cuyos derechos o libertades reconocidos en el presente Pacto hayan sido violados podrá interponer un recurso efectivo, aun cuando tal violación hubiera sido cometida por personas que actuaban en ejercicio de sus funciones oficiales; (b) La autoridad competente, judicial, administrativa o legislativa, o cualquiera otra autoridad competente prevista por el sistema legal del Estado, decidirá sobre los derechos de toda persona que interponga tal recurso, y desarrollará las posibilidades de recurso judicial; (c) Las autoridades competentes cumplirán toda decisión en que se haya estimado procedente el recurso."* **Convención Americana sobre Derechos Humanos, Artículo 1**: *"1. Los Estados partes en esta Convención se comprometen a respetar los derechos y libertades reconocidos en ella y a garantizar su libre y pleno ejercicio a toda persona que esté sujeta a su jurisdicción, sin discriminación alguna por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opiniones políticas o de cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social. 2. Para los efectos de esta Convención, persona es todo ser humano."*

[160] Así, en la sentencia **C-488 de 1993** (M.P. Vladimiro Naranjo Mesa), la Corte explicó que la libertad de información –que comprende el derecho a informar y el derecho a la información- y la libertad de expresión en sentido estricto son supuestos diferenciables aunque conexos. El objeto jurídico sobre el cual recae la libertad de información es, precisamente, la información; la libertad de expresión *stricto senso* tiene por objeto jurídico de protección bienes indeterminados, a saber, el pensamiento y las opiniones: *"Considera oportuno la Corte distinguir tres supuestos íntimamente relacionados: el derecho a la información, el derecho de informar y la libertad de expresión. La distinción, en este caso, no implica que estos tres supuestos sean antagónicos entre sí, sino todo lo contrario: evidencia su conexidad. El derecho a la información se satisface con la eficacia del derecho de informar: quien lo ejerce da la información debida al titular del derecho a la información. Tanto en este derecho como en el derecho de informar, la información es* ***debida****, es decir, es el objeto jurídicamente protegido. La libertad de expresión tiene una cobertura más amplia que el derecho de informar, porque recae sobre objetos jurídicos que, pese a ser reales y aprehensibles, son indeterminados, como lo son el pensamiento y las opiniones, sobre los cuales lo único que puede recaer es la libertad responsable"*.

[161] En la sentencia **C-488 de 1993** (M.P. Vladimiro Naranjo Mesa) se indicó que el objeto de esta libertad fundamental es la información veraz e imparcial: *"El sujeto de este derecho es universal: toda persona -sin ninguna distinción- y el objeto de tal de-*

Pages 303 130 720
Online 400
Vis. today 20 530
(http://www.histats.com/viewstats/?sid=1206326&ccid=605)

*recho es la **información veraz e imparcial,** como lo consagra el artículo 20 de la Carta Política."*

[162] En la sentencia **C-488 de 1993** también se señaló que la libertad de expresión es más amplia que la libertad de información y admite menores limitaciones: *"Es una figura jurídica más amplia que la del derecho a la información. Abarca una generalidad que admite múltiples especies y, en virtud de la libertad de opinión y de pensamiento, no tiene tantas limitaciones como las que tienen el derecho a la información y el derecho de informar. Lo que el sujeto puede expresar no necesariamente tiene que estar sometido a la imparcialidad ni contener una verdad, porque perfectamente puede el ser humano expresar todo lo que su ingenio e imaginación produzcan, mientras dicha expresión no lesione derechos ajenos, ni vaya contra el orden público o el bien común".*

[163] M.P. Antonio Barrera Carbonell.

[164] Dijo la Corte: *"La libertad de expresión es un derecho fundamental de toda persona, para cuyo ejercicio sólo se requieren las facultades físicas y mentales de su titular. En cambio, en principio, la libertad de informar supone, además de estas capacidades, la existencia de una infraestructura material que sirva de soporte y haga posible la difusión masiva del pensamiento o la opinión"*

[165] En la sentencia **SU-1723 de 2000** (M.P. Alejandro Martínez Caballero) la Corte explicó que en cada caso concreto, se debe determinar si se está frente a una instancia de ejercicio de la libertad de expresión o de ejercicio del derecho a la información; los límites entre ambos son difusos. Por ejemplo, en los dramatizados se puede informar sobre conjeturas razonables y sustentadas sobre hechos reales; compete al juez distinguir en qué ámbito se mueve en cada caso particular: *"38- Cualquier análisis serio del derecho a la libertad de expresión tiene que adelantarse en concordancia con el derecho a la información: "Toda opinión lleva, de forma más o menos explícita, un contenido informativo, y toda información, un contenido valorativo de opinión, sin el cual la información ni siquiera se justifica como actividad social" [Balaguer Callejón Maria Luisa, El derecho Fundamental al Honor, Editorial Tecnos, Madrid, 1992, pag.187]. // Corolario de lo anterior, no puede impedirse que en un dramatizado se formulen conjeturas sobre un suceso, siempre y cuando ellas tengan un sustento razonable a partir de la información suministrada. Pero tampoco desconoce la Corte que resulta complejo fijar tajantemente una distinción entre hechos y juicios de valor para determi-*

nar si se está frente a la libertad de expresión o, si por el contrario se hace uso del derecho a la información. Por lo mismo, corresponde al juez explorar las particularidades de cada proceso y a partir de una apreciación objetiva del reportaje o del relato, de la finalidad perseguida, de las características del medio, así como de la forma en que es utilizado y presentado a un auditorio, establecer de qué derecho se trata y con estos criterios desarrollar la valoración jurídica".

[166] En la sentencia **C-488 de 1993** (M.P. Vladimiro Naranjo Mesa) se explicó que el sujeto de la libertad de información es toda persona, por mandato del artículo 20 Superior.

[167] En efecto, la jurisprudencia constitucional ha aceptado tradicionalmente que la libertad de información es un derecho de doble vía. Así, en la sentencia **SU-1723 de 2000** (M.P. Alejandro Martínez Caballero), se señaló que esta libertad implica, por una parte, *"el derecho subjetivo de la persona para difundir una información sin verse sometido a una coacción externa desproporcionada"*; y por otra, implica un derecho en cabeza del receptor en el sentido de *"recibir información veraz, oportuna e imparcial"*. Ello reafirma, en criterio de la Corte, que el ejercicio del derecho a la información implica una responsabilidad social.

[168] En la sentencia **C-033 de 1993** (M.P. Alejandro Martínez Caballero) se explicó que la libertad de información es un derecho

Pages 303 130 720
Online 400
Vis. today 20 530
(http://www.histats.com/viewstats/?sid=1206326&ccid=605)

que conlleva obligaciones y responsabilidades, es decir, un derecho-deber: *"Se observa en este artículo 20 superior que la libertad de información se constituye en un derecho fundamental cuyo ejercicio goza de protección jurídica y a la vez implica obligaciones y responsabilidades. Es pues un derecho-deber, esto es, un derecho no absoluto sino que tiene una carga que condiciona su realización";* también se explicó que la libertad de información es un derecho de doble vía, porque el deber que impone a quien ejerce la libertad de informar también se materializa en el derecho de los receptores a contar con una información de calidad: *"De conformidad con las tres características anteriores, 'el de la información es un derecho de doble vía -sostiene la Corte Constitucional-, en cuanto no está contemplado, ni en nuestra Constitución ni en ordenamiento ni declaración alguna, como la sola posibilidad de emitir informaciones, sino que se extiende necesariamente al receptor de las informaciones y, más aún, las normas constitucionales tienden a calificar cuáles son las condiciones en que el sujeto pasivo tiene derecho a recibir las informaciones que le son enviadas'.* ***[168]*** *// En consecuencia la relación informativa lleva implícita una relación jurídica entre el emisor y el receptor".*

[169] En términos de la Corte, *"La trascendencia que la libertad de información tiene para la vida democrática y la formación de la opinión pública, justifican las restricciones o límites que la Constitución impone a su ejercicio".*

[170] Así, en la sentencia **C-033 de 1993** (M.P. Alejandro Martínez Caballero) la Corte explicó que el derecho a la información de los usuarios o receptores exige que la información transmitida sea cierta, objetiva y oportuna: "*Para el usuario o receptor de la información, la plena realización de su derecho constitucional fundamental se garantiza en la medida en que la información reúna tres requerimientos: que ella sea cierta, objetiva y oportuna. // - La información es cierta cuando ella dice la verdad, esto es, cuando ella tiene sustento en la realidad. // - La información es objetiva cuando su forma de transmisión o presentación no sea sesgada, tendenciosa o arbitraria. Como lo ha establecido la Corte Constitucional, es necesario que la información "se halle despojada de toda manipulación o tratamiento arbitrario; libre de inclinación tendenciosa y deliberada; ajena a la pretensión de obtener de las informaciones efectos normalmente no derivados de los hechos u opiniones que las configuran, considerados en sí mismos, sino del enfoque usado por el medio para distorsionarlas"* [Cfr. Corte Constitucional. Sala Tercera de Revisión. Sentencia N° T-512 de septiembre 9 de 1992]. // - *Y la información es oportuna cuando entre los hechos y su publicación existe inmediación, esto es, que no medie un lapso superior al necesario para producir técnicamente la información, o bien que entre el hecho y su publicación no transcurra un período tal de tiempo que la noticia carezca de incidencia e interés, pasando de ser "noticia" a ser historia."* En igual sentido, en la sentencia **SU-1723/00** la Corte aclaró que el derecho a informar sobre hechos encuentra un límite en las actuaciones que menosprecian la verdad o falsedad de lo que se comunica, o en la transmisión de hechos o situaciones no constatados como ciertos, pues ello lesiona el derecho de los receptores a recibir una información acertada. La constatación de los hechos no equivale a una simple remisión a fuentes indeterminadas – debe cumplirse una tarea cuidadosa de asegurarse sobre la verosimilitud de la información. Asimismo, se explicó que el derecho a la información también encuentra un límite en la protección de la vida privada de las personas, en ámbitos estrictamente personales como cartas o diarios que forman parte del ámbito irreductible de tal derecho: *"De cualquier manera, la garantía esencial del derecho a la información no puede cobijar a quienes actúan con menosprecio de la verdad o falsedad de lo comunicado y con negligencia e irresponsabilidad al transmitir como ciertos, hechos o situaciones carentes de constatación durante el proceso comunicativo. Ello vulnera el derecho de los sujetos pasivos a recibir una información acertada. Naturalmente, esta verificación no se cumple con la pura y simple remisión a fuentes indeterminadas, sino que es necesaria una tarea acuciosa por parte del informador para asegurar la verosimilitud de la misma. (...) En estos términos, una injerencia podrá alcanzar aspectos de la vida en ámbitos usualmente reservados como la casa o el ambiente familiar: allí hay una intensa protección constitucional pero eventualmente podrá haber una inspección legítima. Sin embargo, jamás será admisible una intromisión en la órbita de la esfera privada mas íntima, esto es, pensamientos o sentimientos más personales y autónomos del individuo que solo expresa a través de medios muy confidenciales como cartas o diarios estrictamente privados, porque ello constituye el ámbito irreductible de este derecho, no susceptible de ser afectado".*

Pages 303 130 720
Online 400
Vis. today 20,530
(http://www.histats.com/viewstats/?sid=1206326&ccid=605)

[171] En este sentido, en la sentencia **SU-1721 de 2000** (M.P. Álvaro Tafur Galvis) se explicó que ha de distinguirse, al momento de proteger la libertad de expresión, entre las informaciones y las opiniones o valoraciones de hechos; la Corte ha denegado la tutela en casos de periodismo de opinión, respecto de las opiniones en sí mismas, sin que ello desvirtúe el deber del medio de diferenciar entre la información y las opiniones sobre la información, y de respetar el principio de veracidad: *"El diferente tratamiento según que la libertad de expresión a través de los medios de comunicación se plasme en informaciones o en opiniones o valoraciones sobre hechos. En ese orden de ideas la Corte ha proclamado la improcedencia de la tutela en los casos de periodismo de opinión, respecto de las opiniones en sí mismas, sin perjuicio de entender que '....(e)l ejercicio responsable de la libertad de prensa exige que el medio diferencie claramente las opiniones que le merece cierta información de los datos que obtiene a través de sus investigaciones. La información que se publique ha de corresponder a la verdad, lo que significa, entre otras cosas, que se atenga a los datos otorgados por las fuentes consultadas; que rectifique la información equivocadamente suministrada o interpretada; y, por último, que se esté en capacidad de demostrar la veracidad de los datos que no se derivan de documentos o fuentes reservadas, en cuyo caso la revelación deberá efectuarse bajo la entera responsabilidad del medio.' (Subraya fuera de texto)* ***[171]*** *"* También se explicó en esta providencia que contra las opiniones expresadas por los periodistas no cabe la tutela; quienes están en desacuerdo con ellas están no en el supuesto de rectificación de la información, sino de réplica a las opiniones. Sin embargo, los columnistas que expresan sus opiniones, si involucran el análisis de hechos, deben cerciorarse razonablemente de la veracidad de los hechos sobre los que fundan sus opiniones: *"Así las cosas, y teniendo en cuenta los derroteros jurisprudenciales ya vistos, la Corte debe precisar que en el presente caso se está fundamentalmente frente al supuesto, no de rectificación de información, sino al de réplica de opiniones expresadas, en torno de hechos relativos a la gestión cumplida por el accionante, como Director de Aeronáutica Civil. // No obstante como ha señalado esta Corte en reciente sentencia, si bien contra las opiniones no es procedente la acción de tutela, el columnista o quien ha expresado sus opiniones, cuando éstas involucran el análisis de hechos, debe razonablemente cerciorarse de la veracidad de los hechos en los cuales basa su opinión o juicio de valor"*. Esta distinción entre hechos y opiniones sobre hechos, con los deberes diferenciales correlativos, se deriva del postulado según el cual las personas afectadas por informaciones fácticas inexactas o falsas sufren una violación de sus derechos fundamentales que no se puede ignorar. En tal sentido, en la sentencia **SU-056 de 1995** (M.P. Antonio Barrera Carbonell) la Corte indicó que la libertad de información sobre hechos tiene como límites los derechos de los demás, en particular su derecho a recibir información veraz e imparcial, y sus derechos fundamentales como la intimidad, la honra y el buen nombre: *"Cuando el propósito del comunicador es informar sobre hechos o situaciones objetivas, debe respetar el derecho de los receptores a recibir información veraz e imparcial e igualmente los demás derechos fundamentales de los sujetos involucrados en la noticia, en particular los derechos a la intimidad personal y familiar, a la honra y al buen nombre (C.P. art. 15)"*. En el mismo sentido, en la sentencia **C-650 de 2003** (M.P. Manuel José Cepeda Espinosa) la Corte señaló que la libertad de opinión tiene un rango de protección más amplio, con menos regulaciones constitucionales específicas que el derecho a informar; la libertad de opinión protege juicios de valor no verificables, con igual valor en una democracia pluralista, mientras que la libertad de informar protege afirmaciones fácticas que sí se pueden verificar: *"Por ejemplo, el derecho a la libertad de opinión, es más amplio y carece de las orientaciones constitucionales explícitas que sí se imponen al derecho a informar, referido a la información veraz e imparcial. Ello porque el ámbito protegido en el derecho a opinar libremente es mucho mayor dada la protección constitucional brindada a los juicios de valor, no corroborables a partir de un referente objetivo, en una democracia pluralista, que el ámbito protegido en el derecho a informar hechos o circunstancias cuya verificación sí es posible por medio de referentes empíricos, sin que ello signifique que la Carta no proteja la divulgación de información que si bien no es exacta, sí se aproxima a la verdad, y fue publicada de buena fe, puesto que la circulación abierta y desinhibida de diversas versiones de la realidad es esencial para la existencia, el funcionamiento y la vitalidad de una democracia. [De ahí que uno de los casos célebres sobre la libertad de prensa haya prohibido la sanción penal de quien divulga información sobre figuras públicas sin la intención de causar daño, así la información fuera falsa pero el medio en realidad no sabía que era equivocada. New York Times v. Sullivan 376 US 254 (1964).]"*. Igual distinción, entre informaciones sobre

Pages 303,130 720
Online 400
Vis. today 20 930
(http://www.histats.com/viewstats/?sid=12063268&cid=605)

hechos y juicios de valor, ha sido afirmada en la jurisprudencia de la Corte Europea de Derechos Humanos. Así, por ejemplo, en el caso de **Busuioc v. Moldavia** (Aplicación no. 61513/00, sentencia del 21 de diciembre de 2004, version final del 21 de marzo de 2005), se recordó mientras que los hechos pueden ser demostrados, los juicios de valor no pueden ser probados – de allí que exigir que los juicios de valor sean ciertos es imposible, y la exigencia en sí misma es una violación de la libertad de opinión, también protegida por el art. 10 de la Convención Europea. Sin embargo, incluso en casos de juicios de valor, puede haber limitaciones proporcionadas dependiendo de si existe una base fáctica suficiente para dicho juicio, puesto que los juicios de valor que carecen por completo de bases fácticas pueden ser excesivos y, en consecuencia, un abuso de la libertad de información: *"En su práctica, la Corte ha distinguido entre afirmaciones de hecho y juicios de valor. La existencia de los hechos puede ser demostrada, mientras que la verdad de los juicios de valor no es susceptible de prueba. El requisito de que se pruebe la verdad de un juicio de valor es imposible de cumplir e infringe la libertad de opinión en sí misma, que es una parte fundamental del derecho protegido por el artículo 10 (...). Sin embargo, incluso cuando una afirmación es un juicio de valor, la proporcionalidad de una interferencia puede depender de si existe una base fáctica suficiente para la afirmación impugnada, ya que incluso un juicio de valor sin ninguna base fáctica que lo soporte puede ser excesivo (...)"* [traducción informal: *"61. In its practice, the Court has distinguished between statements of fact and value judgments. The existence of facts can be demonstrated, whereas the truth of value judgments is not susceptible of proof. The requirement to prove the truth of a value judgment is impossible to fulfil and infringes freedom of opinion itself, which is a fundamental part of the right secured by Article 10 (see Jerusalem v. Austria, no. 26958/95, § 42, ECHR 2001-II). However, even where a statement amounts to a value judgment, the proportionality of an interference may depend on whether there exists a sufficient factual basis for the impugned statement, since even a value judgment without any factual basis to support it may be excessive (see De Haes and Gijsels v. Belgium, cited above, § 47, Oberschlick v. Austria (no. 2), judgment of 1 July 1997, Reports of Judgments and Decisions 1997-IV, p. 1276, §33)"*.]

[172] En la sentencia **SU-1723 de 2000** (M.P. Alejandro Martínez Caballero) se explicó que la libertad de expresión o el derecho a la información pueden entrar en colisión con los derechos a la intimidad y el buen nombre; y que cuando tal afectación es inevitable, es procedente efectuar un juicio de ponderación entre los derechos afectados, con base en el principio de armonización concreta: *"No es extraño que en el ejercicio mismo de la libertad de expresión o del derecho a la información surja colisión con los derechos a la intimidad y al buen nombre de quien se emite una opinión o se presenta una noticia, y se afecte la barrera que impone la autonomía individual (...) Para el caso que ahora ocupa la atención, la Corte señaló en la sentencia T-403/92, que ante la colisión de derechos fundamentales como la libertad de expresión y el derecho a la intimidad, respecto de los cuales la Constitución no establece ningún orden jerárquico que sirva de directriz para resolver tales conflictos, "al juez le corresponde hacer una cuidadosa ponderación de los intereses en juegos teniendo en cuenta las circunstancias concretas (...) Enfrentados los derechos o libertades en conflicto cabe establecer la función que cumplen dentro del ordenamiento jurídico democrático, participativo y pluralista", pero teniendo en cuenta siempre el principio de concordancia práctica y armonización concreta orientado a la coexistencia entre derechos"*. En esta línea, por ejemplo en la sentencia **C-033 de 1993** (M.P. Alejandro Martínez Caballero), se señaló que es posible armonizar la protección de la libertad de información, con la consiguiente prohibición de la censura, y la preservación del valor del orden público, siempre y cuando se respete el núcleo esencial de aquella: *"el núcleo esencial del derecho a la información protege el derecho de las personas a informar y ser informadas aún en estados de excepción, con algunas limitaciones razonables que moldean el derecho o lo restringen parcialmente pero no lo niegan ni lo desnaturalizan. // En este sentido, al estudiar el Decreto 1812 de 1992 se observa que la prohibición de difundir comunicados pero preservando el derecho de informar al respecto (art. 1°); la prohibición de identificar testigos para proteger sus vidas pero manteniendo el derecho de informar sobre los actos presenciados por el testigo (art. 2°); y la prohibición de transmitir "en directo" hechos que vulneran el orden público pero conservando el derecho de transmitirlo inmediatamente cese el hecho desestabilizador (art. 4°), constituyen tres ejemplos de clara limitación razonable del derecho de información sin que se menoscabe en ningún momento el núcleo esencial de este derecho"*.

Pages 303 130 720
Online 480
Vis. today 20 530
(http://www.histats.com/viewstats/?sid=1206326&ccid=605)

[173] En tal sentido, la Corte explicó en la sentencia **SU-1723 de 2000** (M.P. Alejandro Martínez Caballero) que el derecho a la información tiene preferencia *prima facie* sobre los derechos fundamentales que protegen la esfera privada de los individuos, ya que entre el daño que puede causar un ejercicio erróneo de la libertad de informar, y el daño que puede generar una restricción a la libertad de información para evitar tal daño, el ordenamiento constitucional asume el primer riesgo como preferible: *"Ha sido clara la jurisprudencia constitucional al señalar que entre el eventual daño ocasionado por una información errada (consecuencia de la libertad de informar) y la restricción a esta para evitarlo, es preferible asumir el riesgo primero".*

[174] En este sentido, en la sentencia **SU-1721 de 2000** (M.P. Álvaro Tafur Galvis), la Corte explicó que (i) el derecho a la rectificación previsto en la Constitución, aplicable a informaciones mas no a opiniones o juicios de valor expresados en los medios de comunicación, tienen por finalidad esencial no solo prevenir violaciones de los derechos fundamentales, sino garantizar el derecho del público a ser informado: *"En este punto, la Corte encuentra pertinente hacer énfasis en que la rectificación prevista en el Estatuto Superior, referida en la jurisprudencia a la información, más no a la opinión o a los juicios de valor que puedan expresar a través de los medios de comunicación, en desarrollo del derecho fundamental a la libre expresión, tiene como finalidad esencial precaver atentados contra los derechos fundamentales, pero primordialmente, garantizar a los destinatarios de la información el derecho a ser informado, conforme a lo dispuesto en el Artículo 20 de la Constitución. En ese orden de ideas, considera la Corte que la rectificación formulada por el accionante fue atendida en forma adecuada, pues se publicó en lugar destacado del periódico, y que el columnista accionado hizo referencia a los hechos concernidos y ratificó sus opiniones";* y (ii) también explicó que el derecho de réplica consiste en la oportunidad de exteriorizar los argumentos de quien se considera afectado por una determinada opinión, para que la opinión pública quede bien informada, y que a diferencia del derecho a la rectificación, no implica el deber para quien transmitió la información de aceptar la réplica como tal y modificar la expresión originalmente comunicada: *"El derecho de réplica, bien entendido, no puede significar, desde el análisis constitucional de la interacción de los derechos fundamentales, la obligación de aceptar las apreciaciones de quienes consideran violados sus derechos y modificar la opinión expresada por el periodista; el derecho de réplica debe exteriorizar la opinión de quien se considera inconforme con la valoración que se haga a través de los medios de comunicación con el fin de que la opinión pública resulte comprensiva y objetivamente enterada".*

[175] Sentencia **T-066 de 1998** (M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz)

[176] Sentencia **C-010 de 2000** (M.P. Alejandro Martínez Caballero)

[177] Sentencia **C-650 de 2003**, M.P. Manuel José Cepeda Espinosa: "(i) Función de *control al poder*. Una manifestación concreta de la función general de evitar *abusos del poder* que cumple la libertad de expresión, es el ejercicio de control social por parte de los medios de comunicación. Este papel lo desempeñan los medios haciendo visibles, describiendo, evaluando y criticando los diferentes procesos y gestiones sociales y estatales. La defensa del erario público y del medio ambiente, o la lucha contra la corrupción y la impunidad, son sólo algunos de los campos en los que la labor de los medios de comunicación es indispensable en una sociedad democrática. (ii) Función de *depositaria de la confianza pública.* La imposibilidad que tienen las personas en una sociedad compleja para investigar y obtener la información que les permita saber qué está ocurriendo y que le brinde elementos de juicio para tomar una postura crítica, ha llevado a que la prensa sea depositaria de la confianza para transmitir y hacer públicas las inquietudes de los ciudadanos, de tal manera que sea posible hacer efectivo el principio de responsabilidad política. Las personas confían en que los medios de comunicación interpreten oportuna y fielmente lo que los ciudadanos piensan y sienten y luego se lo comuniquen a toda la comunidad de manera clara e inteligible para todos. // Ahora bien, está confianza social en modo alguno implica que las personas se marginen de los debates públicos para dejar que sean las personas dedicadas al periodismo y los medios de comunicación las únicas que investiguen, analicen, opinen y comuniquen. Si bien en una democracia representativa

Pages 303 130 720
Online 405
Vis. today 20 530
(http://www.histats.com/viewstats/?sid=1206326&ccid=605)

los medios de comunicación las únicas que investiguen, analicen, opinen y comuniquen. Si bien en una democracia representativa no sería extraño que los ciudadanos se limitaran a escuchar lo que otros dicen, informan y opinan, en una democracia participativa cada persona, y con mayor razón cada ciudadano, tiene el derecho a informar y a ser informado, a opinar y recibir opiniones de los demás. De ahí el lenguaje general del artículo 20 de la Constitución que, además, protege el derecho de cualquier persona a fundar medios masivos de comunicación".

[178] Sentencia **C-650 de 2003,** M.P. Manuel José Cepeda Espinosa: "Los medios masivos de comunicación, en particular la prensa, gozan de especial protección dada su trascendental función en las democracias".

[179] Sentencia **T-602 de 1995** (M.P. Carlos Gaviria Díaz).

[180] Ver en este sentido el caso de **Busuioc v. Moldavia** *(Aplicación no. 61513/00,* sentencia del 21 de diciembre de 2004, versión final del 21 de marzo de 2005), en el cual la Corte Europea afirmó que la libertad de expresión constituye uno de los fundamentos esenciales de las sociedades democráticas, y revisten especial importancia las salvaguardas de la libertad de prensa ["*"56. Freedom of expression constitutes one of the essential foundations of a democratic society and the safeguards to be afforded to the press are of particular importance"*], y que la prensa tiene la responsabilidad de impartir información e ideas de interés público, con un derecho correlativo del público a recibir tal información e ideas, puesto que sólo de esta forma es posible que la prensa cumpla con su rol de "guardian de lo público" [*"Whilst the press must not overstep the bounds set, inter alia, in the interest of "the protection of the reputation or rights of others", it is nevertheless incumbent on it to impart information and ideas of public interest. Not only does the press have the task of imparting such information and ideas: the public also has a right to receive them. Were it otherwise, the press would be unable to play its vital role of "public watchdog" (see, for instance, the Observer and Guardian v. the United Kingdom judgment of 26 November 1991, Series A no. 216, pp. 29-30, § 59)"*.] Más aún, la Corte Europea en este mismo caso resaltó que las limitaciones de la libertad de prensa deben ser examinadas con especial cuidado cuando tienen la potencialidad de desestimular la participación de la prensa en los debates sobre asuntos de interés público legítimo [*"57. The most careful scrutiny on the part of the Court is called for when the measures taken or sanctions imposed by the national authority are capable of discouraging the participation of the press in debates over matters of legitimate public concern (see, for example, Lingens v. Austria, judgment of 8 July 1986, Series A no. 103, § 44, Bladet Tromsø and Stensaas v. Norway [GC],*

no. 21980/93, § 64, ECHR 1999-III, Thorgeir Thorgeirson v. Iceland, judgment of 25 June 1992, Series A no. 239, § 68)".]; ; y que el rol esencial de la prensa en tanto guardián de lo público en sociedades democráticas implica que, cuandoquiera que existan circunstancias objetivas que lleven a sospechar de la conducta ilegal de servidores públicos, la prensa debe ser libre de informar, en forma responsable y acorde con sus obligaciones y deberes, sobre dichas circunstancias al público, y el público tiene derecho a ser informado sobre ellas [*"In this respect the Court recalls that the press plays an essential role as a "public watchdog" in a democratic society (see Thorgeir Thorgeirson v. Iceland, cited above, § 63). In circumstances where there are objective grounds to suspect public servants of involvement in the unlawful sale of public property, the press must be free, in a manner consistent with their obligations and responsibilities, to impart such information and ideas and the public has a right to receive them"*.] En igual sentido ver el caso de **Éditions Plon v. Francia** (Aplicación no. 58148/00, sentencia de mayo 18 de 2004, version final de agosto 18 de 2004), donde se afirmó que la prensa juega un rol esencial en las sociedades democráticas; aunque está sujeta a ciertos límites, como por ejemplo el respeto por los derechos de los demás, su deber es el de impartir en forma consistente con sus obligaciones y responsabilidades, información e ideas sobre todos los asuntos de interés públicos; y el público tiene derecho a recibir dicha información. La discrecionalidad de los Estados a este respecto se circunscribe por los intereses de la sociedad democrática en permitir que la prensa cumpla su rol de guardián de lo público [*"The Court has also repeatedly emphasised the essential role played by the press in a democratic society. In particular, it has held that although the press must not overstep certain bounds, for example in respect of the rights of others, its duty is nevertheless to impart – in a manner consistent with its obligations and respon-*

Pages 393,130,720
Online 400
Vis. today 20,530
http://www.histats.com/viewstats/?sid=1206326&cid=605)

sibilities – information and ideas on all matters of public interest. Not only does it have the task of imparting such information and ideas; the public also has a right to receive them (see, among many other authorities, Bladet Tromsø and Stensaas v. Norway [GC], no. 21980/93, §§ [illegible] 51279/99, § 55, ECHR 2002-V). The national margin of appreciation is circumscribed by the interests of a democratic society in enabling the press to exercise its vital role of "public watchdog" (see, for example, Bladet Tromsø and Stensaas, cited above, § 59)"].

[181] Sentencia **T-066 de 1998** (M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz).

[182] Así se expresó la Corte en la sentencia **T-066 de 1998** (M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz), al resaltar que a pesar de su importancia y de su protección, la libertad de prensa puede entrar en colisión con otros valores y derechos constitucionales, en particular por el poder de penetración y la influencia de los medios de comunicación y la indefensión de la persona frente a ellos: *"En efecto, los medios de comunicación se han convertido en importantes centros de poder en la sociedad, que - en el desempeño de sus tareas informativa, formativa y de recreación, y gracias a su capacidad de acceder a los más extensos núcleos de personas - pueden afectar los derechos de los individuos, con el agravante de que estos últimos cuentan con muy pocas posibilidades de defenderse ante esas vulneraciones".*

[183] En la sentencia **T-213 de 2004** (M.P. Eduardo Montealegre Lynett) la Corte exploró esta distinción, al explicar que los libros, a diferencia de los medios masivos de comunicación, no causan un impacto tan fuerte en el receptor porque permiten un mayor margen para la reflexión individual sobre el contenido de la información que se recibe: *"Bajo el concepto de prensa se recogen distintas manifestaciones del quehacer periodístico que no se limitan a la publicación en periódicos. Comprende básicamente, la utilización de mecanismos de difusión masivos: periódicos, radio, televisión, algunas formas de colocación de información y opiniones en internet, revistas. En tales casos, priman algunos rasgos determinantes, como la amplia difusión y la inmediatez. Con tales medios de comunicación se logra un impacto pronto en la sociedad y se disminuyen los espacios de reflexión. El receptor de la información o de la opinión tiene una capacidad menor de reacción frente al hecho del emisor. // Tratándose de libros, usualmente se presentan situaciones de baja difusión y poco impacto. Si ocurre lo contrario, se torna en una suerte de noticia y adquiere las connotaciones de los medios masivos de difusión. Un elemento central en torno al libro es el tiempo. Las obras contenidas en libros, por lo general, demandan tiempo para su lectura y ello asegura, en términos razonables, un mayor margen de reflexión".*

[184] En esta misma sentencia **T-213 de 2004**, se explicó que es diferente la resolución de la tensión entre responsabilidad social por emisión de información y opiniones y la generación de opinión o desafíos – en medios masivos prima la responsabilidad, lo que hace que se deba tener mas precisión al distinguir entre información y opinión para que los receptores puedan hacer un juicio propio dentro del espacio de reflexión que les permite le medio; en libros, por existir mayor margen de reflexión, prima la capacidad de desafío y de producir opinión: *"Tales diferencias llevan a que en la tensión entre responsabilidad social por la emisión de información y opiniones y la generación de opinión y de desafíos, se resuelva de manera distinta en cada caso. Tratándose de medios masivos, se otorga una mayor relevancia a la responsabilidad social de los medios de comunicación, de suerte que se demanda una mayor precisión en distinguir entre información y opinión, a fin de que los receptores puedan hacerse un juicio propio sin demandas exigentes de reflexión. // Por el contrario, tratándose de libros, la existencia de un tiempo para la reflexión implica que se privilegie la capacidad de desafío y de generación de opinión. Si bien se espera mantener nítida la diferencia entre información y opinión, el tiempo de reflexión permite al receptor hacer la distinción y, así mismo, evaluar la admisibilidad de las opiniones emitidas. No quiere decir que ello no ocurra tratándose de medios masivos de comunicación; simplemente el tiempo con*

niones emitidas. No quiere decir que ello no ocurra tratándose de medios masivos de comunicación, simplemente el tiempo con que cuenta la persona para realizar dicha operación es mayor tratándose de libros y, por lo mismo, se sujeta a menores rigores".

Pages 303 130 720
Online 40
Vis. today 20 530
(http://www.histats.com/viewstats/?sid=1206326&ccid=605)

En igual medida, el equilibrio informativo y los derechos a la rectificación y a la réplica no se pueden exigir igual de la información consignada en libros que de la que se transmite por medios masivos: *"El equilibrio informativo y el derecho a una rectificación, así como la posibilidad de réplica y respuesta, no pueden demandarse de manera igual a proyectos disímiles como la actividad periodística presentada en medios masivos de comunicación y dicha actividad realizada a través de libros".* Por ello en los medios masivos de comunicación, deben establecerse mecanismos para asegurar equilibrio informativo, como réplica o rectificación, por su poder social, que les impide aprovecharse de una audiencia cautiva, mientras que en el caso de libros no hay necesidad de rectificación por el espacio de reflexión que se genera; en caso de que llegue a las noticias, ahí operan los mecanismos de equilibrio informativo: *"Tratándose de medios masivos de comunicación, el poder social que ostentan tales medios obliga a establecer mecanismos que aseguren el equilibrio informativo. Este equilibrio se logra de varias maneras y, en casos extremos, obliga a considerar la posibilidad de que el afectado por la opinión pueda presentar su propia versión. Sólo así se logra que la posición del medio no totalice la visión de la realidad y, en su lugar, se convierta en vehículo de la formación de opiniones sociales. En este sentido, la responsabilidad social de los medios de comunicación adquiere una connotación positiva, en tanto que canales de expresión de ideas y visiones de mundo. No implica, como se indicó en sentencia T-1319 de 2001, un derecho al micrófono, pero si la proscripción de cualquier aprovechamiento de una audiencia cautiva. // Tratándose de publicaciones en libros, el espacio deliberativo se construye a partir del proceso de reflexión que la ausencia de inmediatez posibilita. Este fenómeno elimina, en principio, la necesidad de establecer mecanismos de rectificación. // Con todo, podría argumentarse que se coloca a la persona objeto de las opiniones en una situación de indefensión absoluta, máxime cuando la obra adquiere resonancia y es objeto de tratamiento por parte de los medios masivos de comunicación. Empero, en tal caso, se generan cargas para los medios de asegurar el equilibrio informativo, como se indicó antes".*

[185] Así, en la sentencia **T-066 de 1998** (M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz) la Corte explicó que los medios de comunicación, que hoy en día pertenecen a conglomerados económicos que los dirigen para promover sus visiones e intereses, pueden plantear un riesgo para el pluralismo democrático, derivado del monopolio, y más si los medios pertenecen a los grandes grupos económicos, pues propenderán por los intereses de estos: *"Asimismo, actualmente se puede percibir una tendencia a la concentración en pocas manos de la propiedad sobre los medios de comunicación, e incluso a su adquisición y dirección por parte de conglomerados económicos. Así, pues, en muchas ocasiones, se encuentra que los medios no son, como en el pasado, pequeñas empresas de carácter más o menos quijotesco, sino grandes conglomerados que tienen la capacidad de imponer sus concepciones, posiciones y preferencias en la sociedad, en vista del gran poder que detentan. Este hecho constituye, obviamente, un factor de desequilibrio para el sistema democrático, pues la apropiación monopólica o cuasi monopólica de los medios apareja que muchas opiniones no puedan ser expresadas, en desmedro del pluralismo, un requisito básico de la democracia. El peligro será aún mayor cuando los medios pertenezcan a grupos económicos, pues en este caso pueden convertirse en propulsores de los intereses de los últimos, sin tomar en cuenta las responsabilidades sociales vinculadas a la labor periodística".*

[186] En la sentencia **T-505 de 2000** (M.P. José Gregorio Hernández Galindo), la Corte precisó que la libertad de prensa, ejercida a través de los medios de comunicación, es un derecho constitucional de doble vía, porque está en cabeza de los medios y también del público, sujeto pasivo de su actividad: *"Ahora bien, el artículo 20 de la Constitución no solamente plasma un derecho fundamental en cabeza de los medios de comunicación. También contempla el correlativo de los sujetos pasivos de la actividad de aquéllos, es decir, el del público. // De ahí que esta Corte se haya referido a dicha norma como paradigma de los llamados derechos "de doble vía", en los que hay interés jurídico de rango constitucional en quien emite o difunde el mensaje y en quien lo recibe".* Igualmente, en esta última sentencia se clasificó la decisión de la Comisión Nacional de Televisión de suspender la transmisión de un programa como una violación, no solamente de los derechos del medio de comunicación implicado, sino también de los del público televidente, que quedó privado de la información y expresiones que recibía: *"Para la Corte ha quedado plena*

Pages 303 130 720
Online 440
Vis. today 20 530
(http://www.histats.com/viewstats/?sid=1206326&ccid=605)

los del público televidente, que quedó privado de la información y expresiones que recibía. *"Para la Corte ha quedado plenamente establecido que en el caso presente, al sacar del aire un programa de televisión, la Comisión violó no solamente los derechos del canal CARACOL sino los del público televidente, que se vio privado de la información y expresiones que recibía, por decisión unilateral de un organismo público"*. Por otra parte, el hecho de que la libertad de prensa cobija no solamente al medio de comunicación como persona jurídica sino también a las personas que trabajan o se expresan a través de dicho medio fue ilustrado en la sentencia **T-535 de 2003** (M.P. Eduardo Montealegre Lynett), al explicar que es posible que la libertad de prensa de los periodistas o comunicadores sociales se haga valer frente a presiones indebidas del medio de comunicación o del empleador para el cual trabajan: *"...cuando el titular del derecho a la libertad de prensa es sometido por el medio para el cual trabaja, por un superior jerárquico, por las autoridades estatales o por un particular al cual esté subordinado, a la obligación de omitir información, de presentar de manera subjetiva o sesgada aquella de la cual dispone, o de comunicar ideas u opiniones que en apariencia son las suyas, la libertad de prensa deja de ser, para convertirse en instrumento eficaz al servicio de los intereses de quienes ejercen arbitrariamente autoridad sobre el comunicador"*.

[187] En la sentencia **C-033 de 1993** (M.P. Alejandro Martínez Caballero), la Corte explicó que el funcionamiento de los medios de comunicación involucra dos derechos: la libertad de empresa y la propiedad de sus dueños, con funciones sociales para preservar el interés general, y las libertades de expresión y de información de los demás: *"la expresión "medios de comunicación" es un concepto que se encuentra entre dos derechos: para su propietario, los medios de comunicación son una manifestación de la libertad de empresa y, en últimas, de la propiedad privada, pero en ambos casos la Constitución dice que es un derecho con funciones sociales en aras del interés general. Y para las demás personas, ellos son un mecanismo a través del cual realizan su derecho a la expresión e información veraz e imparcial"*

[188] En esta línea, se puede consultar también la sentencia **C-650 de 2003** (M.P. Manuel José Cepeda Espinosa), en la cual se explicó que la libertad de fundar medios masivos de comunicación, elemento de la libertad de prensa, implica una mayor responsabilidad que las demás manifestaciones de la libertad de expresión en sentido genérico, y está sujeta a regulaciones legales proporcionadas y razonables que respeten el derecho de toda persona a emprender este tipo de actividad: "…una manifestación expresa de la libertad de expresión en su acepción genérica, es la libertad de fundar medios masivos de comunicación. // Si bien la carga que implica fundar un medio masivo de comunicación es mayor que la relacionada con la expresión de una opinión ante

otro ciudadano o la de informarlo de un hecho, la Constitución también reconoció este derecho a "toda persona". Así, cualquiera que llene los requisitos legales razonables y proporcionados –que no pueden en ningún caso crear el riesgo de censura– puede fundar dicho medio".

[189] Así, en la sentencia **T-213 de 2004** (M.P. Eduardo Montealegre Lynett) la Corte explicó que el ejercicio de la libertad de prensa –que incluye el periodismo informativo a través de libros- impone un grado especial de responsabilidad, que exige entre otras procurar la veracidad en la información: *"La Corte Constitucional considera que (...) existen elementos comunes, como el deber de procurar la veracidad en la información"*. También explicó que en los medios masivos de comunicación, a diferencia de los libros, prima el factor de responsabilidad social en la tensión con emisión de informaciones y la generación de opinión o desafíos, por lo cual están obligados a tener mayor precisión al distinguir entre información y opinión, para que los receptores puedan hacer un juicio propio dentro del espacio de reflexión que les permite el medio: *"Tales diferencias llevan a que en la tensión entre responsabilidad social por la emisión de información y opiniones y la generación de opinión y de desafíos, se resuelva de manera distinta en cada caso. Tratándose de medios masivos, se otorga una mayor relevancia a la responsabilidad social de los medios de comunicación, de suerte que se demanda una mayor precisión en distinguir entre información y opinión, a fin de que los receptores puedan hacerse un juicio propio sin demandas exigentes de reflexión"*. Tampoco se pueden exigir en forma igual los derechos a la rectificación y a la réplica de la información consignada en libros que de la que se transmite por los medios

Pages 303 130 720
Online 450
Vis. today 20 530
(http://www.histats.com/viewstats/?sid=1206326&ccid=605)

igual los derechos a la rectificación y a la réplica de la información consignada en libros que de la que se transmite por los medios masivos, en los cuales deben establecerse mecanismos como éstos para asegurar el equilibrio informativo e impedir que se aprovechen, por medio de su poder social, de audiencias cautivas: *"El equilibrio informativo y el derecho a una rectificación, así como la posibilidad de réplica y respuesta, no pueden demandarse de manera igual a proyectos disímiles como la actividad periodística presentada en medios masivos de comunicación y dicha actividad realizada a través de libros. // Tratándose de medios masivos de comunicación, el poder social que ostentan tales medios obliga a establecer mecanismos que aseguren el equilibrio informativo. Este equilibrio se logra de varias maneras y, en casos extremos, obliga a considerar la posibilidad de que el afectado por la opinión pueda presentar su propia versión. Sólo así se logra que la posición del medio no totalice la visión de la realidad y, en su lugar, se convierta en vehículo de la formación de opiniones sociales. En este sentido, la responsabilidad social de los medios de comunicación adquiere una connotación positiva, en tanto que canales de expresión de ideas y visiones de mundo. No implica, como se indicó en sentencia T-1319 de 2001, un derecho al micrófono, pero si la proscripción de cualquier aprovechamiento de una audiencia cautiva"*. En aplicación de la misma doctrina, en la sentencia **C-010 de 2000** (M.P. Alejandro Martínez Caballero) se explicó que, como consecuencia del mandato de responsabilidad social de los medios de comunicación (art. 20, C.P.), en conjunción con el derecho de toda persona a recibir información veraz e imparcial (idem), los medios no pueden inducir a las personas a error –es decir, a conclusiones falsas o erróneas- en los programas periodísticos o informativos, y de allí la necesidad de establecer una diferenciación nítida entre informaciones sobre hechos y opiniones o juicios de valor sobre tales hechos: *"deberes más generales de los medios de información masiva, los cuales, en desarrollo de su responsabilidad social, y para asegurar el derecho de todos a una información veraz (CP art. 20), tienen la obligación de no inducir a las personas a conclusiones falsas o erróneas sobre hechos o sucesos, tal y como esta Corte lo ha destacado en numerosas ocasiones*[189]*. En particular, esto significa que los medios no deben mezclar dolosamente la presentación de los hechos con otros contenidos, ni hacer aparecer como noticia lo que en realidad es otra cosa. Y así como viola el principio de veracidad que un medio no distinga entre la información de un hecho y el juicio de valor que éste le merece, o haga aparecer como noticia fáctica lo que no es más que la mera publicidad de los productos de sus anunciadores, es legítimo que la ley prohíba a los noticieros inducir en error a sus oyentes debido a imitaciones de voz, en donde no sea claro que se trata de una mera parodia"*. Ello se relaciona, explicó la Corte en esta misma sentencia, con las actitudes del público ante el medio de comunicación del que se trate: si se trata de un programa informativo, el público estará predispuesto a asumir como cierto lo que se informa, mientras que si se trata de un programa humorístico o recreativo su actitud ante lo expresado será distinta: *"la deformación de los hechos, al presentar como cierto un suceso que no ha acaecido, afecta de forma evidente el derecho de todas las personas a recibir una información veraz e imparcial (CP art. 20). En particular, conviene resaltar que esta interdicción se aplica en los programas periodísticos o informativos, en donde el oyente está predispuesto a que el medio presentará exclusivamente datos sobre hechos que han ocurrido. Existe pues una actitud del receptor de estos programas a asumir como ciertas o verdaderas todas las informaciones que se le transmiten, por lo cual los riesgos de confusión y engaño son mayores. Así, en un programa humorístico o recreativo, el radioescucha comprende, sin mucha dificultad, que puede estarse haciendo una parodia de un personaje conocido, pero en cambio, esa misma imitación, en un programa informativo o periodístico, puede ser asumida, con relativa facilidad, por el oyente, como una noticia cierta"*. Lo anterior no implica, para la Corte, que los medios de comunicación no puedan efectuar juicios sobre lo informado, pero en aplicación del principio de veracidad deben efectuar una clara distinción entre la información y su valoración de la misma: *"Esta obligación de los medios de diferenciar la noticia de cualquier otro contenido es particularmente rigurosa en los noticieros y programas periodísticos, por cuanto, como se indicó, en estos casos, el receptor del programa está predispuesto a asumir como cierta cualquier información que le sea suministrada. Lo anterior no significa, obviamente, que los medios deban presentar las noticias como relatos puros, y si se quiere ascépticos, sobre los hechos acaecidos, pues la libertad de opinión de los propios periodistas, y la defensa del pluralismo, autorizan que los medios valoren de determinada manera lo sucedido. El deber constitucional que se les impone, en desarrollo del principio de veracidad, es que tales valoraciones no deformen la divulgación de las informaciones sobre los sucesos, ni induzcan a error al receptor de la noticia"*. Igual requisito fue enunciado en la sentencia **SU-1723 de 2000** (M.P. Alejandro Martínez Caballero), al explicar que en relación con los medios de comunicación, se debe distinguir entre las libertades de expresión y de opinión, y la libertad de informar y de recibir información, puesto que los medios de comunicación no

Pages 303 130 720
Online 400
Vis. today 20 990
(http://www.histats.com/viewstats/?sid=1206326&cid=605)

están obligados a efectuar una presentación asépticamente objetiva de los hechos, sino que también pueden opinar sobre los mismos: *"resulta constitucionalmente legítimo permitir que los medios formulen algunos criterios y asuman posiciones, pues son estos precisamente una de las [illegible] que han sido previamente confrontados. La Corte entiende, como lo ha hecho el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, que la limitación del derecho a la información a un relato puro, objetivo y aséptico de hechos, no es aceptable ni compatible con el pluralismo, la tolerancia y la mentalidad amplia, requisitos fundamentales de cualquier sociedad democrática, toda vez que la diversidad de opiniones forma parte de la estructura misma del aspecto institucional del derecho a la información"*. La libertad de expresión y de opinión no conoce restricciones, mientras que la segunda se limita por el deber de veracidad e imparcialidad: *"Con referencia a los medios de comunicación, debe distinguirse entre la libertad de expresión y opinión y la libertad para informar y recibir información. "La primera no conoce, prima facie, restricciones, mientras que la segunda está limitada por la obligación de trasmitir informaciones veraces e imparciales" (Corte Constitucional, Sentencia T-066/98 MP Eduardo Cifuentes Muñoz)"*. En el mismo sentido, se pueden ver –entre muchas otras- la sentencia **T-066 de 1998** (M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz). Consultar también la sentencia **SU-1723 de 2000** que se cita, en relación con el requisito de relevancia pública de la información transmitida: *"Para los medios masivos de comunicación, la trascendencia y potencialidad de sus efectos obligan un ejercicio cuidadoso de la facultad de informar, serio, responsable y con observancia de tres principios esenciales; de lo contrario podría incurrirse en una intromisión ilegítima de los derechos a la intimidad y al honor de quien se difunde una información o se emite una apreciación. Ellos son: a) el de relevancia pública, b) el de veracidad y c) el de imparcialidad. Una vez superadas estas limitaciones, la restricción de cualquier derecho solo es jurídicamente aceptada cuando antecede una ponderación con otros derechos o bienes constitucionales, y ésta privilegia la información o la libertad de expresión"*. Igualmente, en la sentencia **T-602 de 1995** (M.P. Carlos Gaviria Díaz) se explicó que en virtud del mandato de responsabilidad social de los medios, los periodistas pueden ejercer su libertad de expresión, pero manifestando sus opiniones en forma clara, precisa y sin dar lugar a interpretaciones equívocas por la forma o el contexto en que se expresan, distinguiendo claramente entre hechos sobre los que se informa y opiniones del periodista: "Para el cumplimiento de los elevados fines que persigue, la profesión de periodista goza de la protección constitucional que garantiza su libertad e independencia (art. 73 Superior) y la reserva de la fuente de información (art.74 ibídem), pero, al mismo tiempo -y en esto radica el principal cambio con respecto al régimen constitucional anterior a 1991- se le exige un alto grado de responsabilidad social, que conlleva la exigibilidad de ciertos deberes acordes con la profesión del periodismo. Entre otros, el periodista ha de actuar con profesionalismo en el manejo de los datos, así como en el uso del lenguaje, con el objeto de que la información que está llamado a difundir alcance su cometido. // Por esta razón, las opiniones que en ejercicio de su libertad de expresión emita el periodista, deben manifestarse en forma clara, precisa y no dar lugar a interpretaciones equívocas por el contexto en que se presenten o por la forma en que se expresen. Debe distinguirse claramente entre los hechos que se informan y la opinión que ellos le merecen al periodista que los evalúa. Una conducta distinta es contraria al profesionalismo con que el periodista debe, según dispone la Constitución, ejercer su libertad de expresión".

[190] En la sentencia **T-066 de 1998** (M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz), la Corte explicó que los límites constitucionales a la libertad de prensa se plantean en razón de los riesgos que los medios de comunicación plantean: *"...en diversas Constituciones modernas y en los tratados internacionales de derechos humanos se [establecen] límites a la libertad de prensa, si bien se coincide en la prohibición de la censura(...). La Constitución de 1991 se enmarca dentro de esta tendencia, y es así como se puede observar que en el artículo 20 se consagran, al lado de la garantía de la libertad de prensa, distintas restricciones para el ejercicio de la libertad de informar. (...) La libertad de prensa es un elemento fundamental para la existencia de la democracia y el libre desarrollo de las personas. De ahí la amplia protección que le brinda la Constitución Política. Sin embargo, esta garantía arroja diversos problemas, dada la capacidad de los medios de vulnerar los derechos fundamentales de los asociados. Ello explica que en diversas Constituciones modernas y en tratados internacionales de derechos humanos se establezca la posibilidad de imponerle límites a la libertad de prensa, claro que éstos deben interpretarse de manera restrictiva y resultar compatibles con la existencia*

y funcionamiento de una sociedad democrática avanzada".

Pages 303 130 720
Online 400
Vis. today 20 530
(http://www.histats.com/viewstats/?sid=1206326&cid=605)

[191] Ver la sentencia **C-010 de 2000** (M.P. Alejandro Martínez Caballero), que expuso: *"los medios de información son libres pero tienen responsabilidad social (CP art. 20), por lo cual bien puede el ordenamiento jurídico precisar el alcance de esa responsabilidad y la manera de hacerla efectiva."*

[192] En la sentencia **C-010 de 2000**, recién citada, se dijo: *"Igualmente, una interpretación sistemática de los artículos 7º y 20 superiores permite concluir que la Carta protege el pluralismo informativo, por lo cual esta Corporación ha concluido que son legítimas ciertas intervenciones destinadas a asegurar una mayor equidad y pluralidad en el manejo de la información [Ver, entre otras, las sentencias C-093 de 1996 y C-350 de 1997.]"*

[193] Constitución Política, artículo 375: *"(...) 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".*

[194] En la sentencia **C-010/00** antecitada, se indicó que *"la Carta establece un régimen diferenciado, según el soporte técnico y material empleado para la difusión masiva de las opiniones e informaciones, de suerte que ciertas regulaciones que son admisibles para un medio, como la radio y la televisión, que usan un bien público, como el espectro electromagnético, pueden ser ilegítimas para otro medio, como la prensa escrita. Debido a lo anterior, esta Corporación* ***[194]*** *ha señalado que el alcance de la libertad de fundar medios es distinto en uno y otro caso, puesto que mientras que en la prensa escrita no se requieren permisos especiales, los medios que utilizan el espectro electromagnético, como la radio, tienen un tratamiento jurídico especial, no sólo porque requieren un permiso especial para funcionar sino además porque están sometidos a una regulación estatal mayor a fin garantizar la igualdad de oportunidades en el acceso al uso del espectro electromagnético y evitar las prácticas monopolísticas (CP art. 75), puesto que el cupo de frecuencias y espacios es, por razones materiales, limitado".*

[195] En la sentencia **C-329 de 2000** (M.P. Antonio Barrera Carbonell) la Corte señaló que la regulación estatal del espectro electromagnético no puede estar orientada a obstaculizar el ejercicio de las libertades que se materializan a través de él; por ello, las condiciones para su acceso deben ser estrictamente necesarias y proporcionales a la finalidad de garantizar la materialización eficaz y eficiente de dichos derechos, sin establecer condiciones irrazonables: "*Las normas relativas a la organización y funcionamiento del espectro deben estar orientadas a hacer viable y efectivo el ejercicio de los derechos de libertad que lo requieren. Las condiciones que se impongan para acceder a éste, sólo pueden ser las estrictamente necesarias y proporcionales a la necesidad de lograr el funcionamiento eficaz y eficiente de tales derechos, sin contener restricciones desproporcionadas e irrazonables que las hagan impracticables".* También se indicó que las restricciones en el acceso al espectro no pueden constituir censura ni obstáculos para la libre difusión de ideas u opiniones, y deben estar ligadas a la consecución de un objetivo constitucional de peso: *"En tales circunstancias, son inadmisibles las restricciones que desborden las consideraciones técnicas, o conlleven la imposición de la censura o el establecimiento de responsabilidades previas y no ulteriores, o que impliquen la creación de mecanismos indirectos, como el establecimiento de controles dirigidos a impedir o dificultar la libre difusión de las ideas y opiniones y la comunicación, o que, en general, racional y razonablemente no estén destinadas a asegurar el respeto de los derechos de los demás, la protección de la seguridad nacional, del orden público, la salud o la moral públicas".*

Pages 303 130 720
Online 400
Vis. today 20 530
(http://www.histats.com/viewstats/?sid=1206326&ccid=605)

[196] **Constitución Política, 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."

[197] **Constitución Política, 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 de televisión. La ley dispondrá lo relativo al nombramiento de los demás miembros y regulará la organización y funcionamiento de la Entidad."

[198] **Constitución Política, Artículo 365: "**Los servicios públicos son inherentes a la finalidad social del Estado. Es deber del Estado asegurar su prestación eficiente a todos los habitantes del territorio nacional. // Los servicios públicos estarán sometidos al régimen jurídico que fije la ley, podrán ser prestados por el Estado, directa o indirectamente, por comunidades organizadas, o por particulares. En todo caso, el Estado mantendrá la regulación, el control y la vigilancia de dichos servicios. Si por razones de soberanía o de interés social, el Estado, mediante ley aprobada por la mayoría de los miembros de una y otra cámara, por iniciativa del Gobierno decide reservarse determinadas actividades estratégicas o servicios públicos, deberán indemnizar previa y plenamente a las personas que en virtud de dicha ley, queden privadas del ejercicio de una actividad lícita."

[199] En la sentencia **C-010 de 2000** (M.P. Alejandro Martínez Caballero) se afirmó que, a pesar de la protección constitucional especial de la libertad de prensa, ésta puede entrar en conflicto con otros bienes constitucionales, por lo cual se puede someter a limitaciones que, a su vez, deben cumplir con estrictas condiciones constitucionales: *"si bien la Carta protege de manera especial la libertad de prensa, es posible que se establezcan restricciones a la misma a fin de asegurar la convivencia de este derecho con otros bienes constitucionales. Sin embargo, es obvio que esas restricciones tienen a su vez límites estrictos, pues la libertad de expresión es un derecho fundamental, que ocupa un lugar preferente en nuestro ordenamiento constitucional".*

[200] Ver, a este respecto, a nivel de la Corte Europea de Derechos Humanos, el caso de **Éditions Plon v. Francia** (Aplicación no. 58148/00, sentencia de mayo 18 de 2004, version final de agosto 18 de 2004), en el cual se indicó que al estar de por medio la libertad de prensa, las autoridades francesas tenían un margen de apreciación limitado para determinar si existía una necesidad social imperativa para adoptar medidas restrictivas contra el peticionario: "Como estaba, así, en juego la libertad de la 'prensa', las autoridades francesas sólo contaban con un margen limitado de apreciación para decidir si existía una 'necesidad social apremiante' de adoptar las medidas en cuestión contra la compañía peticionaria" [traducción informal: "As freedom of the "press" was thus at stake, the French authorities had only a limited margin of appreciation to decide whether there was a "pressing social need" to take the measures in question against the applicant company".] Ver también el caso de **Bladet Tromsø y Stensaas v. Noruega** (Aplicación no. 21980/93, sentencia de mayo 20 de 1999), en el sentido de que en casos que involucran a los medios de comunicación, el margen nacional de apreciación se circunscribe por el interés de las sociedades democráticas en permitir que la prensa ejerza su rol de guardián de lo público, impartiendo información sobre asuntos de serio interés público.

Pages 303 130 720
Online 400
Vis. today 20 530
(http://www.histats.com/viewstats/?sid=1206926&cid=605)

[201] Ver, por ejemplo, la sentencia **C-650 de 2003** (M.P. Manuel José Cepeda Espinosa), en la que se expresó que cualquier tipo de control previo a la actividad periodística está prohibido y son inconstitucionales las distintas modalidades de autorización o licencia para su ejercicio, y que la cláusula constitucional que consagra el principio de la responsabilidad posterior implica que no puede establecerse ningún tipo de control previo sobre la actividad de los medios de comunicación: *"los medios de comunicación al ejercer libremente sus funciones democráticas no pueden ser sometidos a ninguna modalidad de control previo sino exclusivamente a responsabilidades posteriores al ejercicio de su libertad, siempre que la base de estas responsabilidades esté definida en la ley de manera clara, específica y precisa para garantizar un interés constitucional, y respetando la norma superior y los tratados internacionales que integran el bloque de constitucionalidad"*.

[202] Así se resaltó en la antecitada sentencia **C-010 de 2000**: por el lugar preferente de la libertad de prensa dentro del ordenamiento constitucional, las limitaciones a la misma *"se encuentran, en general, sometidas a un examen constitucional muy estricto"*.

[203] La sujeción de toda limitación de la libertad de prensa a un control judicial estricto, especialmente cuando plantea el riesgo de generar los efectos de "enfriamiento" o "congelamiento" (*"chilling" / "freezing"*)del flujo informativo en la sociedad, también ha sido afirmada y aplicada por la Corte Europea de Derechos Humanos en varias oportunidades. Por ejemplo, en el caso de **Busuioc v. Moldavia** *(Aplicación no. 61513/00,* sentencia del 21 de diciembre de 2004, version final del 21 de marzo de 2005), en el que se señaló que las limitaciones de la libertad de prensa deben ser examinadas con especial cuidado, particularmente cuando tienen la potencialidad de desestimular la participación de la prensa en los debates sobre asuntos de interés público legítimo: *"La Corte está llamada a aplicar el escrutinio más cuidadoso cuando las medidas adoptadas o las sanciones impuestas por la autoridad nacional son capaces de desestimular la participación de la prensa en debates sobre asuntos de legítimo interés público…"* [traducción informal: "*57. The most careful scrutiny on the part of the Court is called for when the measures taken or sanctions imposed by the national authority are capable of discouraging the participation of the press in debates over matters of legitimate public concern".]* En idéntico sentido, ver el caso de **Bladet Tromsø y Stensaas v. Noruega** (Aplicación no. 21980/93, sentencia de mayo 20 de 1999).

[204] Así, la Corte Constitucional ha expresado, en la sentencia **SU-1721 de 2000** (M.P. Álvaro Tafur Galvis) que cuando se presenta conflicto entre el ejercicio de la libertad de expresión a través de los medios de comunicación y otros derechos fundamentales, en principio prima la libertad de expresión por la importancia de la prensa para una democracia: *"Tratándose de los supuestos de conflicto de la libertad de expresión a través de los medios de comunicación,- aún de la libertad de información con los derechos a la honra y al buen nombre, estos últimos deben ceder ante aquel, dada la función primigenia de control social que cumple la prensa"*. Igualmente, en la sentencia **T-066 de 1998** (M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz) señaló que cuando el derecho a la información a través de la prensa entra en conflicto con los derechos a la honra, el buen nombre y la intimidad en casos de personajes públicos, prima facie prevalece el derecho a la información, por la función de control del poder de los medios de comunicación: *"En su jurisprudencia, esta Corporación ha manifestado que cuando se presentan conflictos 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. 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 po-*

deres

Pages 303 130 720
Online 400
Vis. today 20 530
(http://www.histats.com/viewstats/?sid=1206326&ccid=605)

[205] Consultar a este respecto la sentencia **T-066 de 1998** (M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz), en la cual se expresó que quienes son afectados por la publicación de informaciones falsas tienen derecho a la rectificación en condiciones de equidad, que es un derecho fundamental similar en su naturaleza al derecho a la información y a los derechos a la honra y al buen nombre que protege: *"Como ha sido manifestado reiteradamente por esta Corporación, las personas que se consideran afectadas por la publicación de informaciones que estimen falsas tienen el derecho a exigir que éstas sean rectificadas. El derecho de rectificación ha sido definido por la Corte como "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 [Sentencia T-074 de 1995. Ver también las sentencias T-472 de 1996 y T-479 de 1993.]"*. Ver también, entre muchas otras, las sentencias **T-602 de 1995** (M.P. Carlos Gaviria Díaz).

[206] **Constitución Política, Artículo 365: "***Los servicios públicos son inherentes a la finalidad social del Estado. Es deber del Estado asegurar su prestación eficiente a todos los habitantes del territorio nacional. // Los servicios públicos estarán sometidos al régimen jurídico que fije la ley, podrán ser prestados por el Estado, directa o indirectamente, por comunidades organizadas, o por particulares. En todo caso, el Estado mantendrá la regulación, el control y la vigilancia de dichos servicios. Si por razones de soberanía o de interés social, el Estado, mediante ley aprobada por la mayoría de los miembros de una y otra cámara, por iniciativa del Gobierno decide reservarse determinadas actividades estratégicas o servicios públicos, deberán indemnizar previa y plenamente a las personas que en virtud de dicha ley, queden privadas del ejercicio de una actividad lícita."*

[207] Ya ha afirmado la Corte, en la sentencia **C-010 de 2000** (M.P. Alejandro Martínez Caballero) que las libertades de expresión, información y prensa, a pesar de su carácter preferente, no son absolutas ni carecen de límites. Es posible que la libertad de prensa, por ejemplo, entre en conflicto con otros derechos y valores constitucionales; por ello, tanto la Constitución como los tratados internacionales de derechos humanos establecen que cierto tipo de restricciones a la libertad de expresión son legítimas: *"este derecho puede ser limitado para asegurar (i) el respeto a los derechos o a la reputación de los demás, o para (ii) la protección de la seguridad nacional, el orden público, la salud o la moral públicas. Por ello, esta Corporación ha también admitido, en numerosas decisiones, ciertas restricciones a la libertad de expresión a fin de proteger y asegurar, en ciertos casos concretos, otros bienes constitucionales, como el orden público o los derechos a la intimidad o al buen nombre*".

[208] La existencia de estas presunciones se relaciona directamente con la regla aplicada en repetidas oportunidades por esta Corte, según la cual la libertad de expresión, en tanto valor preferente del ordenamiento, *prima facie* no conoce restricciones, aunque la necesidad de imponer limitaciones debe evaluarse en cada caso concreto. Ver, por ejemplo, la sentencia **SU-1723 de 2000 (M.P. Alejandro Martínez** Caballero): *"La jurisprudencia Constitucional ha reconocido un valor preferente a la libertad de expresión, la cual, sin embargo, no puede ser entendida en términos absolutos como lo planteaba Voltaire. Es un derecho que* prima facie *no conoce límites, pero que siempre debe ser analizado frente a un caso concreto"*.

[209] La referencia a los tratados internacionales aplicables para establecer el alcance de las limitaciones posibles a la libertad de expresión ha sido efectuada con anterioridad por esta Corte; ver, a este respecto, las sentencias **C-431 de 2004** (M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra), **C-010 de 2000** (M.P. Alejandro Martínez Caballero) y **C-650 de 2003** (M.P. Manuel José Cepeda Espinosa).

[210] Sentencia **C-010 de 2000**, M.P. Alejandro Martínez Caballero: *"esta indeterminación y relatividad cultural de las nociones de buen gusto y decoro acarrea otro vicio de inconstitucionalidad, puesto que obligatoriamente son las entidades que controlan la*

Pages 502 150 720
Online 400
Vis. today 20 530
(http://www.histats.com/viewstats/?sid=1206326&ccid=605)

radio, quienes pueden llegar a definir, ex post facto, unos determinados criterios estéticos que habrían sido vulnerados, con lo cual la expresión acusada desconoce la exigencia de que las limitaciones a la libertad de expresión sean establecidas, de manera expresa, taxativa y previa, por la ley, tal y como lo señala el artículo 13-2 de la Convención Interamericana y el artículo 19 del Pacto de Derechos Civiles y Políticos de las Naciones Unidas"

[211] Aplicando el requisito de formulación legal precisa de las limitaciones a la libertad de expresión, la Corte Constitucional, en la sentencia **T-505 de 2000** (M.P. José Gregorio Hernández Galindo) consideró que la Comisión Nacional de Televisión había desconocido la libertad de información y el debido proceso al obrar por fuera de las normas legales que la habilitaban para suspender determinados programas de televisión, e imponer una medida represiva al programa "María C. Contigo" por fuera de las causales legales establecidas para ello: *"Bien pronto se advierte que la invocación del precepto transcrito al caso objeto de controversia era equivocada, ya que la difusión del programa en referencia no encajaba en ninguna de sus dos únicas hipótesis: existencia de "serios indicios" de violación grave de la ley o atentado grave y directo contra el orden público. (...) El cotejo que antecede sirve para establecer la falta de sustento de la actuación adelantada por el ente demandado, que, desde el punto de vista constitucional, tiene incidencia en el debido proceso, indiscutiblemente quebrantado en el caso concreto, según puede verse, por haberse adoptado una medida sin la previa existencia de norma legal que la autorizara (art. 29 C.P.)".* Precisó la Corte que, al momento en el que se adoptaba la decisión, el Gobierno sólo estaba facultado legalmente para restringir emisiones por medios electrónicos de comunicación en materia de preservación del orden público durante los estados de excepción, porque existía una ley estatutaria que así lo permitía y una sentencia de la Corte Constitucional que la había declarado exequible en este punto: *"Sólo en materia de orden público -y declarado el Estado de excepción- existe autorización para que el Gobierno restrinja las emisiones de los medios electrónicos (artículos 27 y 38-c de la Ley 137 de 1994, Estatutaria de los estados de excepción, examinados por la Corte mediante Sentencia C-179 del 13 de abril de 1994. M.P.: Dr. Carlos Gaviria Díaz)".*

[212] Así, en la sentencia **C-010 de 2000** (M.P. Alejandro Martínez Caballero) la Corte declaró inconstitucional una norma que permitía a las autoridades establecer limitaciones a las emisiones radiales con base en criterios ambiguos e imprecisos, y en la sentencia **T-235A de 2002** (M.P. Eduardo Montealegre Lynett) se explicó que las restricciones a la libertad de expresión no pueden ser genéricas e indeterminadas, por lo cual se exige una autorización concreta y específica.

[213] En la sentencia **SU-1723 de 2000** (M.P. Alejandro Martínez Caballero), se explicó que la libertad de expresión o el derecho a la información pueden entrar en colisión con los derechos a la intimidad y el buen nombre; y que cuando tal afectación es inevitable, es procedente efectuar un juicio de ponderación entre los derechos afectados, con base en el principio de armonización concreta: *"Para el caso que ahora ocupa la atención, la Corte señaló en la sentencia T-403/92, que ante la colisión de derechos fundamentales como la libertad de expresión y el derecho a la intimidad, respecto de los cuales la Constitución no establece ningún orden jerárquico que sirva de directriz para resolver tales conflictos, "al juez le corresponde hacer una cuidadosa ponderación de los intereses en juegos teniendo en cuenta las circunstancias concretas (...) Enfrentados los derechos o libertades en conflicto cabe establecer la función que cumplen dentro del ordenamiento jurídico democrático, participativo y pluralista", pero teniendo en cuenta siempre el principio de concordancia práctica y armonización concreta orientado a la coexistencia entre derechos".* La Corte Europea de Derechos Humanos también se ha inclinado por el enfoque de ponderación en estos casos, y ha precisado que el deber de las autoridades es el de lograr un **equilibrio justo** entre la protección de los derechos afectados y la de la libertad de expresión. Ver el caso de **Cumpănă y Mazăre v. Rumania** *(Aplicación no. 33348/96,* sentencia del 17 diciembre de 2004): *"La Corte también debe determinar si las autoridades domésticas lograron un equilibrio justo entre, por una parte, la protección de la libertad de expresión tal como la consagra el artículo 10, y por otra parte, la protección de la reputación de aquellos contra quienes se han hecho afirmaciones, derecho que, en tanto aspecto de la vida privada, está protegido por el artículo 8 de la Con-*

Pages 308,130,720 Online 400 Vis. today 20,530 (http://www.histats.com/viewstats/?sid=1206326&cid=605)

vención [traducción informal: *"The Court must also ascertain whether the domestic authorities struck a fair balance between, on the one hand, the protection of freedom of expression as enshrined in Article 10, and on the other hand, the protection of the reputation of those against whom allegations have been made, a right which, as an aspect of private life, is protected by Article 8 of the Convention"*.] En el mismo sentido, ver el caso de **Feldek v. Eslovaquia** *(Aplicación no. 29032/95, sentencia del* 12 de julio de 2001).

[214] Así lo ha explicado en anteriores oportunidades la Corte Constitucional; así, en la sentencia **SU-1721 de 2000** (M.P. Álvaro Tafur Galvis), se señaló que cuando se presenta un conflicto entre la libertad de expresión ejercida a través de los medios de comunicación y otros derechos fundamentales, en principio prima la libertad de expresión, por la importancia de la prensa para una democracia: *"Tratándose de los supuestos de conflicto de la libertad de expresión a través de los medios de comunicación,- aún de la libertad de información con los derechos a la honra y al buen nombre, estos últimos deben ceder ante aquel, dada la función primigenia de control social que cumple la prensa".* En igual sentido, en la sentencia **T-602 de 1995** (M.P. Carlos Gaviria Díaz), la Corte explicó que la libertad de expresión, en un Estado democrático y liberal, por lo general prima sobre los derechos al buen nombre y a la honra, salvo que se demuestre una intención dañina o una negligencia al presentar hechos falsos, parciales, incompletos o inexactos que violan o amenazan los derechos fundamentales: *"El artículo 20 de la Constitución consagra el derecho de toda persona a expresar libremente su pensamiento y sus opiniones. En un Estado democrático y liberal como el nuestro, este derecho es prevalente, y generalmente se le otorga primacía sobre los derechos al buen nombre y a la honra, con los cuales frecuentemente resulta enfrentado, "salvo que se demuestre por el afectado la intención dañina o la negligencia al presentar hechos falsos, parciales, incompletos o inexactos que vulneran o amenazan sus derechos fundamentales" (Sentencia T-80 de 1993. Magistrado ponente Eduardo Cifuentes Muñoz)"*. Ver en el mismo sentido la sentencia **SU-1723 de 2000** (M.P. Alejandro Martínez Caballero): *"...la restricción de cualquier derecho solo es jurídicamente aceptada cuando antecede una ponderación con otros derechos o bienes constitucionales, y ésta privilegia la información o la libertad de expresión"*.

[215] En los Estados Unidos, la solución que originalmente se dio al problema en la jurisprudencia de este país fue la de negar que la difamación fuese realmente expresión para efectos de la libertad. Esta era la posición de la Corte Suprema federal: un ataque a la reputación de un individuo no contribuía a la discusión pública, sino se equiparaba a un asalto, y por lo tanto no estaba protegido - Ver el caso de **Chaplinsky v. New Hampshire** [315 US 568 (1942)]-. Sin embargo, la postura se modificó en el fallo

de **New York Times v. Sullivan** [376 US 254 (1964)], en el cual la Corte Suprema afirmó que un ataque difamatorio no malicioso sobre la conducta de un servidor público –el comisionado de policía de Alabama- era una forma de expresión política, cuya protección era el principal objetivo de la primera enmienda. En dicho caso se invirtió la carga de la prueba en beneficio de la libertad de expresión. Un paso crítico en el razonamiento de la Corte fue la distinción entre este tipo de difamación y el delito de "difamación sediciosa" que la primera enmienda claramente prohibía; con base en la distinción, se dedujo que algunas formas de difamación –concretamente, contra los servidores públicos- tenían protección bajo la libertad de expresión. Las diferentes cortes de los Estados Unidos han establecido que no hay diferencias, en este contexto entre las investigaciones penales por sedición y las acciones civiles por difamación iniciadas por servidores públicos, puesto que no se puede permitir que estos se defiendan por ninguno de esos canales de las críticas de su gestión [ver, de la Corte Suprema de Illinois, el caso de **City of Chicago v. Tribune Co.** [139 NE 50 (Illinois S.Ct., 1923)]; de la corte distrital de apelaciones de California, el caso de **City of Albany v. Meyer** [279 P. 213, (Calif. DC of Appeals, 1929)]. En suma, se ha establecido en la jurisprudencia de los Estados Unidos en este punto que la primera enmienda se basa sobre el supuesto de que todas las personas deben ser libres de contribuir al debate político, y de que las restricciones impuestas por el gobierno y los políticos a la libertad de expresión, incluyendo la iniciación de procesos penales o civiles por difamación contra los ciudadanos, deben abordarse con sospecha. Sería difícilmente compatible con esta línea el restringir ciertas expresiones políticas por ser difamatorias de un servidor público.

Pages 303 130 720
Online 400
Vis. today 20 530
(http://www.hlstats.com/viewstats/?sid=12063268ccid=605)

[216] A nivel internacional, esta es la postura asumida en casos de difamación de personajes públicos por la Corte Interamericana de Derechos Humanos: en el caso de **Herrera Ulloa v. Costa Rica** (sentencia del 2 de julio de 2004), explicó: *"127. El control democrático, por parte de la sociedad a través de la opinión pública, fomenta la transparencia de las actividades estatales y promueve la responsabilidad de los funcionarios sobre su gestión pública, razón por la cual debe existir un margen reducido a cualquier restricción del debate político o del debate sobre cuestiones de interés público. // 128. En este contexto es lógico y apropiado que las expresiones concernientes a funcionarios públicos o a otras personas que ejercen funciones de una naturaleza pública deben gozar, en los términos del artículo 13.2 de la Convención, de un margen de apertura a un debate amplio respecto de asuntos de interés público, el cual es esencial para el funcionamiento de un sistema verdaderamente democrático. Esto no significa, de modo alguno, que el honor de los funcionarios públicos o de las personas públicas no deba ser jurídicamente protegido, sino que éste debe serlo de manera acorde con los principios del pluralismo democrático. // 129. Es así que el acento de este umbral diferente de protección no se asienta en la calidad del sujeto, sino en el carácter de interés público que conllevan las actividades o actuaciones de una persona determinada. Aquellas personas que influyen en cuestiones de interés público se han expuesto voluntariamente a un escrutinio público más exigente y, consecuentemente, se ven expuestos a un mayor riesgo de sufrir críticas, ya que sus actividades salen del dominio de la esfera privada para insertarse en la esfera del debate público."* Así lo ha interpretado también la Corte Europea de Derechos Humanos, entre otros, en el caso de **Feldek v. Eslovaquia** (Aplicación no. 29032/95, sentencia del 12 de julio de 2001), , en el cual se concluyó que no se había demostrado una necesidad social apremiante para dar prioridad a los derechos de una persona pública sobre la libertad de expresión frente a asuntos de interés público – las razones invocadas no constituían una justificación suficiente y relevante para la interferencia, por lo cual las autoridades nacionales no habían establecido un equilibrio justo entre los intereses implicados: *"La corte de casación no demostró convincentemente ninguna necesidad social apremiante para colocar la protección de los derechos de personalidad de una figura pública por encima del derecho del peticionario a la libertad de expresión, y del interés general en promover esta libertad donde estén de por medio asuntos de interés público. En particular, no se deduce de las decisiones de las cortes domésticas que la afirmación del peticionario haya afectado la carrera política o la vida profesional y privada del señor Slobodnik. // En conclusión, la Corte considera que las razones aducidas por la corte de casación no se pueden considerar como una justificación suficiente y relevante para la interferencia con el derecho a la libertad de expresión del peticionario. Las autoridades nacionales, por lo tanto, no establecieron un equilibrio justo entre los intereses relevantes"*. [Traducción informal: *"The court of cassation did not convincingly establish any pressing social need for putting the protection of the personality rights of a public figure above the applicant's right to freedom of expression and the general interest in promoting this freedom where issues of public interest are concerned. In particular, it does not appear from the domestic courts' decisions that the applicant's statement affected Mr Slobodník's political career or his professional and private life. // In conclusion, the Court finds that the reasons adduced by the court of cassation cannot be regarded as a sufficient and relevant justification for the interference with the applicant's right to freedom of expression. The national authorities therefore failed to strike a fair balance between the relevant interests"*.] En idéntico sentido, ver los casos de **Dichand y otros v. Austria** (Aplicación no. 29271/95, fallo del 26 de febrero de 2002) y **Lingens v. Austria** (sentencia del 8 de julio de 1986, Serie A no. 103, § 44). En este mismo sentido, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, en la **Declaración de Principios sobre Libertad de Expresión** (Principio 10), ha establecido: *"10. Las leyes de privacidad no deben inhibir ni restringir la investigación y difusión de información de interés público. La protección a la reputación debe estar garantizada sólo a través de sanciones civiles, en los casos en que la persona ofendida sea un funcionario público o persona pública o particular que se haya involucrado voluntariamente en asuntos de interés público. Además, en estos casos, debe probarse que en la difusión de las noticias el comunicador tuvo intención de infligir daño o pleno conocimiento de que se estaba difundiendo noticias falsas o se condujo con manifiesta negligencia en la búsqueda de la verdad o falsedad de las mismas."* En el documento sobre interpretación de este principio, la Comisión señaló que *"[e]l tipo de debate político a que da lugar el derecho a la libertad de expresión e información generará indudablemente ciertos discursos críticos o incluso ofensivos para quienes ocupan cargos*

Pages 303,180,720
Online 400
Vis. today 20 590
(http://www.histats.com/viewstats/?sid=1206326&cid=605)

públicos o están íntimamente vinculados a la formulación de la política pública. Las leyes de calumnias e injurias son, en muchas ocasiones, leyes que en lugar de proteger el honor de las personas son utilizadas para atacar o silenciar, el discurso que se considera crítico de la administración pública (...) la aplicación de las expresiones dirigidas a los funcionarios públicos o a particulares involucrados voluntariamente en cuestiones relevantes al interés público es una sanción desproporcionada con relación a la importancia que tiene la libertad de expresión e información dentro de un sistema democrático. (...) La democracia representativa exige que los funcionarios públicos, o todas aquellas personas que están involucradas en asuntos de interés público, sean responsables frente a los hombres y mujeres que representan. Los individuos que conforman una sociedad democrática delegan en los representantes el manejo de los asuntos de interés para toda la sociedad. Pero, la titularidad sobre los mismos se mantiene en la sociedad, la cual debe contar con un derecho amplio para monitorear con las mínimas restricciones posibles el manejo de los asuntos públicos por parte de los representantes. (...) La necesidad de un control completo y eficaz sobre el manejo de los asuntos públicos como garantía para la existencia de una sociedad democrática requiere que las personas que tengan a su cargo el manejo de los mismos cuenten con una protección diferente frente a las críticas que tendría cualquier particular que no esté involucrado en asuntos de interés público. Dentro de este contexto la Comisión Interamericana ha manifestado que la aplicación de leyes para proteger el honor de los funcionarios públicos que actúan con carácter oficial les otorga injustificadamente un derecho a la protección de la que no disponen los demás integrantes de la sociedad. Esta distinción invierte indirectamente el principio fundamental de un sistema democrático que hace al gobierno objeto de controles, entre ellos, el escrutinio de la ciudadanía, para prevenir o controlar el abuso de su poder coactivo."

[217] Ver la sentencia **T-263 de 1998** (M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz), en la cual se afirmó que en virtud de la protección constitucional reforzada del discurso religioso, quedan amparadas ciertas expresiones que, desde otra perspectiva, se verían como manifestaciones de intolerancia lesivas de la intimidad y el buen nombre: *"El carácter reforzado que ostenta la protección constitucional del discurso religioso como manifestación de los dos derechos antes anotados, implica que, en principio, resulten protegidas determinadas expresiones que, desde otra perspectiva, podrían ser consideradas, stricto sensu, como manifestaciones de intolerancia y que podrían estar localizadas en el límite de lo admisible por otros derechos fundamentales, tales como la honra (C.P., artículo 15) y el buen nombre (C.P., artículo 21). Lo anterior se inscribe dentro de la jurisprudencia establecida por esta Corporación, según la cual en ciertos ámbitos discursivos se admite una mayor protección de la expresión y una consecuente menor intensidad en la protección constitucional de derechos fundamentales como la intimidad, la honra y el buen nombre"*. Sin embargo, se precisó que no se trata de un derecho ilimitado, y que el ejercicio de la libertad religiosa en tanto emisión de opiniones o calificación de conductas desde su propia cosmovisión, tiene como límite el respeto por la dignidad, la honra y el buen nombre de los demás en su núcleo esencial; por ello, no se puede mediante tales opiniones o calificaciones imputar hechos que constituyan delitos, hacer falsas imputaciones que comprometan el prestigio o la imagen de esas personas, o calificaciones tendenciosas que en contextos de violencia o intolerancia puedan generar una amenaza real y efectiva para la vida e integridad personal de los afectados: *"las afirmaciones y calificaciones que se efectúen al amparo de la libertad religiosa y de expresión se encuentran limitadas por la efectividad de la dignidad de la persona (C.P., artículo 1°), en tanto principio constitucional fundante del entero orden jurídico colombiano, y de los derechos fundamentales a la honra y al buen nombre. En este sentido, a quien emite opiniones o califica conductas conforme a los postulados y dogmas de una específica cosmovisión religiosa le está vedado imputar falsamente (1) hechos que constituyan delitos ; (2) que, en razón de su distanciamiento con la realidad, comprometan el prestigio o la propia imagen de las personas que son objeto de tales opiniones; o, (3) calificaciones tendenciosas, que dentro de contextos de violencia o intolerancia, resulten susceptibles de producir una amenaza real y efectiva de los derechos a la vida y a la integridad personal de la persona afectada"*.

[218] Ver, entre muchas otras, la sentencia **C-489 de 2002** (M.P. Rodrigo Escobar Gil), en la cual la Corte explicó que existe una

Pages 303 130 720
Online 400
Vis. today : 20 530
(http://www.histats.com/viewstats/?sid=1206326&ccid=605)

ver, entre muchas otras, la sentencia **C-489 de 2002** (M.P. Rodrigo Escobar Gil), en la cual la Corte explicó que existe una permanente tensión entre la libertad de expresión y de opinión, y los derechos a la intimidad, al buen nombre y a la honra, resaltando que la jurisprudencia constitucional ha otorgado primacía general a las primeras, por su posición dentro del sistema democrático, pero también ha establecido mecanismos específicos para proteger las segundas, a saber, la rectificación en condiciones de equidad: *"La protección constitucional de los derechos a la intimidad, al buen nombre o a la honra de las personas se encuentra en permanente tensión con las libertades de expresión y de opinión, y la jurisprudencia constitucional ha otorgado a estas últimas una prevalencia sobre las primeras, en atención a su importancia para la vida democrática y para el libre intercambio de ideas. // No obstante lo anterior, la propia Constitución ha previsto modalidades de protección de la honra y el buen nombre de las personas frente a las lesiones que tales derechos puedan sufrir como consecuencia del ejercicio de la libertad de expresión. En particular, el propio artículo 20 de la Carta, que consagra la libertad de expresión, garantiza el derecho a la rectificación en condiciones de equidad. // La rectificación procede cuando a través de un medio de comunicación se ha difundido una información que no corresponde a la verdad, o que presenta una visión parcializada o incompleta de los hechos, de manera que se afecte a una persona en su imagen o reputación".* En el mismo sentido se puede consultar la sentencia **T-602 de 1995** (M.P. Carlos Gaviria Díaz).

[219] La Corte Europea de Derechos Humanos también ha afirmado que la protección de la reputación ajena es una finalidad legítima para justificar limitaciones la libertad de expresión (Caso de **Busuioc v. Moldavia** – *Aplicación no. 61513/00,* sentencia del 21 dic 2004, version final del 21 de marzo de 2005), y ha protegido en ciertos casos el derecho a la reputación de quienes se ven injustamente afectados en su honra por expresiones de terceros: ver el caso de **Barfod v. Dinamarca** (*Aplicación no. 11508/85,* sentencia del 22 febrero de 1989) –en el que se afirmó que el Estado tenía un interés legítimo en proteger la reputación de las personas frente a afectaciones injustas-.

[220] Ver, a nivel de la Corte Europea de Derechos Humanos, el caso de **Gündüz v. Turquía (**Aplicación No. 35071/97, sentencia del 4 de diciembre de 2003).

[221] Ver, por ejemplo, la sentencia **SU-056 de 1995** (M.P. Antonio Barrera Carbonell), en la cual se explicó que a diferencia de la información sobre hechos y opiniones transmitida a través de los medios de comunicación, los libros que van más allá de la descripción de hechos y constituyen creaciones de sus autores, están protegidos por la libertad de expresión, en particular contra modificaciones por parte de las autoridades públicas, dado su carácter intangible; pero que esta protección cesa, y procede la rectificación o corrección del contenido, cuando el propósito del libro es difundir informaciones inexactas o imparciales, o cuando afecta los derechos fundamentales de terceros, por ejemplo su derecho a la intimidad: *"A diferencia de la publicación o difusión de hechos y de opiniones por los medios de comunicación, los libros que revelan una elaboración intelectual y personal constituyen una creación de sus autores. Por ello, los libros de esta naturaleza constituyen una unidad inescindible, cuya autoría es producto de la creatividad intelectual, propósito e intención del autor y su contenido no puede ser modificado por una autoridad pública o un particular. En tales condiciones, no es jurídicamente admisible que se pueda solicitar por algún interesado la rectificación o corrección de su contenido, a través del ejercicio de la acción de tutela, salvo que so pretexto de la creación literaria o artística el autor consigne en el libro, total o parcialmente, una información que no sea veraz e imparcial, o que no obstante reunir estas características afecte la intimidad u otro derecho fundamental; en tal virtud, la intangibilidad de la obra, si revela datos personales no susceptibles de ser conocidos de otro modo, se desvanece si ella afecta dichos derechos"*. Además, la Corte precisó los elementos que han de demostrarse para efectos de determinar si lo que se informa en un libro publicado afecta los derechos

Pages 803,139,720
Online 400
Vis. today 20 330
(http://www.histats.com/viewstats/?sid=1206326&cid=605)

fundamentales de alguna persona: (i) si la persona afectada se identifica plenamente por la descripción que de ella se hace, o si es fácilmente identificable, (ii) hay que tener en cuenta su carácter de figura pública o (iii) el conocimiento público sobre los hechos respecto de los que se informa, y (iv) si por su condición especial el sujeto es especialmente protegido de su intimidad o (v) afecta su honra o buen nombre. Se concluyó que en este caso particular, relacionado con el libro "La Bruja", el autor lo que había hecho era tomar algunos hechos que eran de conocimiento público como referente para su obra, que es una mezcla de informaciones y juicios suyos sobre esas informaciones; por ello no se violaban los derechos a la intimidad ni al buen nombre de las presuntas personas afectadas. Para estos efectos, la Corte clasificó la obra, que tomó el conocimiento popular a modo de testimonio periodístico, y las moldeó y ordenó según la narrativa y técnica literaria y periodística, como una creación literaria, por lo cual se encontraba amparada constitucionalmente bajo la libertad de expresión. Otra fue la solución en la sentencia **T-293 de 1994** (M.P. José Gregorio Hernández Galindo), por estar de por medio una violación efectiva de derechos fundamentales de menores de edad con la publicación de un libro; en esta providencia, se explicó que los escritores no pueden hacer uso de su obra para revelar detalles íntimos de otra persona o su familia, para cometer calumnia, injuria o proferir amenazas: *"Pero si, como se deja dicho, el escritor no ejerce un derecho absoluto, está sujeto a las restricciones que le impone la propia Constitución cuando consagra derechos en cabeza de todos los asociados. Entonces, no le será lícito hacer uso de la obra para revelar detalles de la vida íntima de otro individuo o de su familia, o para proferir calumnias, injurias o amenazas. Atenta contra los derechos constitucionalmente consagrados si en la publicación juega con la honra o el buen nombre de personas o instituciones, pues éstas, en ejercicio de las prerrogativas que la misma Constitución les reconoce, están en posición de acudir al juez para que haga valer sus derechos e imparta las ordenes necesarias para que cese la violación"*; y que cuando en un escrito se atenta contra los derechos fundamentales de personas concretas, es válido que el juez impida mediante orden la circulación del escrito o impreso sin que ello implique una censura: *"De allí resulta que es válida la decisión judicial que impida 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".*

[222] En la sentencia **C-045** de 1996, (M.P. Vladimiro Naranjo Mesa), la Corte afirmó que es legítimo limitar la libertad de expresión e información en el sentido de prohibir que se identifique a los testigos de hechos violentos a través de los medios, puesto que se busca preservar su vida e integridad, además de prevenir la utilización de la libertad de información como herramienta del delito: *"En cuanto al artículo 2o., éste es una consecuencia del artículo 2o. de la Carta, ya que la medida adoptada tiende a proteger la vida de personas inocentes. Es evidente el grave e inminente peligro que corren los testigos de hechos criminales, quienes al ser identificados se ven sometidos a las amenazas, graves presiones y eventuales atentados por parte de sus actores materiales o intelectuales. // Ya se ha mencionado que el sistema de difusión masiva de información no puede convertirse en portavoz de violencia, ni mucho menos en herramienta del terrorismo y la delincuencia organizada"*. Igualmente, en la sentencia **T-263 de 1998** (M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz), se explicó que en contextos de intolerancia, los señalamientos efectuados dentro de discursos religiosos pueden afectar la vida o integridad de las personas, por lo cual el juez debe evaluar cuidadosamente el contexto en el que se hacen: *"Por último, es importante señalar que en algunos casos las falsas imputaciones trascienden la órbita de los derechos a la honra y al buen nombre y terminan por afectar el derecho a la vida y a la integridad personal del sujeto afectado. En efecto, en contextos de intolerancia religiosa, la consecuencia de falsas imputaciones, estigmatizaciones o señalamientos por parte de las autoridades de la doctrina religiosa hegemónica puede ser la generación de actos de violencia que amenacen los mencionados derechos fundamentales. Por tal razón, el juez constitucional debe ser sumamente cuidadoso al evaluar el contexto social en el que se producen las eventuales afectaciones, para asegurar la protección de la integridad de los derechos fundamentales eventualmente afectados sin llegar a comprometer el ejercicio legítimo a la libertad religiosa".*

[223] Así, en el caso de **Bowman v. Reino Unido** (caso No. 141/1996/760/961, sentencia del 19 de febrero de 1998), la Corte Europea explicó que la libertad de expresión y el derecho a la participación política mediante elecciones pueden entrar en conflicto, por lo cual se puede hacer necesario, en períodos pre-electorales, restringir la libertad de expresión en formas que ordinariamente

por lo cual se puede hacer necesario, en períodos pre electorales, restringir la libertad de expresión en formas que ordinariamente no serían aceptables, para asegurar la libre expresión de la opinión del pueblo al elegir sus legisladores.

Pages 303 130 720
Online 400
Vis. today 20 530
(http://www.histats.com/viewstats/?sid=1206326&ccid=605)

[224] Art. 3 – "1. En todas las medidas concernientes a los niños que tomen las instituciones públicas o privadas de bienestar social, los tribunales, las autoridades administrativas o los órganos legislativos, una consideración primordial a que se atenderá será el interés superior del niño. // 2. Los Estados Partes se comprometen a asegurar al niño la protección y el cuidado que sean necesarios para su bienestar, teniendo en cuenta los derechos y deberes de sus padres, tutores u otras personas responsables de él ante la ley y, con ese fin, tomarán todas las medidas legislativas y administrativas adecuadas. (…)"

[225] Art. 5: "Los Estados Partes respetarán las responsabilidades, los derechos y los deberes de los padres o, en su caso, de los miembros de la familia ampliada o de la comunidad, según establezca la costumbre local, de los tutores u otras personas encargadas legalmente del niño de impartirle, en consonancia con la evolución de sus facultades, dirección y orientación apropiadas para que el niño ejerza los derechos reconocidos en la presente Convención."

[226] Artículo 18. "1. Los Estados Partes pondrán el máximo empeño en garantizar el reconocimiento del principio de que ambos padres tienen obligaciones comunes en lo que respecta a la crianza y el desarrollo del niño. Incumbirá a los padres o, en su caso, a los representantes legales la responsabilidad primordial de la crianza y el desarrollo del niño. Su preocupación fundamental será el interés superior del niño. (…)"

[227] Art. 13. "1. El niño tendrá derecho a la libertad de expresión; ese derecho incluirá la libertad de buscar, recibir y difundir informaciones e ideas de todo tipo, sin consideración de fronteras, ya sea oralmente, por escrito o impresas, en forma artística o por cualquier otro medio elegido por el niño. // 2. El ejercicio de tal derecho podrá estar sujeto a ciertas restricciones, que serán únicamente las que la ley prevea y sean necesarias: a) Para el respeto de los derechos o la reputación de los demás; o b) Para la protección de la seguridad nacional o el orden público o para proteger la salud o la moral públicas."

[228] Artículo 31. "1. Los Estados Partes reconocen el derecho del niño al descanso y el esparcimiento, al juego y a las actividades recreativas propias de su edad y a participar libremente en la vida cultural y en las artes. 2. Los Estados Partes respetarán y promoverán el derecho del niño a participar plenamente en la vida cultural y artística y propiciarán oportunidades apropiadas, en condiciones de igualdad, de participar en la vida cultural, artística, recreativa y de esparcimiento."

[229] Art. 14. "1. Los Estados Partes respetarán el derecho del niño a la libertad de pensamiento, de conciencia y de religión. /2. Los Estados Partes respetarán los derechos y deberes de los padres y, en su caso, de los representantes legales, de guiar al niño en el ejercicio de su derecho de modo conforme a la evolución de sus facultades. (…)"

[230] En la sentencia **T-293 de 1994** (M.P. José Gregorio Hernández Galindo), se estaba frente al desconocimiento, mediante un libro, de la intimidad de menores de edad; como en este caso estaba de por medio la preservación de los derechos fundamentales de las niñas accionantes, que prevalecen según el art. 44 C.P., la tensión entre libertad de expresión e intimidad se había de resolver con mayor razón a favor de las niñas. En consecuencia, la Corte adoptó la determinación de dar prioridad a éste último derecho: *"Debe tenerse presente que en este proceso están de por medio derechos fundamentales de las niñas que instauraron la ac-*

Pages 905,196,720
Online 400
Vis. today 20 530
(http://www.histats.com/viewstats/?sid=12063268&ccid=605)

ción y que ellos, según el artículo 44 de la Carta, prevalecen sobre los derechos de los demás. Así las cosas, si, de acuerdo con la jurisprudencia, en caso de conflicto entre el derecho a la información o la libertad de expresión y el derecho a la intimidad, debe prevalecer este último, ello resulta todavía más claro e ineludible para el juez cuando el derecho sujeto a violación o amenaza toca con la vida privada de los niños. (...) Así, pues, ninguna justificación puede hacerse valer para violar la esfera íntima de los menores por el hecho de que quien en ella incurra sea su propia madre. (...) A no dudarlo, la publicación afecta gravemente la integridad moral de las niñas accionantes y pone en serio peligro su estabilidad emocional. Como dice la sentencia revisada, obra en el expediente que una de las menores tuvo que pasar por la pena de rectificar en plena clase ante sus compañeros afirmaciones que acerca de ella, su hermana y su familia se habían hecho en varias publicaciones y que ahora aparecen recogidas en el libro. Así lo confirmó, entre otras personas, la psicóloga del Colegio. // Pero, además, por sus mismas características, lo publicado por la señora FEI perjudica a la familia en términos tales que ha llevado a sus propias hijas a ejercer acción de tutela contra ella".

[231] No solo los tratados internacionales aplicables, sino incluso los defensores más fuertes del derecho a la libertad de expresión aceptan que a veces se pueden justificar limitaciones sobre su alcance para efectos de proteger los intereses del orden público. Hasta Mill lo admitió, cuando escribió que *"las opiniones pierden su inmunidad cuando las circunstancias en las que se expresan son tales que su expresión constituye una instigación positiva a un acto indebido"* [traducción informal: *"opinions lose their immunity when the circumstances in which they are expressed are such as to constitute their expression a positive instigation to some mischievious act"*. JS Mill, On Liberty, citado en BARENDT, Op. Cit., p. 192]; por ejemplo, la expresión de opiniones sobre el comportamiento inequitativo de los comerciantes de maíz podía ser legítimamente limitada si se expresaban ante un tumulto reunido ante la casa de uno de tales comerciantes.

[232] Sentencia **C-251 de 2002**, MM.PP. Eduardo Montealegre Lynett y Clara Inés Vargas Hernández (salvamento de voto de los magistrados Rodrigo Escobar Gil y Marco Gerardo Monroy Cabra).

[233] M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra

[234] Dijo la Corte: *"En ejercicio de su función de guardiana de la Constitución, al estudiar la constitucionalidad de las leyes la Corte debe precisar si su sentido y alcance desarrolla de la mejor manera los postulados superiores. Para ello debe tener en cuenta toda la Constitución en su integridad, eludiendo la hermenéutica descontextualizada de normas aisladamente consideradas. Debe, por lo tanto, hacer una lectura de la preceptiva superior que integre todas las disposiciones, a fin de obtener un entendimiento sistemático y coherente del estatuto fundamental. Ahora, si bien las normas relativas a los derechos fundamentales sientan principios de interpretación general del ordenamiento, y de manera particular el artículo 20 relativo a la libertad de información es preferente como fundamento para la construcción de un Estado democrático y participativo, la aplicación de esta disposición debe permitir la efectividad de artículo 2° superior, inscrito en el Capítulo de Principios Fundamentales, y referente a los fines esenciales del Estado, entre los cuales se encuentran la defensa de la independencia nacional, la integridad territorial y la convivencia pacífica, directamente encomendados a las Fuerzas Militares".*

[235] "*La integración de esta doble categoría de valores y principios –la libertad de expresión y el derecho preferente a la información, de un lado, y de otro la necesidad de alcanzar los aludidos fines esenciales del Estado, que exige la reserva en la divulgación de los asuntos militares- lleva a la Corte a concluir que se ajusta a la Constitución el que la norma bajo examen, esto es el numeral 35 del artículo 59 de la Ley 836 de 2003, disponga que está prohibido bajo apremio de sanción disciplinaria por falta*

Pages 303 130 720
Online 400
Vis today 20530
(http://www.histats.com/viewstats/?sid=1206326&ccid=605)

grave el que los militares hagan publicaciones sobre asuntos militares, sin obtener previamente un permiso para proceder a ello. Ahora bien, entiende la Corte, como arriba se dijo, que son asuntos militares solamente aquellas actividades sometidas a reserva constitucional o legal o que aún sin estar sometidas a ella realizan las Fuerzas Militares con el objetivo directo o indirecto de prevenir o detener perturbaciones a la seguridad, la tranquilidad o la salubridad colectivas, mantener la integridad del territorio, la independencia y soberanía nacionales o a asegurar la convivencia pacífica y la vigencia del orden constitucional…"

[236] *"…adicionalmente entiende que la prohibición de hacer publicaciones sobre "asuntos militares" sin permiso previo no hace relación a publicaciones destinadas a proteger posibles violaciones a los derechos humanos, como tampoco hace referencia a la divulgación de infracciones penales o administrativas por parte del personal militar. De igual manera tampoco concierne a publicaciones que pretendan preservar o proteger la moralidad pública; finalmente, la prohibición tampoco cobija actividades deportivas, sociales, artísticas y culturales de los militares, u otras relacionadas con el derecho al libre desarrollo de la personalidad. (…) la Corte encuentra que ella no puede ser entendida como todo tópico concerniente a la organización, funcionamiento o actividades de los militares, pues ciertamente la prohibición general de informar sobre tales asuntos sin permiso previo, si así se entendiera, resultaría del todo desproporcionada e innecesaria. (…) Así, ciertamente no existe una razón suficiente para someter a control una amplia gama de informaciones relativas a temas castrenses, por lo cual la expresión "asuntos militares" debe ser entendida como referente a aquellas actividades sometidas a reserva constitucional o legal, o aun no sometidas a tal reserva, que realicen las Fuerzas Militares tendientes directa o indirectamente a prevenir o detener perturbaciones a la seguridad, la tranquilidad o la salubridad colectivas, a mantener la integridad del territorio, la independencia y soberanía nacionales o a asegurar la convivencia pacífica y la vigencia del orden constitucional. Así mismo, la Corte entiende que la prohibición comprende la proscripción constitucional de asumir actitudes deliberantes o de intervención en asuntos políticos, al tenor de lo dispuesto en el artículo 219 de la constitución Política".*

[237] "*Adicionalmente, entiende la Corte que la prohibición de hacer publicaciones sobre "asunto militares" sin permiso previo no hace relación a publicaciones destinadas a proteger posibles violaciones a los derechos humanos, como tampoco hace referencia a la divulgación de infracciones penales o administrativas por parte del personal militar. De igual manera tampoco concierne a publicaciones que pretendan preservar o proteger la moralidad pública."*

[238] M.P. Carlos Gaviria Díaz. Revisión del proyecto de ley estatutaria sobre estados de excepción.

[239] *"Los incisos 1o. y 2o. del artículo 27, y el inciso 1o. del literal c) del artículo 38 antes transcritos, no violan la Constitución, en el entendimiento de que las restricciones que se imponen consisten exclusivamente en el señalamiento de ciertas conductas que son punibles pero que pueden realizarse. Por tanto, las publicaciones que reúnan las condiciones a que se refieren dichas normas, pueden ser objeto de sanciones. Es decir, que en los preceptos legales enunciados el legislador simplemente está ejerciendo su potestad punitiva, en el sentido de señalar cuáles son los comportamientos que merecen ser castigados y la pena a que se hacen acreedores los medios de comunicación que, en estado de guerra exterior, se encuentren incursos en ellas, facultad que si bien es cierto es de reserva del legislador en tiempo de paz, no es menos claro que en periodos de anormalidad, también puede ser ejercida por el Presidente de la República. Además, obsérvese que los comportamientos que se reprimen son aquéllos que tienen íntima relación con las operaciones de guerra, su desarrollo y control. (…) Las disposiciones legales que se citaron, no consagran ninguna clase de censura, figura proscrita de nuestro Estatuto Supremo, pues se trata de normas penales en las que se describen algunas conductas que se consideran ilícitas, y cuya infracción acarreará sanciones en los términos que señalen los decretos legislativos respectivos".*

Pages 303 130 720
Online 400
Vis. today 20 530
(http://www.flistats.com/viewstats/?sid=1206326&ccid=605)

[240] M.P. Alejandro Martínez Caballero. Revisión de constitucionalidad del Decreto N° 1812 del 9 de noviembre de 1992, "Por el cual se toman medidas en materia de información y se dictan otras disposiciones", expedido bajo estado de conmoción interior.

[241] *"el núcleo esencial del derecho a la información protege el derecho de las personas a informar y ser informadas aún en estados de excepción, con algunas limitaciones razonables que moldean el derecho o lo restringen parcialmente pero no lo niegan ni lo desnaturalizan."*

[242] "*En este sentido, al estudiar el Decreto 1812 de 1992 se observa que la prohibición de difundir comunicados pero preservando el derecho de informar al respecto (art. 1°); la prohibición de identificar testigos para proteger sus vidas pero manteniendo el derecho de informar sobre los actos presenciados por el testigo (art. 2°); y la prohibición de transmitir "en directo" hechos que vulneran el orden público pero conservando el derecho de transmitirlo inmediatamente cese el hecho desestabilizador (art. 4°), constituyen tres ejemplos de clara limitación razonable del derecho de información sin que se menoscabe en ningún momento el núcleo esencial de este derecho".*

[243] M.P. Vladimiro Naranjo Mesa. Revisión constitucional del Decreto 1902 del 2 de noviembre de 1995, *"por el cual se toman medidas en materia de información y se dictan otras disposiciones"*, expedido durante un estado de conmoción interior.

[244] "*"**…** Teniendo en cuenta todo lo anterior, debe la Corte reconocer la realidad evidente de que las organizaciones criminales, particularmente las de narcotraficantes, narcoterroristas y grupos subversivos, aprovechan desmedidamente la libertad de información, magnificando, a través de los medios de comunicación masiva, los efectos desestabilizadores de sus criminales propósitos, con lo cual provocan un clima de desconcierto, de inseguridad y de tensión dentro de los miembros de la sociedad civil. // El Gobierno está en la obligación de impedir que ello ocurra, para lo cual cuenta con precisas facultades constitucionales, como son las consagradas en los artículos 189-4, 189-6, 213, 214, 217 y 218. En cuanto se refiere concretamente al artículo 214, aunque éste señala que no podrán "suspender" las libertades fundamentales, debe precisarse una vez más, tal como se hizo en la Sentencia C-033/93 antes citada, que ello no significa que no puedan limitarse o restringirse en su ejercicio, sin desconocer eso sí su núcleo esencial. Por otra parte, en el caso concreto del derecho a la información, el legislador autoriza expresamente tales restricciones. En efecto, el artículo 38 ordinal c) de la ley 137 de 1994 establece que el Gobierno puede establecer "restricciones a la radio y la televisión para divulgar informaciones que puedan generar un peligro grave e inminente para la vida de las personas o incidir de manera directa en la perturbación del orden público, conductas que serán sancionadas por grave irresponsabilidad social, con las medidas previstas en el respectivo decreto". (…)La democracia no puede amparar su propio germen de destrucción y ello porque dentro de la naturaleza del Estado Social de Derecho la democracia es algo más que un medio, es un fin."*

[245] *"Es así como el artículo 1o. del Decreto sub examine señala: **"ARTICULO 1o.-** Prohíbese la difusión total o parcial, a través de los servicios de telecomunicaciones definidos en el artículo 2o. de la Ley 72 de 1989, de comunicados o de cualquier otro tipo de declaraciones que provengan de grupos guerrilleros, de organizaciones delincuenciales vinculadas a la subversión o al terrorismo o de sus miembros, o que sean atribuidos a ellos". // El artículo no prohíbe la información sobre un hecho delictivo, sino que busca impedir la apología que los delincuentes y subversivos hagan de la violencia, en su calidad de protagonistas del crimen organizado, a través de comunicados o declaraciones públicas. (…)Permitir la difusión de los comunicados de los delincuentes y subversivos mencionados en el artículo 1o., equivale a tolerar la apología del delito, y colocaría en pie de igualdad a quienes promueven la paz con los más violentos, lo que constituiría una falta de proporcionalidad jurídica. En otras palabras, equivaldría de una u otra forma, a legitimar sus acciones. (…)Sin embargo debe la Corte precisar que la norma está concebida de una manera muy genérica, al no hacer distinción alguna respecto del contenido de los comunicados o las declaraciones a que*

Pages 303 130 720
Online 460
Vis. today 20 530
(http://www.histats.com/viewstats/?sid=1206326&ccid=605)

de una manera muy genérica, al no hacer distinción alguna respecto del contenido de los comunicados o las declaraciones a que ellas se refiere. Debe tenerse en cuenta que en la Ley Estatutaria de Estados de Excepción, revisada por esta Corte, fueron declarados exequibles los artículo 27 y 38, que respectivamente rezan: (…) Como puede apreciarse, la Ley estatutaria dispone que no se podrá prohibir a organizaciones o personas la divulgación de información sobre la violación de los derechos humanos. De tal manera que cuando los comunicados o declaraciones de que habla el artículo 1o. del Decreto bajo examen tengan por objeto divulgar hechos que constituyan violación de los derechos humanos puede ser autorizada dicha difusión. Tampoco encuentra la Corte razonable prohibir la difusión de comunicados o declaraciones provenientes de grupos guerrilleros o de organizaciones delincuenciales cuando tengan por objeto anunciar su propósito de sometimiento a la justicia o de hacer la paz".

[246] *"En cuanto al artículo 2o., éste es una consecuencia del artículo 2o. de la Carta, ya que la medida adoptada tiende a proteger la vida de personas inocentes. Es evidente el grave e inminente peligro que corren los testigos de hechos criminales, quienes al ser identificados se ven sometidos a las amenazas, graves presiones y eventuales atentados por parte de sus actores materiales o intelectuales. // Ya se ha mencionado que el sistema de difusión masiva de información no puede convertirse en portavoz de violencia, ni mucho menos en herramienta del terrorismo y la delincuencia organizada"*

[247] En el derecho anglosajón, *"Incitement"*.

[248] La Corte Suprema de Justicia de los Estados Unidos ha desarrollado una prolija jurisprudencia sobre el particular. Su primera aproximación a la tarea de trazar límites sobre la protección constitucional de la expresión tuvo lugar en casos relacionados con agitaciones sociales contra la guerra y el reclutamiento durante la Primera Guerra Mundial. En estos casos, quienes se expresaban eran críticos de las políticas gubernamentales, mientras que el Gobierno, por su parte, invocaba fuertes intereses nacionales para restringir la expresión crítica correspondiente –a saber, la protección de las operaciones gubernamentales y la garantía de supervivencia del gobierno-. Para efectos de equilibrar los intereses encontrados, la Corte diseñó el test de "peligro claro y presente" (*clear and present danger*), formulado en el caso de **Schenk v. US** (249 US 47, 1919). Allí se determinó que toda expresión política crítica de las políticas gubernamentales se encuentra protegida por la primera enmienda, siempre y cuando no genere un riesgo claro e inmediato de un daño –a diferencia de una simple tendencia remota a generar un perjuicio-. Esta es una aproximación al activismo político crítico que evita los extremos: el de no permitir ningún tipo de restricción sobre la expresión política y sancionar únicamente las acciones ilegales efectivamente cometidas, incluso si la expresión incita directamente a la violación de la ley; y el extremo de no otorgar protección constitucional a las expresiones de contenido político que llaman, por ejemplo, a la desobediencia civil o a la modificación de las normas jurídicas en vigor. El test de "peligro claro y presente" fue formulado en su versión actual en el caso de **Brandenburg v. Ohio** (395 US 444, 1969), en la cual se afinaron los elementos de inmediatez del riesgo de generar un perjuicio, y se enfatizó el contenido objetivamente incitador del lenguaje utilizado, realzándolo sobre la mera probabilidad de que surjan consecuencias adversas, y evaluándolo dentro del contexto y circunstancias específicas del caso.

[249] Esta regla fue afirmada por la Corte Europea de Derechos Humanos en el caso de **Arslan v. Turquía** (Aplicación no. 23462/94, sentencia del 8 de julio de 1999), en el que se precisó que as autoridades tienen un margen de apreciación mayor para determinar la necesidad de una interferencia con la libertad de expresión, cuando las afirmaciones incitan a la violencia contra individuos, servidores públicos o un sector de la población: *"…cuando [las] afirmaciones incitan a la violencia contra un individuo o un servidor oficial o un sector de la población, las autoridades estatales gozan de un margen más amplio de apreciación al examinar la necesidad de una interferencia con la libertad de expresión"* [traducción informal: *"…where such remarks incite to violence against an individual or a public official or a sector of the population, the State authorities enjoy a wider margin of appreciation when examining the need for an interference with freedom of expression"*.] En idéntico sentido ver el caso de **Ceylan v. Turquía**.

Pages 303 130 720
Online 400
Vis. today 20 530
(http://www.histats.com/viewstats/?sid=1206326&ccid=605)

[250] En el derecho anglosajón, *"fighting words"*.

[251] Existe una prolífica doctrina judicial en los Estados Unidos sobre este tema; el caso guía en materia de términos agresivos (*fighting words*) es el de **Chaplisnky v. New Hampshire** [315 US 568 (1942)]. En este caso, la Corte Suprema de Justicia confirmó la condena impuesta a nivel estatal a un testigo de Jehová que, luego de haber sido conducido ante una autoridad municipal (*City Marshall*) por haber alterado al público con su discurso, llamó al *Marshall* un fascista y chantajista [usó los términos: *"You are a God damned racketeer", y "a damned Fascist and the whole government of Rochester are Fascists or agents of Fascists"*]; para la Corte, estos términos tenían una alta probabilidad de provocar una retaliación por parte de personas normales, y por lo tanto una ruptura del orden público. Se aclaró que existen ciertas categorías de expresión cuya prevención y castigo son coherentes con la primera enmienda de la Constitución, entre las cuales están las expresiones insultantes o agresivas (*"insulting or fighting words"*), es decir, aquellas que por su simple mención infligen un daño o tienden a incitar una ruptura inmediata del orden (*"those which by their very utterance inflict injury or tend to incite an immediate breach of the peace"*): en este grupo entran los epítetos y los términos personales abusivos, que no forman parte esencial de ninguna forma de exposición de ideas, ni tienen valor social para alcanzar la verdad, por lo cual no se pueden considerar protegidas por la primera enmienda constitucional. Aunque inicialmente la doctrina cubría todo tipo de insultos, los casos posteriores en que se aplicó la regla modularon y precisaron su alcance – se restringió ya no a insultos, sino a las palabras que tienen una tendencia directa a causar actos de violencia por parte del individuo específico a quien se dirigen [**Gooding v. Wilson**, 405 US 518 (1972); **Rosenfeld v. New Jersey**, 408 US 901 (1972); **Brown v. Oklahoma**, 408 US 914 (1972); **Lewis v. New Orleans II**, 415 US 130 (1974)]. En esta línea más moderada se enfatizó el elemento de ruptura del orden público, y se excluyeron las expresiones dirigidas no a un individuo en concreto sino al público en general. Por lo tanto se declararon inconstitucionales ciertas disposiciones legales que habían sido interpretadas por las cortes como meras proscripciones del lenguaje abusivo y ofensivo, que no tenía tal tendencia a provocar una ruptura del orden por su destinatario (aplicando la doctrina de la excesiva amplitud de las restricciones ("*overbreadth*"). Este enfoque también se ha aplicado en casos en que la Corte Suprema de Estados Unidos ha insistido en la necesidad de contar con una prueba estricta sobre la posibilidad de un brote de violencia ante la expresión que se busca limitar [**Terminiello v. Chicago**, 337 US I (1949); **Edwards v. South Carolina,** 372 US 229, 1963; **Hess v. Indiana**, 414 US 105 (1973)]. Se necesita, así, un examen detenido de los hechos antes de validar una condena bajo la regla de "*fighting words"*. Los factores relevantes incluyen el carácter de la audiencia, y la medida en que ésta podría razonablemente haber anticipado el uso de lenguaje insultante o grosero. Por ejemplo, una cosa es dirigirse a la policía, entrenada para exhibir restricción ante las provocaciones verbales, y otra es usar ese mismo lenguaje en una reunión pública en donde hay niños presentes. La Corte Suprema también ha rechazado el argumento de que los estados pueden regular constitucionalmente la calidad del debate público proscribiendo el uso de lenguaje indecente, independientemente de si es probable que lleve a una ruptura del orden público o no. En el caso guía de **Cohen v. California** [403 US 15 (1971)], descrito más adelante en esta providencia, la Corte rechazó la aplicación de la doctrina de *fighting words* al uso de una prenda personal por un activista pacifista con términos groseros en contra de la política pública de reclutamiento, porque no había un insulto dirigido a una persona en particular, aunque el lenguaje era indecente; tampoco había evidencia de que el peticionario buscara provocar al público a la violencia, ni de que esto fuera posible dados los hechos. Así, la Corte afirmó que solo se puede tolerar la prohibición de expresiones *inflamatorias*, que puedan causar violencia o desorden; cualquier prohibición más amplia restringiría indebidamente la protesta política y, por lo tanto, la libertad de expresión. El lenguaje, para poder ser limitado, tiene que ser más que simplemente ofensivo o molesto, y la decisión no se puede basar en decisiones subjetivas del público sino en una posibilidad objetiva de desorden o violencia ante las expresiones usadas.

[252] Las cortes británicas también dan importancia al carácter de la audiencia al determinar la probabilidad de una ruptura del orden público en estos casos; ver el caso de **Jordan v. Burgoyne**, de 1963 [2 QB 744 (DC)]. En este caso, el demandado se había dirigido a una reunión de varios miles de personas en Trafalgar Square, que incluían judíos y comunistas; sugirió que Hitler tenía

Pages 303 130 720
Online 400
Vis. today 20 530
(http://www.histats.com/viewstats/?sid=1206326&ccid=605)

dirigido a una reunión de varios miles de personas en Trafalgar Square, que incluían judíos y comunistas, sugirió que Hitler tenía razón y que los verdaderos enemigos del pueblo británico no eran los nazis sino los judíos, a quienes también se dirigió con epítetos ofensivos, generando desorden entre la audiencia. La Corte de primera instancia lo exoneró argumentando que una audiencia razonable no se sentiría ofendida por el discurso; pero la Corte superior revocó, argumentando que esa audiencia hipotética era irrelevante, y que quien se expresa debe tener en cuenta su audiencia. Se enfatizó que los términos utilizados deben insultar a la audiencia para que se cometa el delito, establecido en el *Public Order Act* de 1936, de usar en público palabras o comportamientos amenazantes, abusivos o insultantes, que buscan provocar una ruptura del orden o pueden causarla. Las cortes del Reino Unido han dado interpretación restrictiva a esta doctrina para preservar libertad de expresión. Por ejemplo, el *House of Lords* en el caso de **Brutus v. Cozens** [1973, AC 854]: los peticionarios habían interrumpido un partido de tenis de Wimbledon en el que participaba un jugador surafricano, para protestar contra el apartheid. La corte de primera instancia los exoneró, luego la de segunda instancia los condenó por considerar que su conducta era una afrenta y una ofensa a los espectadores. Se explicó en la decisión que hay una diferencia entre insultar a una persona, y mostrar desprecio por sus derechos o irrespetarla; ignorarla implicaría se restringir el debate público vigoroso por el mero hecho de que ofende a ciertas personas. El término "insultante" no equivale a "ofensivo" y no se puede equiparar.

[253] Ver, en esta línea, los casos estadounidenses de **Brandenburg v. Ohio**, y el de **Hess v. Indiana** (414 US 105, 1973).

[254] En el derecho anglosajón, "*hostile audiences*".

[255] El derecho británico da una solución pro-libertad de expresión en estos casos; ver el caso clásico de **Beatty v. Gillbanks** [1882, 9 QBD 308 (1882)], en el cual la *Divisional Court* invalidó órdenes de policía impuestas a los líderes del Ejército de Salvación como sanción por haber realizado una reunión que se había prohibido, por cuanto en ciertas ocasiones anteriores sus procesiones habían sido disueltas violentamente por sus opositores, los Skeleton Army. En esta oportunidad, el peticionario Beatty y otros líderes fueron arrestados cuando se negaron a disolver la procesión, que la policía temía también sería obstruida violentamente. La Corte sostuvo que los apelantes no habían causado actos ilegales, y que las perturbaciones no habían sido las consecuencias buscadas, naturales o necesarias de sus procesiones; la policía debía más bien disuadir a quienes buscaban disolver la procesión. Así, se estableció una distinción entre los discursos o comportamientos que tienen la intención de provocar violencia por parte de sus opositores en la audiencia, y los que no la tienen. La doctrina fue posteriormente restringida en el caso de **Duncan v. Jones** [1936 I KB 218], en el cual la *Divisional Court* decidió que la policía había actuado bien al condenar por obstrucción del tráfico público a una mujer que se negó a trasladar el lugar de su manifestación pública cuando la policía se lo pidió, porque el mismo discurso por la misma persona en el pasado había generado algún desorden público. Posteriormente, en el caso de **Piddington v. Bates** [1961 I WLR 162 (DC)], la *Divisional Court* aclaró que debe existir una verdadera posibilidad de una ruptura de la paz antes de que se justifique la intervención de la autoridad sobre la expresión. En los Estados Unidos, el principal caso de la Corte Suprema de Justicia es **Feiner v. New York** [340 US 315 (1951)]. En este caso, un manifestante en una esquina de la población de Syracuse reunió una multitud compuesta de blancos y negros a su alrededor; les divirtió describiendo con términos soeces a las autoridades, pero cuando afirmó que los negros debían pelear por igualdad de derechos, algunos miembros de la multitud se inquietaron. La policía, temiendo que se desatara una riña, le pidió dos veces que se detuviera, y luego lo arrestó. La Corte validó su condena, porque había incitado a una riña, y había un peligro claro y presente de desórdenes. Los salvamentos de voto de los magistrados Black y Douglas, sin embargo, afirmaron que no creían que en el caso se hubiera demostrado la intención de Feiner de causar violencia; creían que el deber primario de la policía en la situación era proteger al manifestante, si era necesario arrestando a los miembros de la audiencia hostil, y que al adoptar el curso de acción opuesto, se había impuesto una censura policial. Ver en este sentido el caso de **Gregory v. Chicago**, 394 US 111 (1969).

[256] En Alemania, el art. 8 de la ley fundamental protege la libertad de reunión pacífica y sin armas; los principales comentaris-

Pages 303 130 720
Online 400
Vis. today 20 530
(http://www.histats.com/viewstats/?sid=1206326&ccid=605)

En Alemania, el art. 8 de la ley fundamental protege la libertad de reunión pacífica y sin armas; los principales comentaristas interpretan esta libertad a la luz de la libertad de expresión y sus objetivos, en particular la contribución de la expresión al desarrollo de la opinión pública, y por ende consideran que sería equivocado permitir que la violencia y demostraciones de fuerza sean cubiertas. Ver BARENDT, Eric, Op. Cit.

[257] Cuando sí se genera efectivamente una ruptura del orden público de proporciones más que mínimas, se ha considerado inevitable que el derecho británico y el estadounidense traten a los demostradores políticos como vándalos; el hecho de que se hayan cometido los delitos de reunión ilegal y violenta para demostrar por un motivo político no se acepta como justificación [ver, para el caso de Estados Unidos, el caso de **R. v. Caird**, Corte de Apelaciones, 1970 (54 Cr. App. Rep. 499)]. Pero en las situaciones en las que no se genera violencia, tanto el derecho británico como el norteamericano acomodan, hasta cierto punto, el interés de quienes buscan ejercer derechos de protesta, incluso si su ejercicio crea algún riesgo de desorden; el punto es si en cada caso el compromiso logrado protege adecuadamente la libertad de expresión sin admitir riesgos indebidos para el orden público. Dondequiera que exista un elemento sustancial y genuino de comunicación, el compromiso con el valor de la libertad de expresión exige un enfoque especial; la sociedad debe estar preparada para tomar mayores riesgos con la preservación del orden que lo que estaría en situaciones donde nadie ejerce sus libertades de expresión o de reunión; eso es lo que implica en esta área, a grandes rasgos, la aceptación del principio de libertad de expresión. Así, puede ser perfectamente razonable prohibir la posesión de armas en público, porque existe una fuerte presunción de que esto necesariamente crea un riesgo para el orden público; pero es más difícil justificar la prohibición de palabras ofensivas sobre la base de una justificación tan vaga.

[258] Se expresan así los relatores especiales en los considerandos de su Declaración: "(…) Condemning attempts by some governments to use the need to combat terrorism as a justification for adopting laws that unduly restrict freedom of expression; Concerned that the standard of restricting expression which amounts to incitement, hitherto well-established in the areas of public order and national security, is being eroded in favour of vague and potentially very overbroad terms… (…)"

[259] *"The right to freedom of expression is universally recognised as a cherished human right and to respond to terrorism by restricting this right could facilitate certain terrorist objectives, in particular the dismantling of human rights."*

[260] *"While it may be legitimate to ban incitement to terrorism or acts of terrorism, States should not employ vague terms such as 'glorifying' or 'promoting' terrorism when restricting expression. Incitement should be understood as a direct call to engage in terrorism, with the intention that this should promote terrorism, and in a context in which the call is directly causally responsible for increasing the actual likelihood of a terrorist act occurring."*

[261] Así, en el caso de **Alinak v. Turquía** (Aplicación no. 40287/98, sentencia de marzo 29 de 2005, versión final del 29 de junio 2005), la Corte Europea estudió el caso de un antiguo parlamentario turco que escribió una novela basada en eventos reales ocurridos en un pueblo turco, en la cual atribuía actos violentos en forma explícita a las fuerzas de seguridad turcas contra los habitantes del poblado. Un juez turco ordenó que se confiscaran las copias existentes del libro por considerar que incitaba al odio y la hostilidad, al efectuar distinciones entre los turcos basadas en la identidad étnica; además, el juez turco consideró que la libertad de expresión no protegía la diseminación de textos de mal gusto y chocantes por medio de una novela, por no constituir una forma protegida de expresión artística. La Corte turca que conoció del recurso de apelación tuvo en cuenta, además, hechos erróneos al adoptar su decisión, y mantuvo en pie la orden de confiscación. La *Istanbul State Security Court*, en proceso posterior, suspendió las actuaciones contra el peticionario pero no se pronunció sobre su solicitud de suspender la orden de confiscación. Para la Corte Europea, podía considerarse en principio las medidas buscaban una de las finalidades legítimas establecidas en la Convención, a

Pages 303 130 720
Online 400
Vis. today 20 530
(http://www.histats.com/viewstats/?sid=1206326&ccid=605)

Europea, podía constituirse en principio las medidas adoptadas una de las finalidades legítimas establecidas en la Convención, a saber, la prevención del desorden y el crimen; pero no eran necesarias en una sociedad democrática para ello. Recordando que la libertad de expresión no solo protege el contenido sustancial de las ideas e información expresadas, sino también la forma y el tono como se expresan, la Corte Europea explicó que en este caso era relevante que la expresión limitada era una novela. Aunque había un contexto de perturbaciones del orden público significativo, y de preocupación de las autoridades por prevenir el terrorismo, las descripciones de los hechos se habían hecho en una novela, escrita por quien para entonces era un ciudadano privado, que llegaría a un público mucho más restringido que los medios de comunicación masivos; su impacto sobre el orden público, así, sería limitado, y sería recibido más como una expresión crítica de reproche que como un llamado a la violencia. Por lo anterior, se concluyó que la intervención sobre la libertad de expresión no había sido necesaria en una sociedad democrática, por ser desproporcionada a las finalidades que se perseguían. En igual sentido, ver el caso de **Arslan v. Turquía** (Aplicación no. 23462/94**,** sentencia del 8 de julio de 1999); **e**l peticionario escribió un libro (*"History in mourning, 33 bullets"*) en el cual denunciaba la opresión violenta de los kurdos en Turquía, con un prólogo de un político y líder pro-Kurdo asesinado en 1992. La primera edición fue objeto de una medida cautelar de confiscación en el curso de un proceso penal por el cual se acusó al autor de diseminar propaganda separatista, por el contenido del libro, en el que se decía que había varias nacionalidades en Turquía y que la mayoría era opresora y genocida, y se glorificaban los actos de insurgentes. La corte lo condenó a prisión y ordenó la confiscación del libro. Su condena y la orden fueron posteriormente revocados por la aprobación de una nueva ley que revocó el artículo con base en el cual se había dictado. El libro se publicó en segunda edición poco después; pero por petición del fiscal, se volvió a confiscar por violar otra disposición de una ley antiterrorista, que prohibía la propaganda contra la unidad indivisible del Estado. La Corte turca volvió a condenar al autor, por ese otro delito, a prisión y a multa; la decisión fue apelada y sujeta a casación, infructuosamente. Para la Corte Europea, el libro, que es una narración literaria histórica, no pretende ser una descripción neutral de hechos históricos, sino que revela intención de criticar a las autoridades turcas y estimular a la oposición de la sociedad, con un estilo vehemente y virulento. El margen de apreciación del Estado sobre la necesidad de una interferencia es mayor cuando las expresiones incitan a la violencia contra un individuo, un servidor público o un sector de la población; por ello la Corte Europea tuvo en cuenta el contexto del caso, en particular la prevención del terrorismo y el momento histórico en el que se publicó el libro. Sin embargo, su impacto sobre la seguridad nacional, el orden público o la integridad territorial era mucho menor por ser un libro escrito por un sujeto particular y no una comunicación a través de los medios masivos de comunicación; y aunque el tono era fuerte y negativo, no constituía una incitación a la violencia, la resistencia armada o la rebelión. Se concluyó que la condena de Arslan fue desproporcionada a los fines perseguidos, por lo cual no era necesaria en una sociedad democrática, y violó el Art. 10 de la Convención Europea. En la misma línea de decisión, en el caso de **Ceylan v. Turquía**, la Corte se pronunció sobre el caso de un peticionario que, cuando era presidente del sindicato de trabajadores petroleros de Turquía, escribió en 1991 en un semanario de Istanbul un artículo que se titulaba "Ha llegado el tiempo para que los trabajadores se expresen – mañana es demasiado tarde", en el que denunciaba el terrorismo de Estado y otros actos de violencia en el sureste del país contra los kurdos y lo vinculaba al imperialismo norteamericano, llamando a los trabajadores a vincularse activamente en la lucha contra esta situación. Fue acusado penalmente y condenado, se le llevó a prisión y se le impuso una multa, por haber incitado a la población al odio y la hostilidad haciendo distinciones basadas en origen étnico, regional o de clase. La Corte Europea aceptó, en primer lugar, que había existido una interferencia con el ejercicio del derecho a la libertad de expresión del peticionario, y que ésta perseguía una finalidad legítima, teniendo en cuenta la delicada situación de seguridad en el sureste de Turquía, donde había un movimiento separatista que aplicaba métodos violentos, y la necesidad de las autoridades de estar alerta a actos que pudieran generar más violencia; se indicó que era significativo que el contexto del caso incluyese problemas de prevención del terrorismo, justo después de la guerra del golfo, y con serias perturbaciones del orden público en Turquía, que alertaron a las autoridades para prevenir actos que las exacerbasen; sin embargo, recordó la Corte Europea que en este caso era vital tener en cuenta que el peticionario había escrito como líder sindical (actor en la escena política turca) y que el artículo en cuestión, aunque virulento, no incitaba a la violencia o a la resistencia armada o insurrección. También se consideró relevante que la multa impuesta había sido muy alta, y que por su condena el peticionario había su cargo de presidente del sindicato, así como algunos derechos civiles y políticos – la severidad de la pena y su naturaleza fueron factores relevantes para determinar la proporcionalidad de la interferencia. Se concluyó que la condena había

sido desproporcionada, por lo tanto innecesaria en una sociedad democrática, por lo tanto violatoria de la libertad de expresión protegida por el Art. 10 de la Convención Europea.

Pages 303,130,700
Online 400
Vs. today 20,530
(http://www.histats.com/viewstats/?sid=1206326&ccid=605)

[262] Naciones Unidas, Comisión de Derechos Humanos, Informe del Relator sobre Libertad de Opinión y de Expresión, E/CN.4/1995/32, 14 diciembre 1994, p. 55.

[263] Una interpretación restrictiva de las excepciones a la libertad de expresión, hace que la noción específica de "moralidad pública" en tanto objetivo constitucional de peso que justifica limitar la libertad de expresión, deba distinguirse de los conceptos, igualmente específicos, de "moral social" o "moral objetiva", invocados y aplicados en algunas sentencias de constitucionalidad por esta Corporación, con referencia a los tratados e instrumentos internacionales relevantes al trazar la distinción.

[264] M.P. Eduardo Montealegre Lynett

[265] Dijo la Corte: *"la moral pública como fuente de razones para fundamentar una decisión judicial o administrativa, debe ser examinada en cada caso a la luz del principio que establece una presunción a favor del criterio pro libertate en el actual modelo constitucional. Es decir: si bien la estructura normativa de las prescripciones en el ámbito de la razón práctica general puede funcionar como argumento válido en contextos jurídicos, el examen que es necesario hacer a este tipo de razones debe tomar en consideración si acuden al derrotero fijado por las orientaciones valorativas seguidas por la mayoría, con el posible menoscabo de las garantías fundamentales de las minorías. En ese sentido, no puede el juez constitucional olvidar que muchas veces las razones de tipo moral, aunque están de acuerdo con la opinión preeminente en algún momento, pueden vulnerar el derecho a la autonomía de los sujetos cuyo plan de vida no está en consonancia con los proyectos vitales aceptados por la generalidad de los ciudadanos. Lo anterior permite afirmar que - de conformidad con lo establecido en el fundamento 3 de esta providencia- cuando la aplicación de una sanción administrativa o la promulgación de una norma jurídica que persiga exclusivamente la defensa de un principio de moral pública debe ser sometida a un test estricto de proporcionalidad. Se tiene entonces que sólo será constitucional una medida de esta índole si es necesaria, adecuada y estrictamente proporcionada para la salvaguarda del valor en mención ajustado a la Constitución."*

[266] En términos de la Corte: *"En punto de la aplicación de sanciones por parte de autoridades administrativas –como la detención preventiva administrativa- es imprescindible recalcar que en tanto restringen la libertad personal, no pueden tener como fundamento tan sólo una consideración de moral pública, que a su vez, no ampare bienes constitucionalmente protegidos. // En conclusión entonces, cuando una autoridad tiene a su cargo la imposición de sanciones administrativas, no puede fundar el reproche en consideraciones de razón práctica exclusivamente, sino que debe estructurar su razonamiento con todas las circunstancias relevantes para el caso –entre las que se cuentan las prescripciones normativas de moralidad pública- [ver sentencia C-404 de 1998]."*

[267] Dijo la Corte: *"6.3 Para que un principio de moral pública sea fuente legítima de una norma o de una decisión administrativa que restrinja la libertad personal, el mismo no debe ser tan sólo la expresión de idearios perfeccionistas colectivos o individuales. En supuestos de sociedades contemporáneas en las cuales conviven múltiples grupos humanos con cosmovisiones disímiles, el primado constitucional propende por el respeto y preponderancia de la libertad como barrera frente a convicciones homogenizantes que tienden a imponer su visión de mundo a toda la sociedad (con fundamento en sus prejuicios y concepción de verdad). Sobre el punto, ha dicho la Corte: 'La moralidad pública que puede ser fuente de restricciones a la libertad, es aquella que racionalmente resulta necesario mantener para armonizar proyectos individuales de vida que, pese a ser absolutamente contra-*

Pages 303 130 720
Online 400
Visit today 20 530
(http://www.histats.com/viewstats/?sid=1206326&ccid=605)

dictorios, resultan compatibles con una democracia constitucional y que, adicionalmente, es indispensable para conjugar la libertad individual con la responsabilidad y la solidaridad que hacen posible este modelo constitucional. En este sentido, la moralidad pública articula en el plano secular un modo de ser y de actuar que no puede soslayar la persona, portadora de derechos, que es, al mismo tiempo, sujeto individual y miembro de una comunidad. El concepto de orden público en la sociedad democrática basada en los derechos, se refiere a las condiciones y orientaciones valorativas mínimas que deben ser respetadas por sus miembros para que ésta sea una comunidad organizada en términos de libertad y para la libertad. Esta función del orden público en una democracia constitucional, forzosamente debe predicarse con la misma intensidad de cada uno de los elementos que lo integran, entre ellos, la moralidad pública. Se comprende, entonces, que la relativización de la libertad obedece a una lógica social que mira a su conservación y a su florecimiento, lo que no sería posible si los planes de vida de todos los sujetos y sus puntos de vista de orden moral, pudieran llevarse a cabo y manifestarse socialmente sin cortapisa o armonización alguna. -- Por esta razón, el juez constitucional debe confrontar los criterios de moralidad pública contenidos en la ley, con el conjunto de normas y principios constitucionales. No obstante que la ley se apoye en un criterio de moral pública, si éste desconoce los principios superiores sobre los que se edifica la democracia constitucional, fundada en el respeto de los derechos fundamentales, la Corte no tiene alternativa diferente a declarar su inexequibilidad. Esto simplemente significaría que la concepción acogida sobre moral pública no era la que se desprendía de las instituciones constitucionales o la que era necesario implementar con el fin de que ellas tuviesen un desarrollo adecuado en la vida social. (...) En particular, los jueces, con el objeto de construir o refrendar la moralidad pública, deben justificar sus decisiones en los principios que se prohíjan en la Constitución y hacerlo de manera expresa de modo que se puedan conocer y controlar racionalmente los reales y verdaderos juicios que sirven de asidero a la solución que dan a cada caso. Sólo así se puede mantener la confianza en la función de los jueces como autoridades responsables y como intérpretes coherentes de la Constitución y de sus principios.' [sentencia C-404 ded 1998]."

[268] M.P. Vladimiro Naranjo Mesa.

[269] En términos de la Corte: *"en aras del derecho al libre desarrollo de la personalidad, las gentes pueden acudir a la prostitución como forma de vida, pero al hacerlo no pueden ir en contra de los derechos prevalentes de los niños, ni contra la intimidad familiar, ni contra el derecho de los demás a convivir en paz en el lugar de su residencia. (...) La prostitución está reglamentada por el Código Nacional de Policía, de manera que jurídicamente está prevista su existencia, pero con los límites necesarios para que no altere el orden público. No es plausible, bajo ningún aspecto, que el Estado permita que una actividad que se tolera como mal menor extralimite su radio de acción, porque entonces deja de cumplir con su misión natural, cual es la preservación de un orden social justo."*

[270] Dijo la Corte: *"Lo cierto es que el Estado no podría comprometerse a erradicar por completo una práctica que siempre se ha dado y se dará; lo que sí puede es controlar su radio de acción. Para ello existen las llamadas "zonas de tolerancia", cuya finalidad es la de evitar que, de manera indiscriminada, se propaguen por todo el entorno urbano, invadiendo incluso las zonas residenciales, las casas de lenocinio y, en general, los establecimientos destinados a la práctica de la prostitución."*

[271] *"Por las pruebas testimoniales que obran en el expediente, se deduce que la tranquilidad y el hábitat necesarios para vivir en condiciones dignas se hacen imposibles en el sector residencial del peticionario, ya que la influencia nociva de la zona de prostitución -prácticamente situada en el mismo lugar habitacional- es grave, directa e inminente. // Observa la Sala que, ante casos de evidente perturbación del orden público como el que se estudia en esta providencia, lo más adecuado son las medidas de policía, pues como lo señala el artículo 2 del Código Nacional de Policía (...). Tiene pues la policía competencia para prevenir y eliminar los focos de perturbación de la tranquilidad, la salubridad y la moralidad públicas y, eliminar asi sus efectos nocivos en*

Pages 373 480 720
Online 400
Vis. today 20 530
(http://www.histats.com/viewstats/?sid=12063268&ccid=603)

casos como el que ocupa la atención de la Corte. Es evidente que tales efectos están produciendo los establecimientos de prostitución, las cantinas y los bares que funcionan en el vecindario del accionante y su familia, con lo cual se violan los derechos fundamentales invocados por el actor, y de manera especial los derechos prevalentes de sus hijos menores, particularmente el de ser protegidos contra toda forma de violencia moral (Art. 44). Corresponde pues a la policía del municipio de Circasia hacer cesar de inmediato, tales violaciones, más aún cuando varios de estos establecimientos no cumplen como consta en el expediente, con los requisitos de salubridad y carecen de licencia de funcionamiento."

[272] M.P. Vladimiro Naranjo Mesa

[273] Dijo la Corte: *"...el mantenimiento de la seguridad, la tranquilidad, la salubridad y la moralidad públicas, exige de las autoridades administrativas -poder de policía administrativo-, la adopción de medidas tendientes a la prevención de comportamientos particulares que perturben o alteren estas condiciones mínimas de orden público que impidan a los miembros de la sociedad o de una comunidad en particular, disfrutar de sus derechos sin causa legal que lo justifique."*

[274] *"...aun cuando la Carta no otorga a la seguridad, a la tranquilidad, a la salubridad y a la moralidad el carácter de derechos fundamentales, si resulta claro que, frente a situaciones concretas, el desconocimiento de éstos puede conducir a la amenaza o violación de uno o varios derechos fundamentales como la vida, la intimidad personal y familiar, la salud, la paz, etc. En estos casos, la protección puede ser solicitada a través de la acción de tutela pues la afectación de los primeros incorpora el derecho fundamental cuya protección se reclama."*

[275] *"... el ejercicio incontrolado de la prostitución y el travestismo en el sector comprendido entre las carreras 15 y 11 y entre las calles 94 a 100 del barrio "El Chicó" de Santafé de Bogotá, mantiene en estado de perturbación el orden público en ese sector en las horas de la noche, sobre todo los días jueves, viernes, sábado y domingo, desconociendo las condiciones mínimas de tranquilidad, seguridad, salubridad y moralidad públicas que deben prevalecer en las zonas residenciales. La situación descrita implica para el demandante y para el gran número de coadyuvantes de la presente acción de tutela, residentes en el sector descrito, no sólo el desconocimiento de sus derechos sociales, sino también, la amenaza y la vulneración real de sus derechos fundamentales a la intimidad personal y familiar, a la tranquilidad, a la seguridad, al libre desarrollo de la personalidad y a vivir en condiciones dignas y justas. La violación ostensible de estos derechos exige del Estado la especial protección, sobre todo cuando se trata de menores y de personas de la tercera edad (arts. 11, 44 y 46 de la C. P.), situación en la que se encuentran varios de los demandantes, y los familiares y allegados de estos, que residen en el sector. (...) 13. En el informe presentado por el comandante de la Policía Metropolitana de Santafé de Bogotá, a petición de esta Sala de Revisión sobre las condiciones de alteración constante del orden público en la zona, se pudo constatar que la actividad de la prostitución y el travestismo se ha incrementado considerablemente en ella, al igual que los consiguientes brotes de inseguridad y la frecuente comisión de delitos contra la vida y la integridad personal de residentes y transeúntes, y contra su patrimonio moral y económico. En estos hechos se ven involucrados muchos de los travestidos y prostitutas que cometen actos de ostensible acoso sexual y de agresión contra los desprevenidos ciudadanos que por allí transitan y contra quienes residen en el sector, haciéndolos víctimas de atracos, lesiones personales, amenazas y graves atentados contra el pudor. Tales hechos son públicos y notorios y se pueden constatar, además, en el videocasete anexo al expediente, el cual recoge una serie de informes que fueron divulgados por un noticiero de televisión. De ellos se obtuvo, por otra parte, prueba fehaciente durante la inspección ocular y con base en los testimonios recibidos en la diligencia practicada por orden de esta Sala de Revisión, mediante Auto del 8 de julio del presente año."*

[276] En la sentencia **C-650 de 2003** (M.P. Manuel José Cepeda Espinosa), se señaló que con base en los tratados internacionales de derechos humanos, tal y como han sido interpretados por los organismos internacionales competentes, las limitaciones sobre la

Pages 303 130 720
Online 409
Vis. today 20 530
(http://www.histats.com/viewstats/?sid=1206326&ccid=605)

de derechos humanos, tal y como han sido interpretados por los organismos internacionales competentes, las limitaciones sobre la libertad de expresión, en sentido amplio, están sujetas a un control constitucional estricto, en virtud del cual para ser constitucionales deben (i) buscar un fin imperioso, (ii) ser adecuadas y necesarias para alcanzar dicho fin, (iii) constituir la medida menos restrictiva posible de la libertad de expresión: *"De los instrumentos internacionales sobre derechos humanos, así como de los pronunciamientos de los tribunales y organismos de derechos humanos, se desprende que el control ejercido sobre de las restricciones a la libertad de expresión (entendida en sentido amplio), dada su protección especial que ostenta en el sistema democrático, es un control estricto. Las restricciones a este derecho no sólo deben ser adecuadas al fin legítimo buscado sino, además, perseguir un fin imperioso y ser necesarias para alcanzar dicho fin, de tal manera que si existe un medio alternativo menos restrictivo de la libertad, la medida se torna inconstitucional"*.

[277] En el caso de **Herrera Ulloa v. Costa Rica** (sentencia del 2 de julio de 2004), la Corte Interamericana, recogiendo la jurisprudencia de la Corte Europea de Derechos Humanos sobre el punto, afirmó que las limitaciones a la libertad de expresión, además de ser posteriores, establecidas claramente en la ley, y destinadas a proteger finalidades legítimas, deben ser necesarias en una sociedad democrática: *"120. Es importante destacar que el derecho a la libertad de expresión no es un derecho absoluto, este puede ser objeto de restricciones, tal como lo señala el artículo 13 de la Convención en sus incisos 4 y 5. Asimismo, la Convención Americana, en su artículo 13.2, prevé la posibilidad de establecer restricciones a la libertad de expresión, que se manifiestan a través de la aplicación de responsabilidades ulteriores por el ejercicio abusivo de este derecho, las cuales no deben de modo alguno limitar, más allá de lo estrictamente necesario, el alcance pleno de la libertad de expresión y convertirse en un mecanismo directo o indirecto de censura previa. Para poder determinar responsabilidades ulteriores es necesario que se cumplan tres requisitos, a saber: 1) deben estar expresamente fijadas por la ley; 2) deben estar destinadas a proteger ya sea los derechos o la reputación de los demás, o la protección de la seguridad nacional, el orden público o la salud o moral pública; y 3) deben ser necesarias en una sociedad democrática."*

[278] Aplicación no. 8734/79, sentencia de marzo 25 de 1985.

[279] En términos de la Corte Europea: *"Ha sido señalado en la jurisprudencia de esta Corte que, mientras que el adjetivo 'necesario' dentro del significado del Artículo 10 par. 2 (art. 10-2) de la Convención, no es sinónimo de 'indispensable', tampoco tiene la flexibilidad de expresiones tales como 'admisible', 'ordinario', 'útil', 'razonable' o 'deseable'; más bien, implica una 'necesidad social apremiante'. Los Estados Partes gozan de un margen de apreciación a este respecto, pero ese poder de apreciación va de la mano con una supervisión Europea, que será más o menos extensiva dependiendo de las circunstancias; compete a la Corte [Europea de Derechos Humanos] adoptar una decisión final sobre si la interferencia en cuestión corresponde a una necesidad tal"* [traducción libre: *"It has been pointed out in the Court's case-law that, whilst the adjective "necessary", within the meaning of Article 10 para. 2 (art. 10-2) of the Convention, is not synonymous with "indispensable", neither does it have the flexibility of such expressions as "admissible", "ordinary", "useful", "reasonable" or "desirable"; rather, it implies a "pressing social need". The Contracting States enjoy a power of appreciation in this respect, but that power of appreciation goes hand in hand with a European supervision which is more or less extensive depending upon the circumstances; it is for the Court to make the final determination as to whether the interference in issue corresponds to such a need"*.] En idéntico sentido, entre muchos otros, ver los casos de **Éditions Plon v. Francia** (Aplicación no. 58148/00, sentencia de mayo 18 de 2004, versión final de agosto 18 de 2004), **Arslan v. Turquía** (Aplicación no. 23462/94, sentencia del 8 de julio de 1999), **Barfod v. Dinamarca** (Aplicación no. 11508/85, sentencia del 22 de febrero de 1989), **Bladet Tromsø y Stensaas v. Noruega** (Aplicación no. 21980/93, sentencia de

Pages 308 430 720
Online 400
Vis. today 20 530
(http://www.hitsto.com/view.stats/?sid=12063268&cid=605)

mayo 20 de 1999), **Radio France y otros v. Francia** (Aplicación no. 53984/00, sentencia del 30 de marzo de 2004), **Colombani y otros v. Francia** (Aplicación no. 51279/99, sentencia del 25 de junio de 2002), **Cumpănă y Mazăre v. Rumania** (Aplicación no. 33348/96, sentencia del 17 de diciembre de 2004), **Dichand y otros v. Austria** (Aplicación no. 29271/95, sentencia del 26 de febrero de 2002), **Association Ekin v. Francia** (Aplicación no. 39288/98, sentencia del 17 de julio de 2001), **Gündüz v. Turquía** (Aplicación No. 35071/97, sentencia del 4 de diciembre de 2003) y **Feldek v. Eslovaquia** (Aplicación no. 29032/95, sentencia del 12 de julio de 2001).

[280] Dijo la Corte Interamericana: *"122. A su vez, la Corte Europea de Derechos Humanos, al interpretar el artículo 10 de la Convención Europea, concluyó que 'necesarias', sin ser sinónimo de 'indispensables', implica la 'existencia de una necesidad social imperiosa', y que para que una restricción sea 'necesaria' no es suficiente demostrar que sea 'útil', 'razonable' u 'oportuna' [Sunday Times]. Este concepto de 'necesidad social imperiosa' fue hecho suyo por la Corte en su Opinión Consultiva OC-5/85."*

[281] M.P. Eduardo Montealegre Lynett

[282] Dijo esta Corporación: *"(...) prohibir o restringir que se elabore un retrato, que se tome una fotografía o que se haga un filme, por ejemplo, en un ámbito de esa naturaleza debe responder a necesidades suficientemente claras y razonables. Es por ello que la Corte ha admitido la posibilidad de fotografiar a quien participa en una manifestación pública, porque considera que lo hace renunciando a su privacidad, con la intención de ser visto y escuchado por quienes allí se encuentran [Corte Constitucional, Sentencia T-034 de 1995 MP. Fabio Morón Díaz]".*

[283] La Corte Constitucional ha enfatizado esta relación de estricta y estrecha necesidad entre la consecución de los objetivos constitucionales de una limitación a la libertad de expresión y el alcance de dicha limitación. Así, en la sentencia **C-010 de 2000**, se explicó que la neutralidad frente al contenido no significa que las limitaciones de la libertad de expresión sean constitucionales, ya que en ciertos casos pueden ser injustificadas o desproporcionadas, o contrariar "*los requisitos señalados por la Corte Interamericana, y que esta Corte Constitucional acepta claramente, como se señaló en el fundamento 7 de esta sentencia. Esto significa que estas restricciones deben estar claramente definidas en la ley, y encontrarse estrictamente relacionadas con la consecución de determinados objetivos constitucionales, como la protección del honor de las personas o la preservación del orden público, que dadas las circunstancias del caso, claramente predominen sobre la importancia que tiene mantener una libertad de expresión amplia y vigorosa".*

[284] Ver también la sentencia **C-010 de 2000**, en la cual la Corte Constitucional expresó que las restricciones a la libertad de expresión deben estar estrechamente ligadas a la consecución de una de las finalidades legítimas establecidas en la Convención Americana, y deben constituir las medidas menos restrictivas posibles de la libertad de expresión para conseguir dicha finalidad: *"para que la limitación sea legítima, es menester que, en los términos de la Corte Interamericana, reseñados anteriormente en esta sentencia, la restricción no sólo se ajuste estrechamente al logro de ese objetivo sino que, además, sea aquella que limite en menor escala la libertad de expresión"*. La Corte Interamericana de Derechos Humanos también ha explicado que las restricciones deben estar estrechamente ajustadas a la finalidad que persiguen, de forma tal que restrinjan lo menos posible el ejercicio de la libertad de expresión. En el caso **Herrera Ulloa v. Costa Rica**, explicó: *"De este modo, la restricción debe ser proporcionada al interés que la justifica y ajustarse estrechamente al logro de ese objetivo, interfiriendo en la menor medida posible en el efectivo ejercicio del derecho a la libertad de expresión."*

Pages 303 130 720
Online 400
Vis. today 20 530
(http://www.histats.com/viewstats/?sid=1206326&ccid=605)

[285] El elemento de proporcionalidad ha sido resaltado por la jurisprudencia de esta Corte, entre otras, en las sentencias **C-010 de 2000** (M.P. Alejandro Martínez Caballero) –en la cual se afirmó que *"una limitación a la libertad de expresión no es constitucional por el sólo hecho de que sea neutra frente al contenido, y por ende, no privilegie ciertos puntos de vista sobre otros, ya que una restricción de esa naturaleza también puede ser lesiva de ese derecho fundamental, pues puede no estar justificada o ser desproporcionada"*- y **C-329 de 2000** (M.P. Antonio Barrera Carbonell) –en la que se estableció que las condiciones establecidas legalmente para acceder al espectro electromagnético, entendidas como limitaciones de la libertad de expresión, deben ser estrictamente necesarias y proporcionales a la finalidad de garantizar la materialización eficaz y eficiente de los derechos que se busca promover, sin establecer condiciones irrazonables: "*Las normas relativas a la organización y funcionamiento del espectro deben estar orientadas a hacer viable y efectivo el ejercicio de los derechos de libertad que lo requieren. Las condiciones que se impongan para acceder a éste, sólo pueden ser las estrictamente necesarias y proporcionales a la necesidad de lograr el funcionamiento eficaz y eficiente de tales derechos, sin contener restricciones desproporcionadas e irrazonables que las hagan impracticables".* El requisito de proporcionalidad también fue indicado en el caso de **Herrera Ulloa v. Costa Rica** por la Corte Interamericana de Derechos Humanos: *"123. De este modo, la restricción debe ser proporcionada al interés que la justifica (...)"*, y ha sido consistentemente enunciado y aplicado por la Corte Europea de Derechos Humanos, entre muchos otros en los casos de **Barthold v. Alemania** [Aplicación no. 8734/79, sentencia de marzo 25 de 1985], **Busuioc v. Moldavia** *(Aplicación no. 61513/00,* sentencia del 21 de diciembre de 2004 – version final del 21 de marzo de 2005), **Éditions Plon v. Francia** (Aplicación no. 58148/00, sentencia de mayo 18 de 2004, versión final de agosto 18 de 2004), **Alinak v. Turquía** (Aplicación no. 40287/98, Sentencia de Marzo 29 de 2005, versión final del 29 de junio de 2005), **Arslan v. Turquía** (Aplicación no. 23462/94, sentencia del 8 de julio de 1999), **Barfod v. Dinamarca** (Aplicación no. 11508/85, sentencia del 22 de febrero de 1989), **Bladet Tromsø y Stensaas v. Noruega** (Aplicación no. 21980/93, sentencia de mayo 20 de 1999), **Radio France y otros v. Francia** (Aplicación no. 53984/00, sentencia del 30 de marzo de 2004), **Colombani y otros v. Francia** (Aplicación no. 51279/99, sentencia del 25 de junio de 2002), **Cumpănă y Mazăre v. Rumania** (Aplicación no. 33348/96, sentencia del 17 diciembre de 2004), **Dichand y otros v. Austria** (Aplicación no. 29271/95, sentencia del 26 de febrero de 2002), **Association Ekin v. Francia** (Aplicación no. 39288/98, sentencia del 17 de julio de 2001), **Gündüz v. Turquía** (Aplicación No. 35071/97, sentencia del 4 de diciembre de 2003) y **Feldek v. Eslovaquia** (Aplicación no. 29032/95, sentencia del 12 de julio de 2001).

[286] Ver en este sentido los casos de **Busuioc v. Modavia** (Aplicación no. 61513/00, sentencia del 21 de diciembre de 2004 – version final del 21 de marzo de 2005), **Jersild v. Dinamarca** (sentencia del 23 de septiembre de 1994, Serie A no. 298, § 31), **Éditions Plon v. Francia** (Aplicación no. 58148/00, sentencia de mayo 18 de 2004, versión final de agosto 18 de 2004), **Alinak v. Turquía** (Aplicación no. 40287/98, Sentencia de Marzo 29 de 2005, versión final del 29 de junio de 2005) **Arslan v. Turquía** (Aplicación no. 23462/94, sentencia del 8 de julio de 1999), **Barfod v. Dinamarca** (Aplicación no. 11508/85, sentencia del 22 de febrero de 1989), **Radio France y otros v. Francia** (Aplicación no. 53984/00, sentencia del 30 de marzo de 2004), **Colombani y otros v. Francia** (Aplicación no. 51279/99, sentencia del 25 de junio de 2002), **Dichand y otros v. Austria** (Aplicación no. 29271/95, sentencia del 26 de febrero de 2002), **Association Ekin v. Francia** (Aplicación no. 39288/98, sentencia del 17 de julio de 2001) y **Feldek v. Eslovaquia** (Aplicación no. 29032/95, sentencia del 12 de julio de 2001).

[287] La necesidad de examinar tanto las expresiones como las limitaciones dentro del contexto global en el cual se producen ha sido reafirmada consistentemente por la Corte Europea de Derechos Humanos. Por ejemplo, en el caso de **Barthold v. Alemania** (citado anteriormente), explicó que para determinar la necesidad de limitar la libre expresión del peticionario, la Corte debe examinar dichas declaraciones en su contexto, a la luz de las circunstancias particulares del caso; en términos de la Corte: *"Para apreciar la necesidad de restringir al Dr. Barthold de repetir aquellas de sus declaraciones que se consideraron incompatibles*

Pages 303 130 720
Online 400
Vis. today 20 530
(http://www.histats.com/viewstats/?sid=1206326&ccid=605)

apreciar la necesidad de restringir al Dr. Barthold de repetir aquellas de sus declaraciones que se consideraron incompatibles con la Ley de 1909 y las Reglas de Conducta Profesional, las declaraciones prohibidas deben ser ubicadas en su contexto apropiado y examinadas a la luz de las circunstancias particulares del caso" [traducción informal: *"In order to assess the necessity for restraining Dr. Barthold from repeating those of his declarations which were adjudged to be incompatible with the 1909 Act and with the Rules of Professional Conduct, the prohibited declarations must be placed in their proper context and examined in the light of the particular circumstances of the case"*]. Ver en idéntico sentido los casos de **Busuioc v. Moldavia** *(Aplicación no. 61513/00,* sentencia del 21 de diciembre de 2004 – version final del 21 de marzo de 2005), **Arslan v. Turquía** (Aplicación no. 23462/94, sentencia del 8 de julio de 1999), **Barfod v. Dinamarca** (Aplicación no. 11508/85, sentencia del 22 de febrero de 1989), **Bladet Tromsø y Stensaas v. Noruega** (Aplicación no. 21980/93, sentencia de mayo 20 de 1999), **Cumpănă y Mazăre v. Rumania** (Aplicación no. 33348/96, sentencia del 17 diciembre de 2004), **Association Ekin v. Francia** (Aplicación no. 39288/98, sentencia del 17 de julio de 2001), **Feldek v. Eslovaquia** (Aplicación no. 29032/95, sentencia del 12 de julio de 2001) y **Gündüz v. Turquía** (Aplicación No. 35071/97, sentencia del 4 de diciembre de 2003).

[288] Ver por ejemplo, a nivel de la Corte Europea, el caso de **Busuioc v. Moldavia**, en el cual se explicó que cuando está de por medio la preservación de la libertad de prensa, las autoridades tienen un margen de apreciación menor para determinar si existe una necesidad social apremiante para interferir con la libertad de expresión, como parte del elemento de proporcionalidad de la intervención: "la Corte considera que ya que estaba en juego la libertad de prensa, las autoridades de Moldavia gozaban de un margen de apreciación menos extenso al decidir si existía una 'necesidad social apremiante' para interferir con la libertad de expresión del peticionario" [traducción informal: *"(...) the Court considers that since the freedom of the press was at stake, the Moldovan authorities enjoyed a less extensive margin of appreciation when deciding whether there was a "pressing social need" to interfere with the applicant's freedom of expression***"**.] En idéntico sentido ver el caso de **Colombani y otros v. Francia** (Aplicación no. 51279/99, sentencia del 25 de junio de 2002), en el cual la Corte Europea, recordando que la necesidad de cualquier restricción de la libertad de expresión se debe establecer en forma convincente, afirmó que las autoridades nacionales tienen un margen para determinar la existencia de una necesidad social apremiante para su restricción, pero en los casos que tienen que ver con la prensa, ese margen de apreciación se ve circunscrito por el interés de las sociedades democráticas en garantizar y mantener una prensa libre, interés que también pesará al momento de determinar si la restricción es proporcionada a la finalidad legítima perseguida: *"la 'necesidad' de cualquier restricción de la libertad de expresión debe ser establecida convincentemente. Se acepta que corresponde en primer lugar a las autoridades nacionales el apreciar si existe una 'necesidad social apremiante' para la restricción y, al hacer su evaluación, gozan de un cierto margen de apreciación. En casos que se relacionan con la prensa, tales como el presente, el margen nacional de apreciación se circunscribe por el interés de la sociedad democrática en asegurar y mantener una prensa libre. Similarmente, tal interés tendrá gran peso en el balance al determinar, como debe hacerse bajo el párrafo 2 del artículo 10, si la restricción fue proporcionada a la finalidad legítima perseguida"* [traducción informal: *"(...) the "necessity" for any restriction on freedom of expression must be convincingly established. Admittedly, it is in the first place for the national authorities to assess whether there is a "pressing social need" for the restriction and, in making their assessment, they enjoy a certain margin of appreciation. In cases concerning the press, such as the present one, the national margin of appreciation is circumscribed by the interest of democratic society in ensuring and maintaining a free press. Similarly, that interest will weigh heavily in the balance in determining, as must be done under paragraph 2 of Article 10, whether the restriction was proportionate to the legitimate aim pursued"*]. Ver también a este respecto el caso de **Feldek v. Eslovaquia** (Aplicación no. 29032/95, sentencia del 12 de julio de 2001).

[289] En el antecitado caso de **Busuioc v. Moldavia**, se señaló que la naturaleza y severidad de las penas impuestas también son factores relevantes para determinar si una interferencia con la libertad de expresión ha sido proporcionada; en igual sentido, ver los casos de **Arslan v. Turquía** (Aplicación no. 23462/94, sentencia del 8 de julio de 1999) y **Gündüz v. Turquía** (Aplicación No. 35071/97, sentencia del 4 de diciembre de 2003).

No. 35071/97, sentencia del 4 de diciembre de 2003).

Pages 303 130 720
Online 400
Vis. today 20 530
(http://www.histats.com/viewstats/?sid=12063268&ccid=605)

[290] Así, en el caso de **Éditions Plon v. Francia** (Aplicación no. 58148/00, sentencia de mayo 18 de 2004, versión final de agosto 18 de 2004)*, se explicó que* la necesidad de intervenir sobre la libertad de expresión puede estar presente en un momento inicial, pero luego puede dejar de existir: *"la Corte considera que se debe efectuar una distinción entre la prohibición temporal y las medidas adoptadas en el proceso principal. Reitera en este sentido que la necesidad de interferir con la libertad de expresión puede estar presente inicialmente, y sin embargo cesar posteriormente de existir…"* [traducción informal: *"(...) the Court considers that a distinction should be made between the interim injunction and the measures taken in the main proceedings. It reiterates in this connection that the need to interfere with freedom of expression may be present initially yet subsequently cease to exist (see, on this point, Observer and Guardian v. the United Kingdom, judgment of 26 November 1991, Series A no. 216)"*].

[291] Ver el caso de **Feldek v. Eslovaquia** (Aplicación no. 29032/95, sentencia del 12 de julio de 2001) de la Corte Europea de Derechos Humanos.

[292] Consultar en este sentido el caso de **Bladet Tromsø y Stensaas v. Noruega** (Aplicación no. 21980/93, sentencia de mayo 20 de 1999), en el cual el tribunal europeo explicó que dado el deber de los medios de difundir información sobre asuntos de interés público, al determinar si las razones son suficientes dentro del test de necesidad, se debe atender al aspecto de interés público del caso: *"…mientras que los medios masivos no pueden desconocer los límites impuestos en interés de la protección de la reputación de individuos particulares, les incumbe impartir información e ideas sobre asuntos de interés público. No solo tiene la prensa la tarea de impartir tales informaciones e ideas: el público también tiene un derecho a recibirlas. En consecuencia, para efectos de determinar si la interferencia se basó en razones suficientes que la hacían 'necesaria', se debe prestar atención al aspecto de interés público del caso"* [traducción informal: *"Moreover, whilst the mass media must not overstep the bounds imposed in the interests of the protection of the reputation of private individuals, it is incumbent on them to impart information and ideas concerning matters of public interest. Not only does the press have the task of imparting such information and ideas: the public also has a right to receive them. Consequently, in order to determine whether the interference was based on sufficient reasons which rendered it "necessary", regard must be had to the public-interest aspect of the case"*.]

[293] Así, en el caso de **Herrera Ulloa v. Costa Rica** (sentencia del 2 de julio de 2004), la Corte Interamericana determinó que una limitación de la libertad de expresión, consistente en la condena de un periodista por difamación de un servidor público, contrariaba el artículo 13 de la Convención Americana, entre otras razones, porque su efecto era el de producir un efecto disuasivo sobre el ejercicio de la libertad de prensa y el debate público de asuntos de interés general: "*El efecto de esta exigencia resultante de la sentencia conlleva una restricción incompatible con el artículo 13 de la Convención Americana, toda vez que produce un efecto disuasivo, atemorizador e inhibidor sobre todos los que ejercen la profesión de periodista, lo que, a su vez, impide el debate público sobre temas de interés de la sociedad. (…) Se violó el art. 13 de la convención.*" Similar determinación adoptó la Corte Europea de Derechos Humanos en el caso de **Barfod v. Dinamarca** (*Aplicación no. 11508/85, s*entencia del 22 de febrero de 1989), al explicar que, como parte del examen de proporcionalidad, la búsqueda de las finalidades perseguidas mediante una limitación de la libertad de expresión debía apreciarse contra el trasfondo del valor de la discusión abierta sobre temas de interés público; al establecer un equilibrio entre ambos, debe tenerse en cuenta la importancia de no desestimular que el público, por miedo a sanciones penales u otras, exprese sus opiniones sobre asuntos de interés general: *"En el caso presente, la proporcionalidad implica que la prosecución de las finalidades mencionadas en el Articulo 10 par. 2 (art. 10-2) debe sopesarse con el valor de la discusión abierta de temas de interés público (…). Al establecer un equilibrio justo entre estos intereses, la Corte no puede dejar de notar (…) la gran importancia de no desestimular a los miembros del público de expresar sus opiniones sobre asuntos de*

Página 1203 130 720
Online 400
Vis. today 20 530

interés público, por miedo a sanciones penales o de otro tipo" [traducción libre: *"In the present case proportionality implies that the pursuit of the aims mentioned in Article 10 para. 2 (art. 10-2) has to be weighed against the value of open discussion of topics of public concern (see, mutatis mutandis, the Lingens judgment of 8 July 1986, series A no. 103, p. 26, para. 42). When striking a fair balance between these interests, the Court cannot overlook, as the applicant and the Commission rightly pointed out, the great importance of not discouraging members of the public, for fear of criminal or other sanctions, from voicing their opinions on issues of public concern"*.] Igualmente, en el caso de **Barthold v. Alemania** *(Aplicación no. 8734/79, sentencia de marzo 25 de 1985)*, la Corte Europea determinó que la sanción de un médico veterinario por las autoridades alemanas por haber incurrido en publicidad prohibida de su profesión, dadas las circunstancias del caso y de las expresiones por las cuales fue sancionado, violaba el artículo 10 de la Convención al no lograr establecer un equilibrio justo entre los dos intereses en juego, ya que aplicar un criterio demasiado estricto sobre la noción de "publicidad" en las profesiones liberales, se generaba el riesgo de desestimular las contribuciones de los profesionales al debate público sobre asuntos que afectan la vida de la comunidad, por existir la menor posibilidad de que se traten sus comentarios como publicidad: *"Un criterio tan estricto como este en la aproximación al asunto de la propaganda y la publicidad en las profesiones liberales no es consonante con la libertad de expresión. SU aplicación genera el riesgo de desestimular a los miembros de las profesiones liberales de contribuir al debate público sobre temas que afectan la vida de la comunidad, si llega a existir la menor posibilidad de que se considere que sus afirmaciones implican algún grado de efecto publicitario"* [traducción informal: "*A criterion as strict as this in approaching the matter of advertising and publicity in the liberal professions is not consonant with freedom of expression. Its application risks discouraging members of the liberal professions from contributing to public debate on topics affecting the life of the community if ever there is the slightest likelihood of their utterances being treated as entailing, to some degree, an advertising effect."*]

[294] Comisión Interamericana de Derechos Humanos. Documento sobre Antecedentes e Interpretación de la Declaración de Principios sobre la Libertad de Expresión.

[295] En igual sentido, en la sentencia **C-650/03** se indicó que cualquier tipo de control previo a la actividad periodística está prohibido, por lo cual son inconstitucionales las distintas modalidades de autorización o licencia para su ejercicio.

[296] Comisión Interamericana de Derechos Humanos. Documento sobre Antecedentes e Interpretación de la Declaración de Principios sobre Libertad de Expresión

[297] Corte Interamericana de Derechos Humanos, **Opinión Consultiva 5/85**, párrafo 39.

[298] En la sentencia **C-010 de 2000** (M.P. Alejandro Martínez Caballero) la Corte explicó que mientras que la censura previa establece controles preventivos, autorizaciones previas u otras obstrucciones o impedimentos serios para la difusión de un mensaje, la prohibición previa mediante ley de la difusión de ciertos contenidos, sin someter la expresión a controles, autorizaciones o impedimentos previos, con establecimiento de responsabilidades posteriores para los infractores, es constitucional, siempre y cuando cumpla con las condiciones de perseguir bienes constitucionales claros, estar establecidas en la ley, ser expresas y taxativas: *"La censura previa, en los términos de la Convención Interamericana y del derecho constitucional, consiste en que las autoridades, por diversas razones, impiden u obstaculizan gravemente la emisión de un mensaje o la publicación de un determinado contenido. Es pues una medida de control preventivo puesto que la emisión o publicación queda sujeta a una autorización precedente de la autoridad. Así, en las for-*

Pages 393 130 720
Online 400
Visit today 20 590
(http://www.histats.com/viewstats/?sid=1206326&cid=605)

mas clásicas de censura, las autoridades se reservan el derecho a revisar anticipidamente los escritos, a fin de decidir si autorizan o no su publicación y difusión, por lo cual obligan a los particulares a remitir previamente los textos para obtener el correspondiente permiso. Este tipo de prácticas está claramente prohibido por la Convención Interamericana y por la Constitución. (…) otra cosa muy diferente es que la ley restrinja previamente que se difundan ciertos contenidos, pero no someta las publicaciones a controles preventivos o autorizaciones previas sino que establezca sanciones para quienes infrinjan esa prohibición. En efecto, las limitaciones, basadas en la imposición de responsabilidades ulteriores por la violación de prohibiciones previas, no constituyen censura previa y se encuentran claramente autorizadas por la Convención Interamericana, siempre y cuando representen medidas necesarias para defender ciertos bienes constitucionales. Es más, este tratado precisamente exige que toda restricción a la libertad de expresión haya sido previa y claramente definida en la ley, como un requisito de seguridad jurídica, que refuerza la protección a esta libertad, en la medida en que evita castigos ex post facto en este campo. Así lo ha entendido claramente la Corte Interamericana, quien ha señalado que las restricciones fundadas en la imposición de sanciones ulteriores se ajustan a la Convención sólo si las causales de responsabilidad están "previamente establecidas" en la ley, por medio de una "definición expresa y taxativa"." En igual sentido se ha pronunciado la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, al explicar que *"la imposición de restricciones a la libertad de expresión sólo admite responsabilidades ulteriores, las que deben estar expresamente fijadas por la ley donde los fines que se persiguen sean legítimos, y los fundamentos para establecer la responsabilidad sean necesarios para asegurar el fin que se procura. // 23. Las responsabilidades ulteriores se encuentran reguladas por el artículo 13 de la Convención y solo proceden de manera restringida cuando fuere necesario para asegurar el respeto de los derechos o la reputación de otros. 'La restricción de la posibilidad de establecer responsabilidades ulteriores se dispone como garantía de la libertad de expresión evitando que ciertas personas, grupos, ideas o medios de expresión queden a priori excluidos del debate público.[Véase Corte Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso "La Última Tentación de Cristo" (Olmedo Bustos y Otros vs. Chile) Sentencia de 5 de Febrero de 2001, VIII Artículo 13: Libertad de Expresión, párr. 61e.]"* (Comisión Interamericana de Derechos Humanos, documento sobre **Antecedentes e Interpretación de la Declaración de Principios sobre Libertad de Expresión**). Con base en esta distinción entre censura y prohibición previa, en la sentencia **C-010 de 2000** la Corte Constitucional explicó que la prohibición legal de transmitir programas informativos o periodísticos en tono de arenga, discurso o declamación no constituye un modo de censura, sino una prohibición previa que da lugar a responsabilidades posteriores: *"Una cosa es entonces una prohibición previa, pero que genera responsabilidades ulteriores, que es legítima, y otra diversa es la censura previa de una publicación o de una emisión radial, que se encuentra proscrita por la Constitución y la Convención Interamericana. Y en el presente caso, es claro que la norma acusada no está imponiendo una censura previa, pues no obliga a los programas de radio a que envíen las grabaciones de la emisión que se pretende hacer, a fin de que las autoridades determinen si ésta se autoriza o no. La disposición impugnada prohíbe ciertos tipos de emisiones, pero no recurre al dispositivo de la censura previa sino que señala responsabilidades ulteriores a quienes infrinjan la interdicción. Así, el artículo 17 de esta ley establece las sanciones por la violación de estas reglamentaciones".* También en aplicación de esta regla, en la sentencia **C-431 de 2004** la Corte declaró exequible, con ciertas condiciones, una *prohibición previa* de publicaciones sobre asuntos militares efectuadas por militares que conllevaba responsabilidades posteriores, explicando que ésta no constituía censura a pesar de que exigía un permiso para los casos excepcionales de admisibilidad de estas publicaciones.

[299] Así, en la sentencia **C-488 de 1993** (M.P. Vladimiro Naranjo Mesa), la Corte señaló que una prohibición previa –consistente en que durante los 30 días anteriores a una elección los medios no podrían difundir encuestas de opinión sobre los candidatos- constituía censura y por lo mismo carecía de título jurídico, por no constituir un medio para la protección de las finalidades perentorias que justifican limitar a libertad de expresión, las cuales se verían lesionadas por su implementación: *"No hay una fundamentación válida para prohibir que se exprese la opinión de los encuestados en un asunto público, y cuya divulgación no atenta contra el orden público, la intimidad o el bien común. Además, dada la naturaleza de la democracia participativa, la divulgación de encuestas electorales es asunto de interés general. Al ser de interés general el conocimiento de la opinión sobre los*

Pages 35 100 720
Online 400
Vis. today 20 530
(http://www.histats.com/viewstats/?sid=12063268&ccid=605)

hechos que reflejan las encuestas, la información es debida, dada la prevalencia del interés general; por tanto su restricción absoluta por el término de treinta días antes de la jornada electoral, se torna en injusta, inconveniente e inoportuna, pues es un contrasentido que en el momento en que se requiere de mayor información como capacitación previa para la decisión política de los electores, se les prive del conocimiento de un factor, de interés, cual es la opinión de un sector de la sociedad, porque supone una restricción que riñe con la esencia de la participación de la comunidad en los asuntos públicos". En esta misma línea, en la sentencia **T-505 de 2000** se clasificó como censura una decisión de la Comisión Nacional de Televisión de suspender un programa de televisión, que se había adoptado por fuera de las normas legales que facultaban a la Comisión para adoptar este tipo de medidas, y que constituía una intervención sobre el contenido del programa: *"La Comisión de Televisión, en un evidente acto de censura, no solamente extralimitó el ámbito que la norma legal invocada señalaba al ejercicio de sus facultades, sino que entró en el contenido mismo del programa, imputando a CARACOL, por su realización, conductas totalmente ajenas al delimitado campo en mención: tratamiento obsceno y morboso dado al tema de la sexualidad."*

[300] La Corte Europea de Derechos Humanos ha explicado en este orden de ideas que las prohibiciones o restricciones previas sobre la distribución de cierto tipo de publicaciones no están prohibidas como tal por la Convención Europea, pero que dados los riesgos que este tipo de restricciones plantean a las sociedades democráticas, se deben control en la forma más cuidadosa posible por el juez, especialmente cuando afectan a la prensa. Ver el caso de **Éditions Plon v. Francia** *(Aplicación no. 58148/00 - Sentencia de mayo 18 de 2004, version final de agosto 18 de 2004)*: *"El artículo 10 no prohíbe las restricciones previas sobre las publicaciones ni las prohibiciones de distribución como tales; sin embargo, los peligros que plantean restricciones de ese tipo para la sociedad democrática son tales, que llaman al escrutinio más cuidadoso de parte de la Corte…"* [traducción informal: *"Article 10 does not prohibit prior restraints on publication or bans on distribution as such; however, the dangers which restrictions of that kind pose for a democratic society are such that they call for the most careful scrutiny on the part of the Court, which it will apply in its examination of the instant case"*.] En idéntico sentido, ver el caso de **Alinak v. Turquía** (*Aplicación no. 40287/98*, sentencia de Marzo 29 de 2005, versión final del 29 de junio de 2005): *"El artículo 10 no prohíbe las restricciones previas de publicaciones como tales. Esto se deduce de los términos 'condiciones', 'restricciones', 'prevenir' y 'prevención' que aparecen en esa disposición (…). Sin embargo, los peligros inherentes a la restricción previa son tales que llaman al escrutinio más cuidadoso por la Corte. Esto es especialmente así en la medida en que se afecta a la prensa, pues las noticias son una mercancía perecedera y demorar su publicación, incluso por un período corto, puede muy bien privarlas de todo su valor e interés. Este peligro se extiende a la censura de publicaciones distintas a los periódicos que tratan de temas de actualidad."* [traducción libre: "*Article 10 does not prohibit prior restraint on publication as such. This is borne out by the words "conditions", "restrictions", "preventing" and "prevention" which appear in that provision (see Sunday Times (no. 1) cited above, and Markt intern Verlag GmbH and Klaus Beermann v. Germany, judgment of 20 November 1989, Series A no. 165). However, the dangers inherent in prior restraint are such that they call for the most careful scrutiny by the Court. This is especially so as far as the press is concerned, for news is a perishable commodity and to delay its publication, even for a short period, may well deprive it of all its value and interest. This danger extends to the censorship of publications other than periodicals that deal with a topical issue*". Consultar también en esta línea el caso de **Association Ekin v. Francia** (Aplicación no. 39288/98, sentencia del 17 de julio de 2001), en el cual se precisó que las leyes que permitan a las autoridades prohibir por vía administrativa la circulación de publicaciones extranjeras constituyen restricciones previas que no son necesariamente incompatibles con la Convención Europea, en principio, siempre y cuando estén acompañadas por un marco jurídico que garantice un control estricto y una revisión judicial apropiada, para prevenir abusos de poder: *"La Sección 14 de la Ley de 1881, tal y como fue modificada, está redactada en términos muy amplios, y confiere poderes de amplio alcance al Ministro del Interior para emitir prohibiciones administrativas sobre la diseminación de publicaciones de origen extranjero o escritas en un idioma extranjero. Como se estableció anteriormente, tales restricciones previas no son necesariamente incompatibles con la Convención en tanto asunto de principio. Sin embargo, se requiere un marco legal, que asegure tanto el control estricto del alcance de las prohibiciones como un control judicial efectivo para prevenir cualquier abuso de poder"*. [traducción informal: *"Section 14 of the Law of 1881, as amended, is couched in very wide terms and confers wide-ranging*

Pages 803.130.720
Online 400
Vis. today 203536
(http://www.histats.com/viewstats/?sid=1206326&cid=605)

powers on the Minister of the Interior to issue administrative bans on the dissemination of publications of foreign origin or written in a foreign language. As stated above, such prior restraints are not necessarily incompatible with the Convention as a matter of principle. Nevertheless, a legal framework is required, ensuring both tight control over the scope of bans and effective judicial review to prevent any abuse of power"].

[301] En la sentencia **C-650 de 2003** (M.P. Manuel José Cepeda Espinosa) la Corte se pronunció claramente en este sentido: *"los medios de comunicación al ejercer libremente sus funciones democráticas no pueden ser sometidos a ninguna modalidad de control previo sino exclusivamente a responsabilidades posteriores al ejercicio de su libertad, siempre que la base de estas responsabilidades esté definida en la ley de manera clara, específica y precisa para garantizar un interés constitucional, y respetando la norma superior y los tratados internacionales que integran el bloque de constitucionalidad"*.

[302] Sentencia **T-505/00**: *"Desde luego, el ejercicio de tales derechos, que debe contar en el Estado Social de Derecho con la plena garantía del libre flujo de las informaciones y de las distintas formas de expresión pública, no se opone a la responsabilidad social de los medios, asegurado en la Carta Política en favor de los destinatarios de todo mensaje -los integrantes de la colectividad-, quienes tienen derecho, también constitucional, a reclamar posteriormente por los daños que pueda causar la actividad de aquéllos"*.

[303] Esta ha sido la postura asumida a nivel internacional; por ejemplo, la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en el caso de **Olmedo Bustos y otros**, explicó que los actos de censura en los que incurra cualquier autoridad comprometen la responsabilidad internacional del Estado, en aplicación de las reglas generales sobre responsabilidad: *"Esta Corte entiende que la responsabilidad internacional del Estado puede generarse por actos u omisiones de cualquier poder u órgano de éste, independientemente de su jerarquía, que violen la Convención Americana. Es decir, todo acto u omisión, imputable al Estado, en violación de las normas del Derecho Internacional de los Derechos Humanos, compromete la responsabilidad internacional del Estado"*.

[304] Comisión Interamericana de Derechos Humanos, Declaración de Principios sobre la Libertad de Expresión, Principio 5.

[305] Consultar en este sentido la sentencia **C-650 de 2003** (M.P. Manuel José Cepeda Espinosa): *"La censura es el más aberrante de los controles previos a la libertad de la prensa y de los demás medios de comunicación porque representa el mayor grado de invasión del núcleo esencial de dicha libertad. Sin embargo, no es la única modalidad de control previo. Existen muchos tipos de controles previos y a lo largo de la historia de occidente la creatividad de quienes inventan formas abiertas o sutiles, directas o indirectas, generales o específicas, de control previo parece no tener límites"*. También se explicó en esta línea de argumentación, en la sentencia **C-010 de 2000**, que la prohibición de la censura previa no se restringe a las prácticas más crasas de censura, es decir, la autorización previa de los censores para la publicación de ciertos contenidos; también pueden haber restricciones de la libertad de expresión por medios indirectos, según establece la Convención Americana de Derechos Humanos: *"la Corte recuerda que la prohibición de la censura previa no excluye únicamente las prácticas que más groseramente han sido conocidas como censura, a saber, la necesidad de obtener anticipadamente, de parte de los censores, una autorización para publicar ciertos contenidos. En efecto, el artículo 13-3 de la Convención Interamericana establece que no se puede restringir la libertad de expresión por "medios indirectos, como el abuso de controles oficiales... encaminados a impedir la comunicación y la circulación de ideas y opiniones". Una interpretación sistemática de esa prohibición de la restricción indirecta de la libertad de expresión, junto con la proscripción de la de censura previa, lleva a la conclusión de que cualquier control indirecto preventivo debe ser cuidadosamente examinado por el juez constitucional, ya que es sospechoso, en la medida en que puede configurar una censura, terminantemente prohibida*

por la Carta y por la Convención Interamericana".

Pageviews 303 131 770
Online 400
Vis. today 20 530

[306] Dijo la Corte en la sentencia **C-650 de 2003**: *"El primero es el régimen de autorización previa o permiso. Este es contrario al artículo 20 de la Carta que garantiza la libertad de fundar medios de comunicación. Así, cualquier persona, aún un menor de edad, puede fundar, por ejemplo, un periódico [Este tipo de control previo debe distinguirse de las licencias de orden técnico para regular el acceso a espacios de radio y televisión, dadas las limitaciones en el espectro, y cuyos fines no son de control de información u opinión, sino de distribución de un bien público escaso. En relación con la libertad de fundar medios masivos de comunicación y permisos especiales para acceder al especio electromagnético, ver entre otras las sentencias T-838 de 2002, M.P. Álvaro Tafur Galvis; C-010 de 2000, M.P. Alejandro Martínez Caballero], puesto que ni siquiera la cédula de ciudadanía o cualquier tarjeta de identidad puede invocarse como requisito para ejercer una libertad reconocida a toda persona"*

(http://www.histats.com/viewstats/?sid=1206326&ccid=605)

[307] En términos de la Corte: *"El segundo es el régimen de registro constitutivo mediante el cual se exige que los medios de comunicación se inscriban en un registro oficial, no con fines de información y de definición de responsabilidades posteriores, sino con el objeto de que la autoridad administrativa que lleva el registro pueda negarlo y de esa manera impedir que el medio empiece a funcionar o continúe haciéndolo. Estos tipos de control previo se distinguen del llamado registro declarativo por medio del cual los fundadores del medio tan solo informan acerca de la identidad del mismo y de sus responsables sin que pueda la autoridad administrativa obstaculizar o prohibir que el mismo desarrolle libremente su actividad periodística. El registro declarativo no es considerado una forma de control previo, siempre que sus fines y su régimen no creen peligro alguno de censura"* (sentencia **C-650 de 2003**).

[308] Sentencia **T-213 de 2004** (M.P. Eduardo Montealegre Lynett), en la cual se clasificó como censura la decisión de un juez de tutela, como medida cautelar, de impedir la circulación y venta de un libro – se señaló que prima la protección de la opinión mientras no quede claramente demostrado que hubo un ejercicio abusivo del derecho que violó derechos fundamentales, precisando que hay distintas formas de censura distintas a la clásica de impedir la circulación de información u opiniones, como ordenar el retiro de circulación o impedir la publicación de una obra sin que haya una sentencia judicial previa aclarando que se violaron los derechos fundamentales de alguien: *"El artículo 20 de la Constitución prohíbe la censura. Por su parte, el artículo 13 del Pacto de San José señala que está prohibida la censura previa y que el ejercicio de este derecho sólo está sujeto a "responsabilidades ulteriores". // El privilegio prima facie del derecho a la libertad de opinión, implica que mientras no se determine claramente que las expresiones emitidas constituyen un ejercicio abusivo de éste y violatorio de derechos fundamentales, se mantiene la protección de las opiniones* ***[308]****. Existe, en este orden de ideas, una presunción de conformidad con la Constitución de toda opinión, la cual ha de ser protegida mientras no se adopte decisión judicial. // Censura es una supresión de la libertad de expresión. Ordinariamente ocurre cuando previo a la publicación de la información o la opinión, esta es evaluada por la autoridad y, a partir de ello se emite autorización para su publicación (en el sentido de emitir) final. Sin embargo, existen formas más sutiles de censura. No sólo a través de presiones directas o indirectas por parte del Estado. // Se incurre en censura cuando, sin haberse establecido responsabilidad, se impide que continúe circulando información u opiniones. Al establecerse la responsabilidad, desaparece la presunción de constitucionalidad de la emisión y, por lo tanto, el Estado está en el deber de proteger en sus derechos a la persona afectada por la información o la opinión. // De allí que por regla general, constituye una forma de censura retirar de circulación o impedir la publicación de una obra, sin que medie sentencia judicial previa que señale que en ella se incurre en violación de los derechos fundamentales de una persona".*

[309] En este sentido, la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha afirmado que existe censura en toda prohibición previa de exhibición pública de películas, así ésta se haya impuesto invocando razones de moralidad pública. Así, en el caso de **Olmedo**

Visitors 50 551 210
Online 400
Vis. today 20 530
[http://www.histats.com/viewstats/?sid=1296326&idd=605]

Bustos y otros (sentencia del 5 de febrero de 2001), este tribunal dictaminó que la prohibición de la exhibición de la película 'La Ultima Tentación de Cristo' impuesta por el Consejo de Calificación Cinematográfica de Chile constituyó, por lo tanto, una censura previa impuesta en violación al artículo 13 de la Convención, recordó la Corte Interamericana que el artículo 13.4 de la Convención establece una excepción a la censura previa, ya que la permite en el caso de los espectáculos públicos pero únicamente con el fin de regular el acceso a ellos, para la protección moral de la infancia y la adolescencia. En todos los demás casos, cualquier medida preventiva implica el menoscabo a la libertad de pensamiento y de expresión.

[310] Dijo la Corte: *"En relación con el contenido de la información, existen múltiples modalidades de controles previos, todas contrarias a la prohibición de la censura"* (sentencia **C-650 de 2003)**.

[311] Dijo la Corte: *"La primera, por fortuna desterrada de las democracias, son las juntas o consejos de revisión previa de la información. [Sentencia T-505 de 2002, M.P. José Gregorio Hernández. (En esta ocasión la Corte Constitucional concedió una tutela a CARACOL en contra de la Comisión Nacional de Televisión por impedir la transmisión de un programa. Dijo la Corte refiriéndose a la prohibición a la censura y a las juntas o consejos de revisión previa de la información: "La Comisión de Televisión, en un evidente acto de censura, no solamente extralimitó el ámbito que la norma legal invocada señalaba al ejercicio de sus facultades, sino que entró en el contenido mismo del programa, imputando a CARACOL, por su realización, conductas totalmente ajenas al delimitado campo en mención: tratamiento obsceno y morboso dado al tema de la sexualidad." Y más adelante dijo: "La censura está prohibida en la Constitución, de tal manera que con el mandato superior es incompatible cualquier disposición de la ley que pueda facultar a la autoridad administrativa para impedir que se ejerza la libertad constitucionalmente garantizada a los medios de comunicación, independientemente de su naturaleza. Ellos, según la Carta, aunque tienen a cargo una responsabilidad social -que sólo puede deducirse en forma posterior- son* ***libres*** *y, en el cumplimiento de su función respecto de la sociedad, gozan de la garantía de no ser sometidos en ningún caso ni por motivo alguno a la censura.|| La administración, según resulta de la Carta Política de 1991, no puede entrar en los contenidos de la programación de televisión o radio, de las publicaciones impresas, o en cualquier modalidad de comunicación o de expresión, para decidir si pueden o no difundirse. || La Corte Constitucional entiende que se aplica la censura siempre que los agentes estatales, so pretexto del ejercicio de sus funciones, verifican el contenido de lo que un medio de comunicación quiere informar, publicar, transmitir o expresar, con la finalidad de supeditar la divulgación de ese contenido a su permiso, autorización o previo examen -así no lo prohiban-, o al recorte, adaptación, adición o reforma del material que se piensa difundir. Prohibir, recoger, suspender, interrumpir o suprimir la emisión o publicación del producto elaborado por el medio son modalidades de censura, aunque también lo es, a juicio de la Corte, el sólo hecho de que se exija el previo trámite de una inspección oficial sobre el contenido o el sentido de lo publicable; el visto bueno o la supervisión de lo que se emite o imprime, pues la sujeción al dictamen de la autoridad es, de suyo, lesiva de la libertad de expresión o del derecho a la información, según el caso."]* (sentencia **C-650 de 2003**).

[312] Según la Corte: *"Las segundas son las reglas de autorización para divulgar informaciones relativas a materias que han sido estimadas sensibles por determinado régimen. [Sentencia C-425 de 1994, M.P. José Gregorio Hernández Galindo. (Dijo la Corte en esta ocasión: "Según las normas demandadas ciertos hechos noticiosos -comunicados de algunas organizaciones delincuenciales y entrevistas de sus miembros -, no pueden ser públicamente difundidos sin antes obtener autorización del ministro de comunicaciones. (...) De la sentencia de la Corte, pueden extraerse las siguientes proposiciones, que inciden en el asunto tratado: || (1) Durante los períodos de normalidad y anormalidad está prohibida la censura. Si para restablecer el orden público perturbado, el Estado no puede apelar a la censura, todavía menos lo puede hacer para conservarlo o para prevenir su alteración durante el período de normalidad. || (2) La libertad de expresión y sus múltiples manifestaciones, durante los estados de excepción y en períodos de normalidad, pueden ser objeto de variadas limitaciones y restricciones, a través de normas punitivas que describan la conducta antisocial y señalen las sanciones que acarrea su realización. Se trata de una técnica de control posterior de la conducta, edificada sobre el principio de responsabilidad social de los medios consagrado en el artículo 20 de la CP. Contrasta*

Pages 303 130 720
Online 400
Vis. today 20 530
(http://www.histats.com/viewstats/?sid=1206326&ccid=605)

conducta, calificada sobre el principio de responsabilidad social de los medios consagrado en el artículo 20 de la CP. Contrasta esta técnica normativa con la censura que implica un control previo al comportamiento del individuo o de los medios. || (3) La libertad de expresión se predica de toda persona, sin distinciones de ninguna clase, según lo ordenan los artículos 13 y 20 de la CP. Así una persona "haya infringido un mandato legal, no puede ser despojada de esos derechos que la Constitución no permite limitar o restringir, aún en períodos de turbación del orden". || (4) Si la forma o el medio a través de los cuales se pretende divulgar una información, son ilícitos - v.gr valiéndose de emisoras clandestinas -, esa actividad no recibe protección constitucional. || (5) Los medios de comunicación son libres de divulgar las denuncias sobre violación de los derechos humanos, hechas por las organizaciones y las personas colocadas al margen de la ley y pueden, por consiguiente, abstenerse de hacerlo. || Se deduce de lo anterior, que las normas examinadas violan el artículo 20 de la CP, que prohíbe la censura, la cual no puede imponerse respecto de ningún género de comunicación, ni siquiera durante los estados de excepción. Si la prohibición de adoptar esta restricción a la libertad de expresión se extiende a los estados de excepción, la misma operará como un límite absoluto frente a las regulaciones que se puedan aplicar a esa libertad en períodos de normalidad."] La violación de tales reglas es sancionada, inclusive, e inconstitucionalmente, con pena de prisión". (sentencia **C-650 de 2003**).

[313] Así, en la sentencia **T-293 de 1994** (M.P. José Gregorio Hernández Galindo) la Corte concluyó que la censura es inconstitucional, sea como prohibición absoluta de publicar algo, o como facultad de una autoridad para dar un visto bueno previo a las publicaciones, para recortar o modificar su contenido: "*La censura, bien que asuma la forma de prohibición absoluta de publicar algo, o que implique la facultad de alguna autoridad para dar un visto bueno previo a las publicaciones, para recortar o modificar su contenido, constituye flagrante violación de la libertad en cuanto cercena las posibilidades que toda persona debe tener de expresar sus ideas o de transmitir informaciones"*. Caso diferente, se precisó en esta sentencia, es el de las órdenes judiciales previas que impiden la circulación de escritos o impresos después de que se ha demostrado fehacientemente que en ellos se atenta contra los derechos fundamentales de personas concretas, las cuales no constituyen censura: *"De allí resulta que es válida la decisión judicial que impida 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"*.

[314] Dijo la Corte: *"La tercera es la prohibición de divulgar ciertos contenidos informativos, cuya transgresión también es sancionada con medidas administrativas de suspensión o cierre del medio o, inclusive, con sanciones penales.[Sentencia C-038 de 1996, M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz. La Corte declaró inexequible el parágrafo 2 del artículo 33 de la Ley 190 de 1995, el cual prohibía la publicación de extractos o resúmenes del contenido de la investigación sometida a reserva, hasta su fallo de primera instancia. Sostuvo la Corte: "El parágrafo segundo de la norma examinada que prohíbe publicar extractos o resúmenes del contenido de la investigación sometida a reserva, hasta que se produzca el fallo, es inexequible en cuanto comporta una forma clara e inequívoca de censura y viola, por ende, el artículo 20 de la C.P. De otra parte, vulnera la libertad e independencia de la actividad periodística, garantizada en el artículo 73 de la Carta. No obstante que la investigación, en los términos de esta sentencia, esté sujeta a reserva, la divulgación periodística de su contenido no puede ser impedida sin violar la prohibición constitucional a la censura y a la reserva de la fuente, garantías esenciales de la libertad e independencia de esta actividad. A este respecto ha señalado la Corte Constitucional: "Obligar al periodista a revelar el origen de sus informaciones, implicaría limitar su acceso a la noticia, al silenciar, en muchos casos, a quienes conocen los hechos. Pero, de otro lado, el periodista está sujeto a "las responsabilidades que adquiere por sus afirmaciones". Y no podrá, en consecuencia, escudarse en el dicho de terceros cuyos nombres oculta, para calumniar o injuriar" (Corte Constitucional, excusa No E-003 de 1993. M.P Dr. Jorge Arango Mejía).]"* (sentencia **C-650 de 2003**).

Pages 303 130 720
Online 400
Vis today 20 530
(http://www.histats.com/viewstats/?sid=1206326&ccid=605)

[315] En términos de la Corte: *"La cuarta es el establecimiento de controles administrativos o judiciales posteriores tan severos e invasivos de la libertad que tienen claramente el efecto de provocar la autocensura y la creación de mecanismos internos de revisión previa para evitar que tales controles externos sean dirigidos en contra del medio correspondiente. Es lo que se denomina el efecto de paralización de la información. [Se distingue entre el efecto de congelación de la información, resultado de la censura, y el efecto de paralización de la información, resultado de la amenaza de una sanción excesivamente severa. En el constitucionalismo estadounidense se habla de "freezing effect" y de "chilling effect". Gerald Gunther. Constitutional Law. The Foundation Press, Mineola, N.Y., 1985 (11ed), p. 1055 y ss]"* (sentencia **C-650 de 2003**).

[316] *"La quinta es la exclusión de ciertos medios de comunicación del mercado como represalia por la posición que han adoptado en el pasado y probablemente continuarán tomando en el futuro. Este tipo de control al contenido de la información y la opinión, también inconstitucional, es de difícil prueba porque es necesario demostrar que una decisión legislativa o administrativa aparentemente neutral tiene en realidad un propósito o un impacto persecutorio o discriminatorio. [La Corte aceptó en teoría esta posibilidad en materia de las libertades de expresión por televisión, al incorporar al derecho constitucional la doctrina de la desviación de poder del legislador, pero concluyó que en el caso concreto no se probó dicha desviación. Ver sentencia C-350 de 1997, M.P. Fabio Morón Díaz]"* (sentencia **C-650 de 2003**).

[317] Ver la sentencia **T-505 de 2000**, en la cual la Corte inaplicó, para el caso concreto, el art. 5-(l) de la Ley 182 de 1995, por ser incompatible con el art. 20 de la Constitución al permitir a la CNTV ordenar la suspensión de programas de televisión, lo cual constituye censura: *"Por todo lo anterior, con base en el artículo 4 de la Constitución, teniendo en cuenta que el artículo 5, literal l), de la Ley 182 de 1995 es incompatible con el 20 de la Constitución, que prohíbe de manera tajante la censura, se inaplicará aquel precepto en el caso concreto. // Para la Corte, es posible la conjunción entre la acción de tutela y la excepción de inconstitucionalidad, como lo señaló en Sentencia T-614 del 15 de diciembre de 1992"*. La excepción de inconstitucionalidad, explicó la Corte, era procedente porque el art. 20 de la Constitución es imperativo al consagrar la libertad de expresión y proscribir la censura categóricamente, sin admitir regulación posterior, reglamentación o excepciones por la ley.

[318] *"El primero se refiere al acceso a lugares donde los periodistas obtienen la información que estiman relevante. Este control previo se manifiesta en la prohibición de acceder a determinado lugar, en la necesidad de conseguir un permiso previo en la exigencia de que el periodista sólo pueda ingresar al sitio acompañado o supervisado por una autoridad. Esta Corte ha sostenido que está prohibido establecer ese tipo de restricciones a la movilización y al acceso, [Sentencia C-1024 de 2002, M.P. Alfredo Beltrán Sierra. (La Corte sostuvo en esta oportunidad: "No queda duda alguna de que la limitación a la libertad de prensa, ya sea para restringir o dificultar el acceso a la información o a los sitios donde se producen acontecimientos que puedan ser objeto de investigación periodística destinada a su divulgación entre la opinión pública, tanto nacional como extranjera, no puede ser establecida por la ley en estados de normalidad, pues con ello se violarían las garantías constitucionales anteriormente mencionadas."] lo cual no impide que voluntariamente un periodista solicite protección para su vida."* (sentencia **C-650 de 2003**).

[319] *"El segundo tipo de control previo al acceso, tiene que ver con la información denominada reservada. La Constitución prohíbe que la autoridad administrativa determine qué es información reservada porque ello equivaldría a aceptar una forma de control previo (artículo 74 C.P.). Solo la ley puede hacerlo de manera precisa, no de manera vaga e indeterminada. Además, presume que la información que reposa en las oficinas públicas es también pública dentro de una tradición colombiana de acceso a la documentación pública ya casi centenaria….La Corte Constitucional ha sostenido, en aplicación del principio pro informa-*

Pages 303 130 720
Online 400
Vis. today 20 530
(http://www.histats.com/viewstats/?sid=1206326&ccid=605)

tione, que cuando la autoridad no responde oportunamente a la información pedida opera una especie de silencio administrativo positivo de tal manera que la autoridad negligente no puede luego alegar, lo que no invocó en la oportunidad debida (v.gr. que la información era reservada) para negarse a divulgarla. [En sentencia T-424 de 1998, M.P. Vladimiro Naranjo Mesa, la Corte concedió una tutela del derecho de petición ante el silencio de una entidad pública. Dijo la Corte en esta oportunidad: "Es por esto, que una vez hayan pasado los diez (10) días desde la presentación de la solicitud de copia del documento, se entenderá que la mencionada solicitud ha sido aceptada, de tal manera que si dentro de los tres (3) días siguientes a la configuración del silencio administrativo positivo, no se han entregado las copias requeridas, se ha vulnerado el derecho fundamental de acceso a los documentos públicos, consagrado como tal en el artículo 74 de la Constitución Nacional, para cuya protección efectiva, no existe ningún medio de defensa judicial diferente de la acción de tutela".]" (sentencia **C-650 de 2003**).

[320] Al decir de la Corte: *"En relación con las personas que trabajan en los medios de comunicación, la cuestión de determinar cuándo una medida constituye un tipo de control previo es más compleja puesto que ciertas reglas pueden estar encaminadas a proteger a los periodistas en su actividad, no a establecer formas de control previo. Y en sentido contrario, normas con un contenido o una finalidad protectora pueden, dado su diseño o sus alcances, tener un efecto inconstitucional equivalente a un control previo, o crear un riesgo claro de desviación hacia modalidades sutiles de control previo"* (sentencia **C-650 de 2003)**.

[321] *"Por lo pronto, existen modalidades de control previo que recaen sobre las personas que ejercen la actividad periodística que han sido declaradas contrarias a la Constitución. La primera es la exigencia de una tarjeta profesional como condición sine qua non para ejercer la actividad periodística. En el apartado 4.6 de esta sentencia se reitera esa doctrina constitucional en cuanto impide que quien no tenga dicha tarjeta ejerza una actividad que es la manifestación de un derecho reconocido a toda persona"* (sentencia **C-650 de 2003**).

[322] *"La segunda es la colegiatura obligatoria en la medida en que delega en un colegio profesional la expedición de una tarjeta para ejercer legítimamente la actividad periodística, lo cual excluye a las personas que no pertenezcan a dicho(s) colegio(s) del ejercicio de un derecho fundamental. Así lo ha determinado la Corte Interamericana en una opinión consultiva a la cual se hará referencia en el apartado 4.5 de esta sentencia"* (**sentencia C-650 de 2003**).

[323] *"El tercer tipo de control previo sobre los periodistas es el registro constitutivo por medio del cual se exige que la persona que opte por ser periodista cumpla determinados requisitos sin los cuales una autoridad administrativa podrá negarle el estatus de periodista o revocarle dicho estatus. Se trata de un traslado del sistema de licencia previa - originalmente creado para los medios impresos - como se advirtió al recordar la Areopagítica– a los periodistas. Las consecuencias de no tener el estatus de periodista en un sistema de registro constitutivo son de diverso orden y van desde la prohibición de trabajar en un medio de comunicación hasta la interdicción de invocar el secreto de sus fuentes de información en la medida en que este derecho, dentro de tales sistemas contrarios a nuestra Constitución, aparece reservado a los periodistas a los cuales el Estado les haya otorgado dicho estatus. Así, lo que es un derecho constitucional es transformado, por vía del registro constitutivo, en un privilegio concedido graciosamente por las autoridades administrativas en virtud de una ley. Por eso, los sistemas de registro constitutivo son contrarios a las libertades de expresión, en especial a la libertad de información y a la libertad de prensa, en sentido amplio".* (**sentencia C-650 de 2003**).

[324] Sentencia **C-650 de 2003**.

[325]

Pages 305 130 720
Online 400
Vis. today 20 530
(http://www.histats.com/viewstats/?sid=1206326&ccid=605)

La Comisión Interamericana ha explicado en relación con este punto: *"Asimismo, este principio establece que es inadmisible la imposición de presiones económicas o políticas por parte de sectores de poder económico y/o del Estado con el objetivo de influenciar o limitar tanto la expresión de las personas como de los medios de comunicación. La Comisión Interamericana ha expresado al respecto que el uso de poderes para limitar la expresión de ideas se presta al abuso, ya que al acallar ideas y opiniones impopulares o críticas se restringe el debate que es fundamental para el funcionamiento eficaz de las instituciones democráticas. La limitación en el libre flujo de ideas que no incitan a la violencia anárquica es incompatible con la libertad de expresión y con los principios básicos que sostienen las formas pluralistas y democrática de las sociedades actuales. (...) El Estado debe abstenerse de utilizar su poder y los recursos de la hacienda pública con el objetivo de castigar, premiar o privilegiar a los comunicadores sociales y a los medios de comunicación en función de sus líneas informativas. Su rol principal es el de facilitar el más amplio, plural y libre debate de ideas. Cualquier interferencia que implique restringir la libre circulación de ideas debe estar expresamente prohibida por la ley. Presiones directas o indirectas dirigidas a silenciar la labor informativa de los comunicadores sociales son incompatibles con la libertad de expresión. // 57. La utilización del poder del Estado para imponer criterios de restricción puede ser empleado como mecanismos encubiertos de censura a la información que se considere crítica a las autoridades."* (Comisión Interamericana de Derechos Humanos. Documento sobre Antecedentes e Interpretación de la Declaración de Principios sobre Libertad de Expresión).

[326] En la sentencia **C-010 de 2000** (M.P. Alejandro Martínez Caballero) la Corte explicó que entre las distintas limitaciones de la libertad de expresión, se debe distinguir entre las regulaciones neutrales frente al contenido, y las regulaciones que no son neutrales frente al contenido del mensaje que se está expresando, es decir, *"entre aquellas restricciones que toman en cuenta el contenido de los discursos, como una ley que proscribe la divulgación de ciertas teorías filosóficas, y aquellas otras que son neutrales frente a ese contenido, en la medida en que se aplican de manera igual a todos los mensajes emitidos, como una norma que prohíbe cualquier forma de arenga, después de cierta hora, en una determinada zona urbana residencial"*. Las limitaciones sobre el contenido del discurso son inconstitucionales: *"es obvio que la primera limitación, referida al contenido de la opinión o de la información, es problemática, desde el punto de vista constitucional, por cuanto la ley discrimina entre los discursos, a fin de privilegiar ciertos mensajes y marginar otros. Este tipo de medidas es particularmente peligroso y lesivo de la libertad de expresión, por cuanto autoriza una dirección estatal del pensamiento y de la opinión, contraria al pluralismo, al libre desarrollo de la personalidad y al debate democrático (CP arts 1º, 7º, 13, 16 y 20), en la medida en que, frente a la Carta, todas las ideas tienen un mismo status y valor. Así, expresamente el artículo 70 superior señala que el Estado reconoce la dignidad e igualdad de las diversas manifestaciones de la cultura. Por ello, las restricciones fundadas en el contenido del discurso en principio deben presumirse inconstitucionales, pues constituyen el prototipo de control autoritario de la libertad, ya que favorecen ciertas opiniones, y marginan otras"*.

[327] En la jurisprudencia de los Estados Unidos ha sido crítica la distinción, a nivel de las limitaciones de la expresión basadas en el contenido, entre (a) las restricciones de determinados puntos de vista –consideradas por la Corte Suprema de Estados Unidos como la violación paradigmática de la primera enmienda-, o (b) las restricciones de determinados temas. El caso guía de las restricciones de puntos de vista es **Kingsley International Pictures Corp. V. Regents** [360 US 684 (1959)], en el cual la Corte Suprema invalidó una ley de Nueva York sobre licenciamiento de películas, que prohibía las películas "*inmorales*", definidas como películas que exhiben inmoralidad sexual presentándola como un patrón de conducta deseable, aceptable o apropiado. El Estado de Nueva York, con base en esa ley, negó la licencia de exhibición a la película "El Amante de Lady Chatterley", por tratar el tema de adulterio y presentarlo como algo deseable en ciertas circunstancias. La Corte invalidó la decisión, afirmando que el Estado había prevenido la exhibición de la película por el hecho de que "esa película promovía una idea – que el adulterio bajo ciertas circunstancias puede ser un comportamiento apropiado. No obstante, la garantía básica de la primera enmienda es la libertad de promover ideas. El Estado, simplemente, ha atacado el núcleo mismo de la libertad constitucionalmente protegida. La garantía constitucional no se restringe a la expresión de ideas que son convencionales o compartidas por la mayoría. Protege la defensa de

Pages 303 130 720
Online 400
Vis. today 20.530
(http://www.histats.com/viewstats/?sid=1206326&ccid=605)

constitucional no se restringe a la expresión de ideas que son convencionales o compartidas por la mayoría. Protege la defensa de la opinión según la cual el adulterio a veces puede ser apropiado, en igual medida que la defensa del socialismo o del impuesto unificado" [traducción informal: *"because that picture advocates an idea –that adultery under certain circumstances may be proper behavior. Yet the First Amendment's Basic guarantee is of freedom to advocate ideas. The State, quite simply, has thus struck at the very heart of constitutionally protected liberty. [The constitutional] guarantee is not confined to the expression of ideas that are conventional or shared by a majority. It protects advocacy of the opinion that adultery may sometimes be proper, no less than advocacy of socialism or the single tax"*.] Por otra parte, las restricciones sobre temas enteros son sometidas también a escrutinio estricto por la Corte Suprema de los Estados Unidos. En el caso de **Police Dept. v. Mosley** [408 US 92 (1972)], la Corte Suprema invalidó una ordenanza de Chicago que prohibía las manifestaciones con carteles en un radio de 150 pies alrededor de una escuela mientras la escuela estaba en sesión, pero exceptuaba de la prohibición las manifestaciones pacíficas alrededor de escuelas que atravesaban conflictos laborales. El peticionario, Mosley, se había parado frente a una escuela con un cartel que decía que allí se practicaba la discriminación racial. Para la Corte, la exclusión selective de expresiones del foro público efectuada por la ley (*"[the law's] selective exclusion [of speech] from a public place"*] era inconstitucional: "El problema central con la ordenanza de Chicago es que describe las manifestaciones admisibles en términos de su contenido temático. [La] distinción operativa es el mensaje en el cartel. [Por encima] de todo lo demás, la Primera Enmienda significa que el gobierno no tiene el poder de restringir las expresiones por causa de su mensaje, sus ideas, su tema o su contenido. Para permitir la construcción continua de nuestra política y nuestra cultura, y asegurar la autorrealización de cada individuo, nuestro pueblo tiene garantizado el derecho a expresar cualquier pensamiento, libre de la censura gubernamental. La esencia de esta censura prohibida es el control de contenidos. [Necesariamente] entonces, bajo la [cláusula de igual protección], sin mencionar la primera enmienda misma, el gobierno no puede conceder el uso de un foro a las personas cuyas opiniones considera aceptables, y negar el uso a quienes desean expresar posturas menos favorecidas o más controversiales. Y no puede seleccionar cuáles asuntos son dignos de ser discutidos o debatidos en los lugares públicos. Existe una 'igualdad de status en el campo de las ideas', y el gobierno debe proporcionar a todos los puntos de vista iguales oportunidades de ser escuchados" [traducción informal: "The central problem with Chicago's ordinance is that it describes the permissible picketing in terms of its subject matter. [The] operative distinction is the message on the picket sign. [Above] all else, the First Amendment means that government has no power to restrict expression because of its message, its ideas, its subject matter, or its content. To permit the continued building of our politics and culture, and to assure self-fulfilment for each individual, our people are guaranteed the right to express any thought, free from governmental censorship. The essence of this forbidden censorship is content control. [Necessarily], then, under [equal protection], not to mention the First Amendment itself, government may not grant the use of a forum to people whose views it finds acceptable, but deny use to those wishing to express less favored or more controversial views. And it may not select which issues are worth discussing or debating in public facilities. There is an 'equality of status in the field of ideas', and government must afford all points of view an equal opportunity to be heard".]

[328] Así, en la sentencia **C-087 de 1998** (M.P. Carlos Gaviria Díaz) se señaló que en los regímenes democráticos no existen instancias para definir a priori cuáles opiniones son correctas y cuáles no; lo que sí es posible es establecer responsabilidades posteriores por las posibles consecuencias negativas de la difusión de una opinión: *"... Lo dicho significa, a la luz de la filosofía que informa a todo régimen democrático, que éste excluye, por principio, el reconocimiento de instancias competentes para decidir a priori si una opinión es recta o malsana. Otra cosa es que si de difundir una opinión se siguen efectos socialmente nocivos (piénsese por ejemplo en la apología del delito), la persona debe responder por su conducta abusiva, tal como ya se había establecido en el artículo XI de la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano, que arriba se transcribió".*

[329] En términos de la Corte, en la sentencia **T-505 de 2000**: *"La administración, según resulta de la Carta Política de 1991, no puede entrar en los contenidos de la programación de televisión o radio, de las publicaciones impresas, o en cualquier modalidad de comunicación o de expresión, para decidir si pueden o no difundirse. // La Corte Constitucional entiende que se aplica la*

Pages 325 190 720
Online 400
Vis. today 20 530
(http://www.histats.com/viewstats/?sid=12063268&ccid=605)

censura siempre que los agentes estatales, so pretexto del ejercicio de sus funciones, verifican el contenido de lo que un medio de comunicación quiere informar, publicar, transmitir o expresar, con la finalidad de supeditar la divulgación de ese contenido a su permiso, autorización o previo examen -así no lo prohiban- o al recorte, adaptación, adición o reforma del material que se piensa difundir. Prohibir, recoger, suspender, interrumpir o suprimir la emisión o publicación del producto elaborado por el medio son modalidades de censura, aunque también lo es, a juicio de la Corte, el sólo hecho de que se exija el previo trámite de una inspección oficial sobre el contenido o el sentido de lo publicable; el visto bueno o la supervisión de lo que se emite o imprime, pues la sujeción al dictamen de la autoridad es, de suyo, lesiva de la libertad de expresión o del derecho a la información, según el caso".

[330] En la sentencia **C-010 de 2000**, se señaló que las limitaciones neutrales frente al contenido, que se refieren al modo, tiempo y lugar de las expresiones, pueden ser constitucionales: *"las limitaciones que son neutrales e imparciales frente al mensaje son más admisibles, por cuanto no implican una dirección estatal del pensamiento y pueden encontrar justificación en la protección de otros bienes constitucionales, como puede ser la tranquilidad doméstica o el propio desarrollo ordenado de un debate público. (...) una limitación a la libertad de expresión, que sea neutral frente al contenido del discurso, tiene más posibilidades de ser constitucional"*. También se explicó que es distinto el control sobre la forma del discurso, que puede ser constitucional, por lo cual bajo ciertas condiciones las autoridades pueden controlar las características formales de lo que se expresa a través de un medio de comunicación; por ejemplo, cuando se utiliza un discurso manifiestamente injurioso: *"El anterior análisis no significa que la forma del discurso sea irrelevante, y que en ningún evento las autoridades puedan establecer algún tipo de control sobre ciertas características formales de lo expresado en un medio de comunicación. Así, en determinados casos, un discurso puede ser injurioso, y afectar el derecho a la honra de una persona (CP art. 21), no tanto por su contenido, sino porque se emplean expresiones, que carecen de relación con la idea que se expresa o la información que se transmite, y que meramente pretenden despreciar o desvalorizar a la persona. Es cierto que el contenido de un discurso se encuentra muchas veces ligado indisolublemente a su forma, y que la libertad de expresión protege también la forma como una persona desea transmitir una idea o una información. Sin embargo, si el derecho a la honra (CP art. 21) quiere tener algún significado, es indudable que las expresiones manifiestamente injuriosas y despectivas, e innecesarias a la divulgación de una opinión o información, pueden ser limitadas por la ley, ya que se encuentran por fuera del ámbito constitucionalmente protegido de la libertad de expresión, la cual, como lo ha señalado la jurisprudencia comparada, no incluye ningún pretendido derecho al insulto"*. En aplicación de estas reglas, en la sentencia **T-637 de 2001** (M.P. Manuel José Cepeda Espinosa) se declaró constitucional una limitación de la libertad de expresión de tiempo y lugar, mas no de contenido, consistente en que el alcalde de Yumbo no había permitido a un candidato a la alcaldía municipal participar en un cabildo efectuado para conocer la opinión ciudadana sobre las prioridades del gasto público para la vigencia fiscal de 2001, por ser candidato a la alcaldía. Para la Corte, esta limitación no impedía al demandante ejercer su derecho en otro tiempo y lugar, es decir, en otras instancias democráticas representativas. Explicó la Corte que hay una diferencia entre las limitaciones de la libertad de expresión por tiempo, modo y lugar, y las limitaciones por contenido: limitaciones de tiempo, modo y lugar –referentes al cuándo, dónde y cómo se realiza una determinada expresión- se refieren a las condiciones que se pueden imponer para que el ejercicio del derecho sea compatible con otros derechos, con respeto por la razonabilidad y la proporcionalidad, mientras que las limitaciones del contenido contienen una restricción profunda de su ejercicio: *"La Corte encuentra que existe una diferencia profunda entre los límites impuestos al derecho a la expresión respecto del tiempo, el modo o el lugar, y los que se imponen en razón del contenido. Los límites al derecho a la expresión respecto del tiempo, el modo o el lugar, es decir, respecto del cuándo, el dónde o el cómo, hacen referencia a las condiciones que se pueden establecer para que el ejercicio de este derecho sea compatible con otros derechos. Ello no obsta para que en la imposición de tales límites se respeten criterios de razonabilidad y proporcionalidad. // Por su parte, los límites que se imponen respecto del contenido mismo del discurso, es decir, respecto de qué se dice en el discurso, contienen una restricción profunda al ejercicio del derecho, pues determinan aquello que no puede o no puede ser expresado. Estas limitaciones de contenido pueden cubrir diferentes manifestaciones. Puede basarse en lo que se dice, en el punto de vista del que habla, en su pertenencia a un grupo o corriente específica, en fin"*.

Pages 303 130 720
Online 400
Vis. today 20 530
(http://www.histats.com/viewstats/?sid=1206326&ccid=605)

[331] A nivel de derecho comparado, la Corte Suprema de Justicia de los Estados Unidos también ha convalidado limitaciones de la expresión que son neutrales frente al contenido; así, en el caso de **Burson v. Freeman** [504 US 191 (1992)], la Corte declaró constitucional, después de hacer escrutinio estricto bajo la primera enmienda, una ley estatal que prohibía la solicitación de votos, la exhibición de afiches o signos políticos y la distribución de materiales de campaña política en un radio de 100 pies de la entrada a un puesto de votación: *"Esta Corte ha sostenido que la hostilidad de la primera enmienda a las regulaciones basadas en el contenido se extiende no solo a las restricciones de puntos de vista particulares, sino también a la prohibición de la discusión pública de todo un tema. [En tanto] restricción frontalmente basada en el contenido de la expresión política en un foro público, [la prohibición de materiales de campaña] debe sujetarse a un escrutinio estricto. Tennessee afirma que su regulación protege el derecho de sus ciudadanos a votar libremente por los candidatos de su escogencia [y] protege el derecho a votar en elecciones celebradas con integridad y confiabilidad. [Estos intereses] son obviamente imperativos. Sin embargo, para sobrevivir el escrutinio estricto un Estado debe hacer más que afirmar un interés estatal imperativo – debe demostrar que su ley es necesaria para suplir el interés que se afirma. [Un] examen de la evolución de las reformas electorales, tanto en este país como en el extranjero, demuestra la necesidad de áreas restringidas en o alrededor de los sitios de votación. (...) [Es] raro el caso en que hemos sostenido que una ley sobrevive al escrutinio estricto. Este es, sin embargo, tal caso. [El] Estado [ha] afirmado que el ejercicio de los derechos de libertad de expresión entra en conflicto con otro derecho fundamental, el derecho a depositar una balota en una elección libre de la mancha de la intimidación y el fraude. Una larga historia, un consenso sustancial, y el simple sentido común demuestran que se necesita alguna zona restringida alrededor de los puestos de votación para proteger ese derecho fundamental. Dado el conflicto entre estos dos derechos, afirmamos que exigir a los partidarios que se paren a 100 pies de las entradas de los puestos de votación no constituye un compromiso inconstitucional"* [traducción informal: *"This Court has held that the First Amendment's hostility to content-based regulations extends not only to a restriction on a particular viewpoint, but also to a prohibition of public discussion of an entire topic. [As] a facially content-based restriction on political speech in a public forum, [the ban on campaign materials] must be subjected to exacting scrutiny. Tennessee asserts [that] its regulation protect[s] the right of its citizens to vote freely for the candidates of their choice [and] protects the right to vote in an election conducted with integrity and reliability. [These interests] obviously are compelling ones. [To] survive strict scrutiny, however, a State must do more than assert a compelling State interest – it must demonstrate that its law is necessary to serve the asserted interest. [An] examination of the evolution of election reform, both in this country and abroad, demonstrates the necessity of restricted areas in or around polling places. (...) [It] is rare the case in which we have held that a law survives strict scrutiny. This, however, is such a rare case. [The] State [has] asserted that the exercise of free speech rights conflicts with another fundamental right, the right to cast a ballot in an election free from the taint of intimidation and fraud. A long history, a substantial consensus, and simple common sense show that some restricted zone around polling places is necessary to protect that fundamental right. Given the conflict between these two rights, we hold that requiring solicitors to stand 100 feet from the entrances to polling places does not constitute an unconstitutional compromise".*]

[332] 354 US 476 (1957)

[333] El peticionario Roth era un comercializador de libros de Nueva York, que había sido condenado por haber enviado por correo propaganda obscena y un libro obsceno, violando una ley federal que prohibía el envío de materiales obscenos por correo. Por su parte, Alberts era un negociante de órdenes postales, que fue condenado bajo una ley de California por poseer libros obscenos e indecentes para la venta, y publicar una propaganda obscena de ellos.

[334] Traducción informal: *"All ideas having even the slightest redeeming social importance –unorthodox ideas, controversial ideas, even ideas hateful to the prevailing climate of opinion- have the full protection of the guaranties, unless excludable because*

Pages 303 130 720
Online 400
Vis. today 28 530
(http://www.histats.com/viewstats/?sid=1206326&ccid=605)

they encroach upon the limited area of more important interests. But implicit in the history of the First Amendment is the rejection of obscenity as utterly without redeeming social importance. (...) [We] hold that obscenity is not within the area of constitutionally protected speech or press".

[335] Traducción informal: *"Obscene material is material which deals with sex in a manner appealing to prurient interest. (...) The portrayal of sex, e.g. in art, literature and scientific works, is not in itself sufficient reason to deny material the constitutional protection of freedom of speech and press. (...) It is therefore vital that the standards for judging obscenity safeguard the protection of freedom of speech and press for material which does not treat sex in a manner appealing to prurient interest".*]

[336] 413 US 15 (1973)

[337] El peticionario Miller había adelantado una campaña masiva de ventas de libros ilustrados por correo; se le condenó por violar el Código Penal de California al distribuir material obsceno por correo a personas que no lo habían solicitado. Los materiales impresos tenían ilustraciones explícitas.

[338] El contenido del criterio de "estándares comunitarios contemporáneos" ha sido restringido progresivamente. Por ejemplo en **Hamling v. US** [418 US 87 (1974)], la Corte explicó que se deben aplicar estándares locales, y no estatales, a los juicios federales por obscenidad; y en **Smith v. US** [431 US 291 (1977)], se afirmó que el valor literario, artístico, político o científico de los materiales analizados bajo el test de Miller no se ha de determinar por los estándares comunitarios locales, que solamente se aplican al elemento de "apelar al interés morboso". El sentido de los "estándares comunitarios contemporáneos" ha generado dificultades en la práctica; ha generado diferencias entre los distintos estados y regiones del país en cuanto a la posibilidad de expresar contenidos sexuales, y variaciones y contradicciones en la jurisprudencia. Las cortes de Canadá, a diferencia de las de los Estados Unidos, han adoptado un test de estándares *nacionales* para determinar qué se ha de tolerar en la comunidad, no solo con base en actitudes locales, y así evitar este riesgo – ver los casos de **R. v. Prairie Schooner News** (1970) [1 CCC(2d) 291]; **R. v. Times Square Cinema** (1971) [4 CCC (2d) 229].

[339] Traducción informal: *"we (a) reaffirm the Roth holding that obscene material is not protected by the First Amendment; (b) hold that such material can be regulated by the States, subject to the specific safeguards enunciated above (...); and (c) hold that obscenity is to be determined by applying 'contemporary community standards' (...)".*

[340] 413 US 49 (1973)

[341] En este caso la Corte Suprema revisó un proceso civil iniciado por el estado de Georgia para impedir la exhibición de dos películas supuestamente obscenas en dos teatros para adultos, que no exhibían imágenes a la entrada pero advertían que allí se proyectaban películas para adultos. La primera instancia declaró improcedente la acción, porque en su criterio se podían exhibir películas para adultos siempre y cuando se proveyeran salvaguardas razonables contra su exposición a menores y suficiente advertencia al público. La Corte Suprema de Georgia revocó esta decisión; y la Corte Suprema federal anuló la decisión de segunda instancia, devolviéndola para reconsideración a la luz de los estándares fijados en Miller

[342] Traducción informal: *"[Where] communication of ideas, protected by the First Amendment, is not involved, or the particu-*

Pages 303 130 720
Online 400
Vis. today 20 530
(http://www.histatsc.com/viewstats/?sid=12063268&ccid=605)

lar privacy of the home protected by Stanley, or any of the other 'areas or zones' of constitutionally protected privacy, the mere fact that, as a consequence, some human 'utterances' or 'thoughts' may be incidentally affected does not bar the State from acting to protect legitimate State interests. (...) [We] hold that the States have a legitimate interest in regulating commerce in obscene material and in regulating exhibition of obscene material in places of public accommodation, including so-called 'adult' theaters from which minors are [excluded]".

[343] 360 US 684 (1959)

[344] 418 US 153 (1974)

[345] Traducción informal: *"[While] the subject matter of the Picture is, in a broader sense, sex, and there are scenes in which sexual conduct including 'ultimate sexual acts' is to be understood to be taking place, the camera does not focus on the bodies of the actors at such time. There is no exhibition whatever of the actors' genitals, lewd or otherwise, during these scenes. There are occasional scenes of nudity, but nudity alone is not enough to make material legally obscene under the Miller standards".*

[346] LR 3 QB 360, 371

[347] Traducción informal: *"...to deprave and corrupt those whose minds are open to ...inmoral influences, and in whose hands a publication of this sort may fall"*

[348] Traducción informal: *"such as to tend to deprave and corrupt persons who are likely, having regard to all the circumstances, to read, see or hear the matter..." (S. I (I)).*

[349] Ver la decisión de la Corte de Apelaciones en R. v. Calder and Boyars Ltd. (1969, I QB 151).

[350] Una proporción significativa puede ser mucho menos de la mitad del grupo correspondiente Así lo estableció Lord Cross en **DPP v. Whyte**, 1972, AC 849, 870.

[351] Como lo formuló el juez estadounidense Woolsey en el caso de **US v. "Ulises"** [5 F. Supp. 182, 184 (1933)], "una persona con instintos sexuales promedios – lo que los Franceses llamarían el hombre sensual promedio" [traducción informal: *"a person with average sex instincts – what the French would call l'homme moyen sensual..."*]

[352] Ver el caso de **DPP v. Whyte**, 1972 (AC 849, 861). En este caso, los demandantes eran compradores de revistas pornográficas extremas; la corte los describió como "hombres inadecuados, patéticos, de mentes sucias, buscando emociones baratas – adictos a este tipo de materiales" [*"inadequate, pathetic, dirty-minded men, seeking cheap thrills – addicts to this type of material"*]; por ello, los peticionarios fueron exonerados del delito de obscenidad, porque al ser tan adictos a la pornografía extrema, ya no podían ser corrompidos más, y no se había probado que el efecto de las revistas fuera más allá de generar fantasías sexuales. Por ello, su condena en primera instancia se declaró incompatible con el objeto de la ley de 1959, ya que esta legislación se había diseñado para prevenir la corrupción de la mente y para frenar a los ya depravados de mayor corrupción.

Pages 303 130 720
Online 400
Visitors 20 850
(http://www.histats.com/viewstats/?sid=1206326&ccid=605)

[353] Las pensadoras feministas que han liderado este debate son Catherine McKinnon y Andrea Dworkin, quienes argumentan que la pornografía no es un problema de inmoralidad, sino de poder. Así: "La pornografía sexualiza la violación, el ataque físico, el acoso sexual, la prostitución y el abuso sexual infantil. [A un nivel más] general, erotiza la dominación y la sumisión que marcan la dinámica común a todos ellos. Vuelve la jerarquía algo *sexy*" [traducción informal: *"Pornography sexualizes rape, battery, sexual harrasment, prostitution, and child sexual abuse. [More] generally, it eroticizes the dominance and submission that is the dynamic common to them all. It makes hierarchy sexy"*. MacKinnon, Catherine: *"Pornography, civil rights, and speech"* (20 Harv. C.R.-C.L.L. Rev. 1, 1985)]; "La pornografía, a diferencia de la obscenidad, es un sistema discreto e identificable de explotación sexual que lastima a las mujeres como clase, al crear desigualdades y abusos" [traducción informal: *"Pornography, unlike obscenity, is a discrete, identifiable system of sexual exploitation that hurts women as a class by creating inequality and abuse"*. Dworkin, Andrea: *"Against the male flood: Censorship, Pornography, and Equality"* (8. Harv. Women's Law J. 1, 1985)]; "Mientras que los defensores de la pornografía argumentan que permitir todas las expresiones, incluida la pornografía, libera a la mente para que se realice a sí misma, la pornografía libremente esclaviza las mentes y los cuerpos de las mujeres" [traducción informal: *"While defenders of pornography argue that allowing all speech, including pornography, frees the mind to fulfill itself, pornography freely enslaves women's minds and bodies"*. MacKinnon, Catherine: *"Feminism unmodified: Discourses on Life and Law"* (1987)]; "El que la pornografía sea ampliamente considerada como una 'representación sexual' o como 'ilustraciones de sexo', únicamente resalta los hechos de que la valoración de las mujeres como prostitutas bajas está ampliamente difundida, y que la sexualidad de las mujeres es percibida, en sí misma, como algo bajo y propio de prostitutas" [Traducción informal: *"The fact that pornography is widely believed to be 'sexual representations' or 'depictions of sex' emphasizes only that the valuation of women as low whores is widespread and that the sexuality of women is perceived as low and whorish in and of itself"*. A. Dworkin, *"Pornography: Men Possessing Women"*, Londres, 1981 p. 201; citado en BARENDT, Eric, op. cit., pp. 260]. El argumento de Dworkin y MacKinnon visualiza la expresión sexual como una fuerza que estructura a la comunidad, más allá de la simple gratificación de los consumidores individuales. MacKinnon y Dworkin redactaron una ordenanza modelo que fue adoptada por el Minneapolis City Council en 1983, pero vetada por el alcalde de la ciudad por infringir la libertad de expresión. Se adoptó en forma modificada por Indianápolis en 1984; pero un Juez Distrital la invalidó, y su decisión fue confirmada por la Corte de Apelación, en el caso de **American Booksellers Association v. Hudnut** [771 F.2d.323 (7th Circ., 1985)]. Allí se decidió que Indianápolis, al haber adoptado una ordenanza que definía la pornografía como una práctica que discrimina a la mujer, había incurrido en discriminación de expresiones con base en los contenidos, puesto que su definición era distinta a la de la obscenidad constitucionalmente prohibida. En la misma sentencia se afirmó que el Estado no puede prescribir puntos de vista, dependiendo de si la mujer recibe un trato aprobado o no; la primera enmienda cubre la expresión independientemente de su contenido, por lo cual la Corte Suprema de los Estados Unidos ha validado la propagación de ideas del Ku Klux Klan (Brandenburg v. Ohio), o marchas nazis en poblaciones con mayoría judía (Collin v. Smith).

[354] Ver, por ejemplo, McELROY, Wendy: *"A Feminist Defense of Pornography*", en: Free Inquiry Magazine, Vol. 17 No. 4; o STROSSEN, Nadine: "*Defending Pornography: Free Speech, Sex, and the Fight for Women's Rights"*, Scribner, 1995. El supuesto es que la decisión de la mujer es plenamente libre

[355] Ver a este respecto: *Report of the United States Commission on Obscenity and Pornography,* 1970; *Report of the Committee on Obscenity and Film Censorship* –Williams Committee- en Inglaterra, 1979. Ambos informes han recomendado reducir los controles legales, en particular en las publicaciones impresas, porque no consideraron fácil reconciliar la supresión de la pornografía con el valor puesto por la sociedad sobre la libertad de expresión.

[356] Los comités públicos de expertos conformados en el exterior para estudiar el tema de las regulaciones a la obscenidad o

Pages 303 130 720
Online 400
Vis. today 20 530
(http://www.histats.com/viewstats/?sid=1206326&ccid=605)

Los comités públicos de expertos conformados en el exterior para estudiar el tema de las regulaciones a la obscenidad y a la pornografía han concluido que sí se justifica establecer limitaciones razonables sobre el acceso a este tipo de materiales cuandoquiera que se demuestre que dicho acceso causa un daño concreto en situaciones particulares. Así lo hizo el Williams Committee de Gran Bretaña – ver BARENDT, Eric, Op. Cit.

[357] A nivel de derecho comparado es así. Ver, entre otras fuentes: la Ley Británica de 1978 para la protección de la infancia (British Protection of Children Act 1978); la sección 184 del Código Penal de Alemania

[358] Pocos dudan que los menores de edad deben ser protegidos de ser expuestos a literatura obscena y pornográfica; sin embargo, las cortes extranjeras han afirmado que es intolerable que este riesgo determine lo que los adultos sí pueden leer. Ver a este respecto el caso de **Butler v. Michigan** [352 US 380], entre otros.

[359] Declarada constitucional por el Tribunal Constitucional de Alemania en atención a la finalidad que persigue y su estricta adecuación a la misma – ver 30 BVerfGE 337 (1971). Sin embargo, la Corte estuvo de acuerdo con la conclusión del juez de instancia de que una prohibición comparable sobre la distribución de revistas gráficas que promovieran el nudismo, sin ser pornográficas, sería contraria a la libertad de expresión, que cubre este tipo de "obscenidad ideológica". El derecho alemán también distingue entre la pornografía general y la pornografía extrema. La sección 184(3) del Código Penal prohíbe absolutamente la distribución, exhibición pública, oferta o propaganda de la extrema, que se define como pornografía que ilustra violencia, abuso de menores, o actividad sexual con animales. Los materiales menos extremos puede distribuirse libremente, siempre que no estén disponibles para los niños o expuestos a miembros inadvertidos del público.

[360] Ver en este sentido el caso de la Corte Suprema de Justicia de **Young v. American Mini Theatres** [427 US 50 (1976)], que declaró constitucional una ordenanza de zonificación de Detroit que prohibía el establecimiento de teatros para adultos y librerías para adultos a 1000 pies de otros "usos regulados", que incluían estos teatros y librerías así como licoreras y tiendas de empeño. Aunque esto implicaba hacer una distinción de contenido, se declaró legítimo el interés que perseguía: "…aunque la determinación de si una película en particular encuadra bajo tal caracterización se basa en la naturaleza de su contenido, concluimos que el interés de la ciudad en el carácter presente y futuro de sus vecindarios sustenta adecuadamente su clasificación de las películas"

[traducción informal: "…even though the determination of whether a particular film fits that characterization turns on the nature of its content, we conclude that the city's interest in the present and future character of its neighbourhoods adequately supports its classification of motion pictures".] Caso distinto fue el de **Schad v. Borough of Mt. Ephraim** [452 US 61 (1981)], donde la Corte invalidó una ordenanza local que se había interpretado como una prohibición de todos los espectáculos en vivo en la ciudad, incluídos los bailes nudistas. Este caso se diferencia de Young porque en éste último se aprobó únicamente la dispersión de los teatros en diferentes sitios de la comunidad, y no se prohibió del todo una forma de expresión.

[361] Salvo por el caso específico de los derechos de los menores o de la ofensa seria a personas cuya sensibilidad se puede ver afectada por la exposición a materiales pornográficos u obscenos –sensibilidad que es digna también de protección constitucional-, es difícil identificar un daño específico que pueda invertir la presunción a favor de la libre expresión en esta área. La generación de pensamientos libidinosos o sexuales como tal en individuos particulares no es un daño suficientemente significativo para justificar la intervención de la ley; usar esta razón como una base para la legislación legitimaría la supresión de grandes obras de literatura. Hay muy poca evidencia de que la disponibilidad de la pornografía generalmente accesible –salvo por los tipos extremos de pornografía que representan explícitamente violencia sexual- cause un nivel de criminalidad sexual social suficientemente significativo como para justificar su regulación; aunque pocos estarían en desacuerdo de que este es un factor potencial que debe tomarse en cuenta

tomarse en cuenta.

Pages 303 130 720
Online 400
Vis. today 20 530
(http://www.histats.com/viewstats/?sid=1206320&cid=605)

[362] Así, en la sentencia **T-104 de 1996** (M.P. Carlos Gaviria Díaz), la Corte protegió la libertad de expresión de un fotógrafo a quien se le había negado la posibilidad de usar una sala de exposiciones pública en Valledupar por el contenido sexualmente explícito o erótico de sus obras.

[363] Ver en este sentido la sentencia **C-010 de 2000** (M.P. Alejandro Martínez Caballero), en la cual la Corte declaró inexequibles las expresiones del artículo 2º de la Ley 74 de 1966 que exigían que las emisiones de radio atendieran a "los dictados universales del decoro y del buen gusto": *"la verdad es que el aparte impugnado no es realmente neutral e imparcial, en la medida en que, como bien lo señala el Ministerio Público y varios de los intervinientes, privilegia determinados criterios estéticos ya que, en una sociedad pluralista, no existen concepciones uniformes y aceptadas por todos, acerca del significado del decoro y del buen gusto. Así, para ciertas personas, hablar de determinados asuntos, constituye un acto indecente, mientras que para otras personas es un asunto no sólo normal sino también necesario. La Corte coincide entonces con quienes cuestionan la expresión acusada por cuanto afecta el pluralismo y la libertad de expresión, al privilegiar determinados discursos, a saber, aquellos que se ajustan a los criterios estéticos de las autoridades estatales"*. La vulneración de la libertad de expresión es particularmente gravosa, porque esta libertad protege no solamente los discursos u opiniones que se acoplan a las ideas socialmente dominantes, sino también aquellos que las contrarían: *"Esta restricción es particularmente grave porque permite silenciar, como opuestas al decoro y al buen gusto, las opiniones o discursos que son contrarios a las ideas dominantes, mientras que la libertad de expresión pretende proteger, como lo ha vigorosamente destacado la doctrina de las instancias internacionales de derechos humanos, no sólo la divulgación de informaciones u opiniones consideradas inofensivas o indiferentes por el Estado y por la mayoría de la población, sino también la difusión de ideas o datos que no son acogidos favorablemente por las mayorías sociales, que pueden juzgarlas inquietantes o peligrosas. El pluralismo, la tolerancia y el espíritu de apertura, sin los cuáles no existe verdaderamente un sociedad democrática, exigen que esas opiniones e informaciones disidentes sean también protegidas"*.

[364] En la sentencia **T-368 de 1998** (M.P. Fabio Morón Díaz) la Corte consideró constitucionalmente admisible limitar el lenguaje soez utilizado por ciertos comentaristas deportivos, pero sólo en la medida en que con su utilización se pretendía incitar a la violencia a los hinchas: "Comentarios desobligantes, provocadores y soeces, como los que atribuyen a los actores los demandados, dirigidos a propiciar violencia y confrontación entre el público que asiste a un espectáculo deportivo, los cuales desafortunadamente constituyen un hecho reiterado en el mundo contemporáneo, especialmente cuando se trata de partidos de fútbol, de ser probados son inadmisibles y ameritan las reacciones más drásticas por parte de las autoridades competentes, las cuales tienen la obligación de hacer prevalecer el interés general sobre el particular; no es correcto ni corresponde a las disposiciones de nuestro ordenamiento jurídico, que por el sólo hecho de que un espectáculo sea propiedad de un particular, las autoridades encargadas de mantener el orden público se despojen de esa responsabilidad. Una cosa es que efectivamente no tengan competencia para imponer a ese particular la presencia de una determinada persona, y otra muy distinta que los comportamientos de la misma, cuando convocan a la violencia en espacios públicos no puedan ser controlados y neutralizados por la fuerza pública".

[365] A nivel del derecho comparado, la Corte Suprema de los Estados Unidos también ha rechazado la posibilidad de que los estados puedan regular constitucionalmente la calidad del debate público proscribiendo el uso de lenguaje indecente, cuando no es probable que éste lleve a una ruptura del orden público. Ver el caso de **Cohen v. California** [403 US 15 (1971)], en el cual el peticionario, activista contra la guerra de Vietnam y el reclutamiento consiguiente, había sido condenado bajo una legislación que prohibía la conducta ofensiva que perturbara la paz, por haber usado una chaqueta con las palabras "*Fuck the draft*" en el corredor de un edificio judicial. La Corte rechazó la aplicación de la doctrina de los "términos hostiles", porque no había un insulto dirigido a una persona particular, y tampoco había evidencia de que el peticionario buscara provocar al público a la violencia, ni de

Pages 303 130 720
Online 480
Vis. today 20 530
(http://www.histats.com/viewstats/?sid=1206326&ccid=605)

gido a una persona particular, y tampoco había evidencia de que el peticionario buscara provocar al público a la violencia, ni de que esto fuera posible dadas las circunstancias. Luego la Corte se preguntó si las palabras ofensivas podían ser constitucionalmente excluidas de la exhibición y discurso públicos; concluyó que un miedo vago a que su uso pueda inducir a ciertas personas a responder violentamente no puede justificar la prohibición, y tampoco existe un interés legítimo del Estado en regular la calidad del lenguaje utilizado en público. El estilo de la expresión no se puede separar fácilmente de su contenido; el lenguaje transmite emociones así como ideas, y el Estado no puede regular la comunicación de ninguna de ellas. Así, la Corte Suprema afirmó que solo tolerará la prohibición de expresiones inflamatorias que puedan causar violencia o desorden; cualquier prohibición más amplia restringiría indebidamente la protesta política. El lenguaje tiene que ser más que simplemente ofensivo o molesto para ser proscrito, y la decisión no se puede basar en las reacciones subjetivas del público sino en una posibilidad objetiva de desorden.

[366] 403 US 15 (1971)

[367] Aplicación No. 5493/72, sentencia del 7 de diciembre de 1976.

[368] *"In particular, it is not possible to find in the domestic law of the various Contracting States a uniform European conception of morals. The view taken by their respective laws of the requirements of morals varies from time to time and from place to place, especially in our era which is characterised by a rapid and far-reaching evolution of opinions on the subject. By reason of their direct and continuous contact with the vital forces of their countries, State authorities are in principle in a better position than the international judge to give an opinion on the exact content of these requirements as well as on the "necessity" of a "restriction" or "penalty" intended to meet them. The Court notes at this juncture that, whilst the adjective "necessary", within the meaning of Article 10 para. 2 (art. 10-2), is not synonymous with "indispensable" (cf., in Articles 2 para. 2 (art. 2-2) and 6 para. 1 (art. 6-1), the words "absolutely necessary" and "strictly necessary" and, in Article 15 para. 1 (art. 15-1), the phrase "to the extent strictly required by the exigencies of the situation"), neither has it the flexibility of such expressions as "admissible", "ordinary" (cf. Article 4 para. 3) (art. 4-3), "useful" (cf. the French text of the first paragraph of Article 1 of Protocol No. 1) (P1-1), "reasonable" (cf. Articles 5 para. 3 and 6 para. 1) (art. 5-3, art. 6-1) or "desirable". Nevertheless, it is for the national authorities to make the initial assessment of the reality of the pressing social need implied by the notion of "necessity" in this context".*

[369] *"The Court's supervisory functions oblige it to pay the utmost attention to the principles characterising a "democratic society". Freedom of expression constitutes one of the essential foundations of such a society, one of the basic conditions for its progress and for the development of every man. Subject to paragraph 2 of Article 10 (art. 10-2), it is applicable not only to "information" or "ideas" that are favourably received or regarded as inoffensive or as a matter of indifference, but also to those that offend, shock or disturb the State or any sector of the population. Such are the demands of that pluralism, tolerance and broadmindedness without which there is no "democratic society". This means, amongst other things, that every "formality", "condition", "restriction" or "penalty" imposed in this sphere must be proportionate to the legitimate aim pursued".*

[370] *"From another standpoint, whoever exercises his freedom of expression undertakes "duties and responsibilities" the scope of which depends on his situation and the technical means he uses. The Court cannot overlook such a person's "duties" and "responsibilities" when it enquires, as in this case, whether "restrictions" or "penalties" were conducive to the "protection of morals" which made them "necessary" in a "democratic society"".*

[371] *"However, the Court's supervision would generally prove illusory if it did no more than examine these decisions in isola-*

Pages 305 130 720
Online 400
Vis. today 20 530
(http://www.histats.com/viewstats/?sid=1206326&ccid=605)

tion; it must view them in the light of the case as a whole, including the publication in question and the arguments and evidence adduced by the applicant in the domestic legal system and then at the international level. The Court must decide, on the basis of the different data available to it, whether the reasons given by the national authorities to justify the actual measures of "interference" they take are relevant and sufficient under Article 10 para. 2".

[372] *"The Court attaches particular importance to a factor to which the judgment of 29 October 1971 did not fail to draw attention, that is, the intended readership of the Schoolbook. It was aimed above all at children and adolescents aged from twelve to eighteen. Being direct, factual and reduced to essentials in style, it was easily within the comprehension of even the youngest of such readers. The applicant had made it clear that he planned a widespread circulation"*

[373] *"Basically the book contained purely factual information that was generally correct and often useful, as the Quarter Sessions recognised. However, it also included, above all in the section on sex and in the passage headed "Be yourself" in the chapter on pupils (paragraph 32 above), sentences or paragraphs that young people at a critical stage of their development could have interpreted as an encouragement to indulge in precocious activities harmful for them or even to commit certain criminal offences. In these circumstances, despite the variety and the constant evolution in the United Kingdom of views on ethics and education, the competent English judges were entitled, in the exercise of their discretion, to think at the relevant time that the Schoolbook would have pernicious effects on the morals of many of the children and adolescents who would read it".* Así, las medidas buscaban una finalidad legítima bajo la convención; resta determinar si eran necesarias: *"The Court thus allows that the fundamental aim of the judgment of 29 October 1971, applying the 1959/1964 Acts, was the protection of the morals of the young, a legitimate purpose under Article 10 para. 2 (art. 10-2). Consequently, the seizures effected on 31 March and 1 April 1971, pending the outcome of the proceedings that were about to open, also had this aim".*

[374] 463 US 60 (1983)

[375] Traducción informal: "*[We] have never held that [Government] can shut off the flow of mailings to protect those recipients who might potentially be offended. The First Amendment 'does not permit the government to prohibit speech as intrusive unless the 'captive' audience cannot avoid objectionable speech'. [The] 'short, regular journey from mailbox to trashcan [is] an acceptable burden [so] far as the Constitution is concerned'".*

[376] Traducción informal: *"We can reasonably assume that parents already exercise substantial control over the disposition of mail once it enters their mailbox. [And parents] must already cope with a multitude of external stimuli that color their children's perception of sensitive subjects".*

[377] Traducción informal: *"[The] level of discourse reaching a mailbox cannot be limited to that which would be suitable for a sandbox".*

[378] 422 US 205 (1975)

[379] *"This Court has considered analogous issues –pitting the First Amendment rights of speakers against the privacy rights of those who may be unwilling viewers or auditors- in a variety of contexts. Such cases demand delicate balancing. (...) some general principles have emerged. A State or municipality may protect individual privacy by enacting reasonable time, place and manner regulations to all speech irrespective of content. But when the government, acting as censor, undertakes selectively to shield*

Pages 303 130 720
Vis. today 20 530
(http://www.histats.com/viewstats/?sid=1206326&ccid=605)

her regulations to all speech irrespective of content. But when the government, acting as censor, undertakes selectively to shield the public from some kinds of speech on the ground that they are more offensive than others, the First Amendment strictly limits its power. (...) Such selective restrictions have been upheld only when the speaker intrudes on the privacy of the home or the degree of captivity makes it impractical for the unwilling viewer or auditor to avoid exposure. The plain, if at times disquieting, truth is that in our pluralistic society, [with] constantly proliferating new and ingenious forms of expression, 'we are inescapably captive audiences for many purposes' (...). Much that we encounter offends our esthetic, if not our political and moral, sensibilities. Nevertheless, the Constitution does not permit government to decide which types of otherwise protected speech are sufficiently offensive to require protection for the unwilling listener or viewer. Rather, absent the narrow circumstances described above, the burden normally falls upon the viewer to 'avoid further bombardment of [his] sensibilities simply by averting [his] eyes."

[380] Traducción informal: *"The Jacksonville ordinance discriminates among movies solely on the basis of content. Its effect is to deter drive-in theaters from showing movies containing any nudity, however innocent or even educational. This discrimination cannot be justified as a means of preventing significant intrusions on privacy. The ordinance seeks only to keep these films from being seen from public streets and places where the offended viewer readily can avert his eyes. In short, the screen of a drive-in theater is not 'so obstrusive as to make it impossible for an unwilling individual to avoid exposure to it'. (...) Thus, we conclude that the limited privacy interest of persons on the public streets cannot justify the censorship of otherwise protected speech on the basis of its content".*

[381] Corte Interamericana de Derechos Humanos, **Caso Olmedo Bustos y Otros,** sentencia del 5 de febrero de 2001.

[382] M.P. Carlos Gaviria Díaz.

[383] *"...al tenor del artículo 85 de la Constitución, la libertad de expresión artística es un derecho fundamental de aplicación inmediata, susceptible de ser amparado mediante la acción de tutela. Y es razonable que así sea, pues la expresión artística constituye el medio por excelencia para la realización del potencial creador de todo ser humano, resultando así corolario obligado*

del libre desarrollo de la personalidad, amparado en el artículo 16 Superior. Por esta vía se hace efectivo el deber impuesto al Estado, de promover y fomentar la creación de la identidad nacional a través de la cultura (art. 70 supra)"

[384] *"El primero de ellos, dado su alcance netamente íntimo, no admite restricción alguna, aparte de las limitaciones naturales que la técnica escogida le imponga al artista, y las fronteras de su propia capacidad para convertir en realidad material (pintura, escultura, cuento, canción, etc.) lo que previamente existe sólo en su imaginación. Cualquier acto, particular o de autoridad, que pretendiese poner freno al desarrollo del impulso vital del hombre creador, constituiría una afrenta a su dignidad humana. Así, la libertad para proyectar en objetos materiales una idea, en tanto pertenece a la esfera privada del individuo, es absoluta; dicha libertad se predica respecto del contenido, significado o mensaje de la obra, así como del medio para su manifestación plástica, es decir, de la técnica. Las autoridades de la República, entonces, no están llamadas a imponer restricciones en la elección que el artista haga de la técnica a través de la cual pretende expresar su arte, ni pueden legítimamente determinar el contenido de una obra, pues cualquier limitación en estas materias vulneraría la esencia misma del derecho".*

[385] *"Ahora bien; la segunda libertad ínsita en el derecho a la libre expresión del arte -la de dar a conocer las obras creadas- surge de la aplicación del artículo 20 de la Carta, arriba citado. Es consecuencia necesaria de este precepto, que toda persona*

Pages 309 130 420
Online 400
Vis. today 20 530
(http://www.histats.com/viewstats/?sid=1206326&ccid=605)

tiene derecho a competir en igualdad de condiciones por un acceso a los medios públicos de difusión, para dar a conocer sus obras, así como tiene derecho la comunidad a apreciarlas y a escoger libremente aquellas que considere dignas de su aprobación o rechazo, sin que dicha elección esté viciada por la previa imposición o censura que haga el Estado de determinada concepción estética".

[386] *"En un Estado como el que define la Constitución de 1991, en el que las personas son moralmente autónomas, a nadie puede impedírsele difundir o tener acceso a las obras que quiera, so pretexto de su contenido inmoral o antiestético. El hacerlo, entrañaría un acto de censura, proscrito de nuestro ordenamiento constitucional y violatorio del derecho a la difusión de la expresión artística, contenido en los artículos 20 y 71 de la Carta Política. La censura consiste, precisamente, en prohibir o recortar la difusión de cualquier idea por la sola razón de ser contraria a una ideología determinada, incluso si dicha ideología es la acogida por la mayoría de habitantes de una región o de todo el territorio colombiano. Ello se deriva del carácter pluralista de la Constitución (manifiesto en los artículos 1, 7, 10, 13, 16, 18 y 19, entre otros) que no oficializa ningún credo religioso ni otorga privilegio a ninguna concepción de la moral o a convicción ideológica alguna."*

[387] *"Según el inciso segundo del artículo 70, "la cultura en sus diversas manifestaciones es fundamento de la nacionalidad..." ¿Cómo hacer efectivo tal reconocimiento y respeto por la diversidad si las autoridades, en lugar de acatar y hacer cumplir el texto constitucional, se arrogan ilegítimamente la potestad de elegir, de entre esa pluralidad de manifestaciones que la Constitución legitima, únicamente las que a su juicio satisfacen los cánones morales y estéticos que estiman ortodoxos? // Bajo esas condiciones no es posible el respeto de la autonomía moral de las personas y el reconocimiento de la diversidad."*

[388] *"Lo anterior no implica que un servidor público encargado de la administración de una institución oficial destinada a la difusión del arte, deba acceder a todas las solicitudes que le presenten los particulares con miras a exponer sus obras, aunque los recursos disponibles se lo impidan. Sin embargo, resulta inescapable para la autoridad el cumplimiento del deber de garantizar a todos los solicitantes igualdad de oportunidades y criterios de selección objetivos y acordes con la Constitución Nacional, tales como la calidad técnica y artística de las obras, o las finalidades específicas de la sala de exhibición (v.g. la promoción exclusiva de los artistas de una determinada región; la destinación de una galería a la difusión del arte escultórico y no pictórico, fotográfico o de otra clase; la creación de una sala de conciertos para música de cámara y no sinfónica, para música de vanguardia y no tradicional, etc.)"*

[389] *"A diferencia de la libertad del artista para crear cualquier obra posible, el derecho a difundirla no es absoluto. Éste encuentra sus límites en el deber genérico que tiene toda persona de no abusar de sus derechos en detrimento de los derechos de otros (artículo 95 numeral 1 de la C.N.). El artista que desea exhibir su obra, puede eventualmente encontrar que ésta violenta los sentimientos de algunas personas, quienes tienen un interés legítimo en que no se les obligue a presenciar lo que ellas -y no una autoridad- consideran emocional, estética o moralmente contrario a sus convicciones. Es evidente, verbi gratia, que ningún pintor puede, en aras de ejercer su derecho a la libre expresión, exigirle al propietario de una galería privada que exponga sus obras sin el consentimiento de éste. // Ahora bien; en tratándose del uso de medios oficiales de difusión, o de medios particulares encargados de la prestación de un servicio público, la difusión artística debe someterse a la previa autorización que, con base en criterios acordes con la Constitución como los ya enunciados, otorguen las autoridades competentes. No es otro el límite posible a la difusión de la expresión artística".*

[390]

Pages 905 190 720
Online 400
Vis. today 20 530
(http://www.hitstats.com/viewstats/?sid=1206326&ccid=605)

[390] *"En cuanto a lo argüido en algún momento por el demandado, en el sentido de que las características físicas del recinto donde se realizan las exposiciones del Instituto de Cultura y Turismo de Valledupar son tales, que los visitantes no pueden evitar mirar las obras a pesar de no tener interés en ellas, es deber de la Corte reiterar que son esas personas quienes han de decidir, libremente y sin imposición de las autoridades, si se detienen o no en la contemplación de lo expuesto. Por ende, no puede válidamente el Director (ni ninguna otra autoridad del Instituto) prohibir o recortar la exposición de Celso Castro, con el pretexto de proteger un supuesto interés de terceros a no ser ofendidos por el contenido de las obras".*

[391] *"Por otra parte, el pluralismo existente en nuestra sociedad, además reconocido y amparado por la Constitución, comporta un deber de tolerancia que les es exigible a quienes, ejerciendo su derecho a elegir libremente, rechazan una determinada exhibición. Ellos son libres de manifestar su inconformidad, pero sin impedir que el artista ejerza su derecho a la libre expresión y que el resto del público aprecie la obra".*

[392] *"Por último, y con el fin de disipar la inquietud del demandado y de los tribunales de instancia en relación con el derecho a un desarrollo armónico e integral de los niños que circulan por el recinto de exposiciones, cuya decisión de observar las obras podría no ser totalmente libre (debido a su inmadurez sicológica), basta advertir que las autoridades del Instituto tienen el deber de garantizar el cumplimiento del derecho, pero que ello no es incompatible -ni puede jurídica ni pedagógicamente serlo- con la realización de una exposición de arte erótico. Antes bien, ésta puede constituír una valiosa herramienta en la educación sexual que el Estado, en íntima colaboración con los padres de familia, está obligado a impartir. // En consecuencia, si el Comité evaluador estima que las obras de Celso Castro cumplen con las especificaciones y la calidad artística exigidas, deberá acceder a su exhibición y, al mismo tiempo, suministrar a los menores las suficientes información y dirección que hagan de la apreciación artística una experiencia formativa. Ésta es precisamente la función educativa que está llamada a cumplir, ante cualquier tipo de propuesta estética, una escuela de artes como es el Instituto de Cultura y Turismo de Valledupar".*

[393] *"Los padres que consideren que algún tipo de manifestación artística puede ser contraria a sus valores, o las personas que por cualquier otra razón deseen evitar que sus hijos contemplen determinadas obras de arte, tienen la posibilidad y el deber de educarlos dentro de su propia moral a fin de que los menores, al enfrentarse a exposiciones contrarias a aquélla, puedan reaccionar en consecuencia. Ahora bien; si además de la educación para una elección libre, los padres buscan evitar el contacto de sus hijos con determinados estímulos externos que consideran nocivos, son libres de hacerlo y, en este caso en particular, tienen la potestad para retirar a sus hijos de las clases que cursan en el Instituto. Lo que en ningún momento pueden exigir del Estado es una tutela tal de sus derechos, que impida a las demás personas el ejercicio de los propios, como ocurriría si se llegara a vetar una obra de arte cuya exhibición, según los parámetros indicados en esta sentencia, debiera ser autorizada".*

[394] 492 US 115 (1989)

[395] Traducción informal: *"the invalid effect of limiting the content of adult telephone conversations to that which is suitable for children to hear".*

[396] Traducción informal: *"[Placing] a telephone cal lis not the same as turning on a radio and being taken by surprise by an indecent message".*

[397] M.P. Alejandro Martínez Caballero.

Pages 303 130 720
Online 400
Vis. today 20 530

[398] Dijo la Corte: *"la verdad es que el aparte impugnado no es realmente neutral e imparcial, en la medida en que, como bien lo señala el Ministerio Público (http://www.monitorlatino.com/view.asp?id=12063268&cid=605) estéticos ya que, en una sociedad pluralista, no existen concepciones uniformes y aceptadas por todos, acerca del significado del decoro y del buen gusto. Así, para ciertas personas, hablar de determinados asuntos, constituye un acto indecente, mientras que para otras personas es un asunto no sólo normal sino también necesario. La Corte coincide entonces con quienes cuestionan la expresión acusada por cuanto afecta el pluralismo y la libertad de expresión, al privilegiar determinados discursos, a saber, aquellos que se ajustan a los criterios estéticos de las autoridades estatales".*

[399] Se dice en la sentencia: *"Esta restricción es particularmente grave porque permite silenciar, como opuestas al decoro y al buen gusto, las opiniones o discursos que son contrarios a las ideas dominantes, mientras que la libertad de expresión pretende proteger, como lo ha vigorosamente destacado la doctrina de las instancias internacionales de derechos humanos, no sólo la divulgación de informaciones u opiniones consideradas inofensivas o indiferentes por el Estado y por la mayoría de la población, sino también la difusión de ideas o datos que no son acogidos favorablemente por las mayorías sociales, que pueden juzgarlas inquietantes o peligrosas. El pluralismo, la tolerancia y el espíritu de apertura, sin los cuáles no existe verdaderamente un sociedad democrática, exigen que esas opiniones e informaciones disidentes sean también protegidas [Ver Tribunal Europeo de Derechos Humanos. Caso Handyside del 7 de diciembre de 1976. Parr 49, criterio reiterado en muchos otros fallos. Ver por ejemplo Caso Lingens del 8 de julio de 1986, Parr 41.]".*

[400] 438 US 726 (1978)

[401] Traducción informal: *"IV (B). (...) the question is whether the First Amendment denies government any power to restrict the public broadcast of indecent language in any circumstances. The words of the Carlin monologue are unquestionably 'speech' within the meaning of the First Amendment. It is equally clear that the [FCC's] objections to the broadcast were based in part on its content. (...) The question in this case is whether a broadcast of patently offensive words dealing with sex and excretion may be regulated because of its content."*

[402] "*[T]he fact that society may find speech offensive is not a sufficient reason for suppressing it. Indeed, if it is the speaker's opinion that gives offense, that consequence is a reason for according it constitutional protection. [If] there were any reason to believe that the Commission's characterization of the Carlin Monologue as offensive could be traced to its political content – or even to the fact that it satirized contemporary attitudes about four letter words- First Amendment protection might be required. But that is simply not this case. These words offend for the same reason that obscenity offends. (...)"*

[403] "*Although these words ordinarily lack literary, political, or scientific value, they are not entirely outside the protection of the First Amendment. Some uses of even the most offensive words are unquestionably protected. (...) Indeed, we may assume, arguendo, that this monologue would be protected in other contexts."*

[404] "*Nonetheless, the constitutional protection accorded to a communication containing such patently offensive sexual and excretory language need not be the same in every context. It is a characteristic of speech such as this that both its capacity to offend and its 'social value' (...) [vary] with the circumstances. Words that are commonplace in one setting are shocking in another."*

[405]

[405] *(...) In this case it is undisputed that the content of Pacifica's broadcast was 'vulgar', 'offensive' and 'shocking'. Because content of that character is not entitled to absolute constitutional protection under all circumstances, we must consider its context in order to determine whether it is constitutionally permissible.*

Pages 303,130,720
Online 400
Vis. today 20,990
(http://www.histats.com/viewstats/?sid=1206326&cid=605)

[406] "*IV (C). We have long recognized that each medium of expression presents special First-Amendment problems. And of all forms of communication, it is broadcasting that has received the most limited First Amendment protection.*"

[407] "*First, the broadcast media have established a uniquely pervasive presence in the lives of all Americans. Patently offensive, indecent material presented over the airwaves confronts the citizen, not only in public, but also in the privacy of the home, where the individual's right to be let alone plainly outweighs the first amendment rights of an intruder.*"

[408] "*(...) Because the broadcast audience is constantly turning in and out, prior warnings cannot completely protect the listener or viewer from unexpected program content. To say that one may avoid further offense by turning off the radio when he hears indecent language is like saying that the remedy for an assault is to run away after the first blow.(...) [Fn. 2: Outside the home, the balance between the offensive speaker and the unwilling audience may sometimes tip in favor of the speaker, requiring the offended listener to turn away. See Erznoznik and Cohen].*".

[409] Así, en los casos anteriormente citados de Cohen v. California y Erznoznik v. Jacksonville, el razonamiento de las audiencias cautivas –que fue determinante para la decisión de FCC v. Pacifica- se rechazó: en la plaza pública, el Gobierno no puede resguardar al público de expresiones que pueden encontrar ofensivas; la carga de evitar dichas expresiones, que es razonable, compete al individuo. Sin embargo, cuando se trata de expresiones que invaden el hogar, se aplica otra lógica – las audiencias cautivas en la esfera protegida por el derecho a la privacidad.

[410] "*Second, broadcasting is uniquely accessible to children, even those too young to read. Although Cohen's written message might have been incomprehensible to a first grader, Pacifica's broadcast could have enlarged a child's vocabulary in an instant. Other forms of offensive expression may be withheld from the young without restricting true expression at its source. Bookstores and motion picture theaters, for example, may be prohibited from making indecent material available to children. (...) The ease with the concerns recognized in Ginsberg, amply justify special treatment of indecent broadcasting.*"

[411] *"It is appropriate [to] emphasize the narrowness of our holding. (...) The [FCC's] decision rested entirely on a nuisance rationale under which context is all-important. The concept requires consideration of a host of variables. The time of day was emphasized by the [FCC]. The content of the program in which the language is used will also affect the composition of the audience, and differences between radio, television, and perhaps closed-circuit transmissions, may also be relevant. As [Justice] Sutherland wrote, a 'nuisance may be merely a right thing in the wrong place – like a pig in the parlor instead of the barnyard'. (...) We simply hold that when the Commission finds that a pig has entered the parlor, the exercise of its regulatory power does not depend on proof that the pig is obscene"*.

[412] M.P. José Gregorio Hernández Galindo.

[413] "Bien pronto se advierte que la invocación del precepto transcrito al caso objeto de controversia era equivocada, ya que la difusión del programa en referencia no encajaba en ninguna de sus dos únicas hipótesis: existencia de "serios indicios" de viola-

Pages 303,130,720
Online 400
Hits today 20,636
(http://www.histats.com/viewstats/?sid=1206326&ccid=605)

ción grave de la ley o atentado grave y directo contra el orden público. // Basta ver las emisiones que dieron origen a la decisión objeto de tutela para verificar, sin mayores dificultades, que la Comisión carecía, no ya de indicios serios sino de cualquier señal que le permitiera atribuir a CARACOL, por el programa, la violación grave de la ley, y para concluir que en ninguno de los capítulos materia del escrutinio del organismo se atentaba ni siquiera levemente contra el orden público. // Pero, además, las señaladas causales de suspensión encuentran en la norma un supuesto básico que las cobija a ambas y que no puede pasar desapercibido: la facultad de suspensión temporal y preventiva de las emisiones confiadas a los concesionarios de televisión sólo puede producirse, a la luz del precepto, "en casos de extrema gravedad", situación que ni de manera remota se configuraba".

[414] "La Comisión de Televisión, en un evidente acto de censura, no solamente extralimitó el ámbito que la norma legal invocada señalaba al ejercicio de sus facultades, sino que entró en el contenido mismo del programa, imputando a CARACOL, por su realización, conductas totalmente ajenas al delimitado campo en mención: tratamiento obsceno y morboso dado al tema de la sexualidad. // Es claro que se dedujo, de los programas ya transmitidos, la conclusión de que ese tratamiento morboso y obsceno se daría en las futuras emisiones. Se optó por estimar peligrosa, desde ese punto de vista, la continuidad del espacio, bien fuera en cuanto a la aplicación de la ley, ya respecto del orden público, lo que, en el sentir de esta Corte, resultaba contraevidente".

[415] "El cotejo que antecede sirve para establecer la falta de sustento de la actuación adelantada por el ente demandado, que, desde el punto de vista constitucional, tiene incidencia en el debido proceso, indiscutiblemente quebrantado en el caso concreto, según puede verse, por haberse adoptado una medida sin la previa existencia de norma legal que la autorizara (art. 29 C.P.)".

[416] "La censura está prohibida en la Constitución, de tal manera que con el mandato superior es incompatible cualquier disposición de la ley que pueda facultar a la autoridad administrativa para impedir que se ejerza la libertad constitucionalmente garantizada a los medios de comunicación, independientemente de su naturaleza. Ellos, según la Carta, aunque tienen a cargo una responsabilidad social -que sólo puede deducirse en forma posterior- son **libres** y, en el cumplimiento de su función respecto de la sociedad, gozan de la garantía de no ser sometidos en ningún caso ni por motivo alguno a la censura".

[417] *"La administración, según resulta de la Carta Política de 1991, no puede entrar en los contenidos de la programación de televisión o radio, de las publicaciones impresas, o en cualquier modalidad de comunicación o de expresión, para decidir si pueden o no difundirse. // La Corte Constitucional entiende que se aplica la censura siempre que los agentes estatales, so pretexto del ejercicio de sus funciones, verifican el contenido de lo que un medio de comunicación quiere informar, publicar, transmitir o expresar, con la finalidad de supeditar la divulgación de ese contenido a su permiso, autorización o previo examen -así no lo prohiban-, o al recorte, adaptación, adición o reforma del material que se piensa difundir. Prohibir, recoger, suspender, interrumpir o suprimir la emisión o publicación del producto elaborado por el medio son modalidades de censura, aunque también lo es, a juicio de la Corte, el sólo hecho de que se exija el previo trámite de una inspección oficial sobre el contenido o el sentido de lo publicable; el visto bueno o la supervisión de lo que se emite o imprime, pues la sujeción al dictamen de la autoridad es, de suyo, lesiva de la libertad de expresión o del derecho a la información, según el caso"*

[418] "Ahora bien, el artículo 20 de la Constitución no solamente plasma un derecho fundamental en cabeza de los medios de comunicación. También contempla el correlativo de los sujetos pasivos de la actividad de aquéllos, es decir, el del público. // De ahí que esta Corte se haya referido a dicha norma como paradigma de los llamados derechos "de doble vía", en los que hay interés jurídico de rango constitucional en quien emite o difunde el mensaje y en quien lo recibe".

Pages 303 130 720
Online 400
Vis. today 20 530
(http://www.histats.com/viewstats/?sid=1206326&ccid=605)

[419] "Para la Corte ha quedado plenamente establecido que en el caso presente, al sacar del aire un programa de televisión, la Comisión violó no solamente los derechos del canal CARACOL sino los del público televidente, que se vio privado de la información y expresiones que recibía, por decisión unilateral de un organismo público".

[420] Así lo ha reconocido la Corte Europea de Derechos Humanos; en el caso de **Radio France y otros v. Francia** (Aplicación no. 53984/00, sentencia del 30 de marzo de 2004), se explicó que al considerar los deberes y responsabilidades de un periodista, el impacto potencial del medio en cuestión es un factor importante, y que se reconoce generalmente que los medios audiovisuales tienen a menudo un efecto mucho más inmediato y poderoso que el de los medios impresos.

[421] La Corte Constitucional, en la sentencia **C-010 de 2000**, también señaló que existe un margen de intervención estatal sobre la radiodifusión que se incrementa por su utilización del espectro electromagnético, y depende del número de frecuencias disponibles: *"la Corte recuerda que la radio es un medio que utiliza el espectro electromagnético, que es un bien público, sujeto a la gestión y control del Estado (CP art. 75). Este espectro se caracteriza además por tener un número limitado de frecuencias, lo cual explica que exista una mayor intervención reguladora del Estado sobre los medios que lo utilizan, como la radio. Por ello, esta Corte ha admitido, en decisiones precedentes, que debido a este carácter, la ley puede exigir permisos o licencias previas para que una persona pueda operar programas radiales, y que el legislador puede regular con mayor intensidad estos medios (...). En esas condiciones, si la ley puede establecer requisitos para conceder una licencia para ser operador radial, nada en la Carta se opone a que la ley prevea también una licencia especial para quienes operen programas periodísticos. En efecto, no sólo estos programas informativos y periodísticos tienen especificidades frente a otro tipo de emisiones, como pueden ser las recreativas, sino que además son las transmisiones que tal vez pueden poner en mayor riesgo los derechos de terceros. Es pues admisible que la ley ordene una licencia especial para quienes quieran operar esos programas".*

[422] En la sentencia **T-838 de 2002** (M.P. Álvaro Tafur Galvis), la Corte señaló que el ámbito de regulación de los servicios públicos de telecomunicaciones como radio o televisión exige una mayor intervención estatal que respecto de otros medios de comunicación como la prensa escrita, porque su uso implica utilización del espectro electromagnético, *"que es un bien público que forma parte del territorio del Estado y es de propiedad de la nación (artículos 75, 101 y 102 de la C.P.), el cual tiene como características propias el ser imprescriptible, inenajenable e inembargable, y se encuentra sujeto a la gestión y control del Estado".* Corresponde en este sentido al Estado *"limitar las frecuencias y el espectro utilizado al necesario para obtener el funcionamiento de los servicios requeridos, por cuanto las frecuencias y la órbita de los satélites geoestacionarios son **recursos naturales, limitados** que deben utilizarse de forma racional, eficaz y económica a "fin de permitir el acceso equitativo a esta órbita y a esas frecuencias a los diferentes países o grupos de países, teniendo en cuenta las necesidades especiales de los países en desarrollo y la situación geográfica de determinados países""".* Los medios de comunicación que usan el espectro electromagnético, como el radio, tienen un tratamiento jurídico especial, porque requieren permiso para funcionar y además para garantizar la igualdad de oportunidades en el acceso al uso del espectro electromagnético (art. 75, C.P.) –hay cupo de frecuencias y espacios limitado. Sin embargo, se enfatiza que esta potestad se agota en las condiciones técnicas y de igual acceso por una pluralidad de operadores radiales al espectro electromagnético, y no se puede hacer extensiva al contenido de la programación.