

## **SOBRE EL CONTROL DE CONVENCIONALIDAD Y LA PROTECCIÓN DE LA LIBERTAD DE EXPRESIÓN DEL PENSAMIENTO.**

**Jurisprudencia del Consejo de Estado de Colombia,  
Sentencia de 13 de mayo de 2015,**

**Caso: Caracol Televisión S.A. Y RCN Televisión S.A. vs.  
Autoridad Nacional de Televisión - ANTV**

Jaime Orlando Santofimio Gamboa  
Consejero Ponente: Profesor

*El Consejo de Estado de Colombia, en Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección C, bajo la Ponencia del Consejero Profesor Jaime Orlando Santofimio Gamboa, con fecha 13 de mayo de 2015, dictó una sentencia cautelar en el Caso: Caracol Televisión S.A. Y RCN Televisión S.A. vs. Autoridad Nacional De Televisión - ANTV, con motivo de la acción de nulidad de los artículos 1º, 7º y 13 de la Resolución No. 759 de 5 de agosto de 2013 dictada por la ANTV en la cual se regula el “procedimiento de asignación de frecuencias radioeléctricas para la prestación del servicio de televisión radiodifundida,” suspendiendo los efectos del Parágrafo único del artículo 13 de dicha Resolución que dispone que:*

*“PARÁGRAFO. Bajo ninguna circunstancia el concesionario podrá radiodifundir señales desde la estación de televisión, hasta que la ANTV le informe mediante comunicación escrita al concesionario, que se encuentra autorizado para iniciar operaciones.”*

*El recurrente consideró en su escrito que el acto administrativo de asignación de frecuencias regulado en el artículo 11 de la Resolución para permitir la radiodifusión de la señal de TV, es decir, para ejercer la libertad de información dispuesta en el artículo 20 de la Constitución, debía tenerse como título suficiente para ello, siendo la previsión del artículo 13 de la Resolución que “somete al capricho de la ANTV el ejercicio de la libertad de información sin siquiera establecer un plazo o condición para el efecto,” contraria al artículo 29 de la Ley 182 de 1992 que “faculta al concesionario a utilizar las frecuencias, sin permisos o autorizaciones previas.”*

*La sentencia del Consejo de Estado tuvo por objeto decidir el problema jurídico de si en sede cautelar resultaba procedente suspender los efectos del mencionado “parágrafo del artículo 13 de la Resolución N° 759 de 5 de agosto de 2013 dictada por la Autoridad Nacional de Televisión - ANTV en cuanto que el mismo es aparentemente contrario al ordenamiento jurídico, para el caso, a los artículos 13 de la Convención Americana de Derechos Humanos, 20 de la Constitución Política y 29 de la Ley 182 de 1995.”*

*Para resolver lo pertinente el Consejo de Estado procedió en su sentencia a precisar el alcance, entre otros de los siguientes conceptos que consideró eran la ratio decidendi para sustentar su decisión: (1) control de convencionalidad, al cual se acude por parte del demandante al citar el artículo 13 de la Convención Americana de Derechos Humanos, (2) el contenido y alcance del derecho a la libertad de expresión en el marco jurídico convencional y constitucional, (3) el espectro electromagnético como vehículo de recepción, emisión y difusión de información. Intervención del Estado a través de la Ley, (4) La intervención del*

*Estado en la economía y particularmente en lo concerniente a los medios de comunicación en tanto empresas (Alcance del artículo 29 de la Ley 182 de 1995 conforme al artículo 333 de la Constitución).*

*Por su importancia doctrinal, la Dirección de la Revista considera de interés transcribir a continuación los aspectos fundamentales del fallo en los cuales se analizan las consideraciones generales sobre los conceptos mencionados:*

[...]

### 8.- Control de convencionalidad.

8.1.- El control de convencionalidad<sup>1</sup> es una manifestación de lo que se ha dado en denominar la constitucionalización del derecho internacional, también llamado con mayor precisión como el “control difuso de convencionalidad,” e implica el deber de todo juez nacional de “realizar un examen de compatibilidad entre las disposiciones y actos internos que tiene que aplicar a un caso concreto, con los tratados internacionales y la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos.”<sup>2</sup>

8.2.- Si bien, como construcción jurídica, el control de convencionalidad parece tener su origen en la sentencia proferida en el “caso *Almonacid Arellano y otros vs Chile*,”<sup>3</sup> lo cierto es que desde antes del 2002,<sup>4</sup> e incluso en la jurisprudencia de los años noventa de la Corte Interamericana de Derechos, ya se vislumbraban ciertos elementos de este control de convencionalidad.

8.3.- Se trata, además, de un control que está dirigido a todos los poderes públicos del Estado,<sup>5</sup> aunque en su formulación inicial se señalaba que eran los jueces los llamados a ejercerlo.

<sup>1</sup> Cfr. SANTOFIMIO GAMBOA, Jaime Orlando. “La cláusula constitucional de la responsabilidad del Estado: Estructura, régimen y el principio de convencionalidad como pilar de su construcción dogmática”. En: BREWER-CARÍAS, Allan R., SANTOFIMIO GAMBOA, Jaime Orlando (Autores). *Control de Convencionalidad y Responsabilidad del Estado*, 1<sup>ra</sup>ed. Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2013, p. 175-181

<sup>2</sup> “Lo anterior implica reconocer la fuerza normativa de tipo convencional, que se extiende a los criterios jurisprudenciales emitidos por el órgano internacional que los interpreta. Este nuevo tipo de control no tiene sustento en la CADH, sino que deriva de la evolución jurisprudencial de la Corte Interamericana de Derechos Humanos”. FERRER MACGREGOR, Eduardo. “El control difuso de convencionalidad en el estado constitucional”, en [http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/6/2873/9.pdf; consultado 9 de febrero de 2014].

<sup>3</sup> Corte Interamericana de Derechos Humanos, caso *Almonacid Arellano y otros vs. Chile*, sentencia de 26 de septiembre de 2006.

<sup>4</sup> “[...] El control de convencionalidad que deben realizar en el sistema del Pacto de San José de Costa Rica los jueces nacionales, parte de una serie de votos singulares del juez de la Corte Interamericana Sergio García Ramírez, v.gr., en los casos *Myrna Mack Chang* (25 de noviembre de 2003, considerando 27) y *Tibi* (7 de septiembre de 2004, considerandos 3 y 4)”. SAGÜÉS, Néstor Pedro, “El control de convencionalidad en el sistema interamericano, y sus anticipos en el ámbito de los derechos económico-sociales, concordancias y diferencias con el sistema europeo”, en [http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/7/3063/16.pdf; consultado el 9 de febrero de 2014].

<sup>5</sup> Corte Interamericana de Derechos Humanos, caso *Almonacid Arellano y otros vs. Chile*, sentencia de 26 de septiembre de 2006, párrafo 123: “El cumplimiento por parte de agentes o funcionarios del Estado de una ley violatoria de la Convención produce responsabilidad internacional del Esta-

8.4.- Sin perjuicio de lo anterior, cabe destacar cómo en el “caso *Almonacid Arellano y otros vs. Chile*,” la Corte Interamericana de Derechos Humanos proyecta el control de convencionalidad, pues allí se afirma que constituye una obligación en cabeza del poder judicial ya que “cuando el Legislativo falla en su tarea de suprimir y/o no adoptar leyes contrarias a la Convención Americana, el Judicial permanece vinculado al deber de garantía establecido en el artículo 1.1 de la misma<sup>6</sup> y, consecuentemente, debe abstenerse de aplicar cualquier normativa contraria a ella.”<sup>7</sup>

8.5.- Lo anterior indica claramente que el juez nacional no sólo está llamado a aplicar y respetar su propio ordenamiento jurídico, sino que también debe realizar una “interpretación convencional” para determinar si aquellas normas son “compatibles” con los mínimos previstos en la Convención Americana de Derechos Humanos y en los demás tratados y preceptos del derecho internacional de los derechos humanos y del derecho internacional humanitario.<sup>8</sup>

8.6.- Ese control de convencionalidad por parte de los jueces nacionales lo señala la Corte Interamericana de Derechos Humanos, así:

“[...] La Corte es consciente que los jueces y tribunales internos están sujetos al imperio de la ley y, por ello, están obligados a aplicar las disposiciones vigentes en el ordenamiento jurídico. Pero cuando un Estado ha ratificado un tratado internacional como la Convención Americana, sus jueces, como parte del aparato del Estado, también están sometidos a ella, lo que les obliga a velar por que los efectos de las disposiciones de la Convención no se vean mermadas por la aplicación de leyes contrarias a su objeto y fin, y que desde un inicio carecen de efectos jurídicos. En otras palabras, el Poder Judicial debe ejercer una especie de “control de convencionalidad” entre las normas jurídicas internas que aplican en los casos concretos y la Convención Americana de Derechos Humanos.

---

do, y es un principio básico del derecho de la responsabilidad internacional del Estado, recogido en el derecho internacional de los derechos humanos, en el sentido de que todo Estado es internacionalmente responsable por actos u omisiones de cualesquiera de sus poderes u órganos en violación de los derechos internacionales consagrados, según el artículo 1.1 de la Convención Americana”.

<sup>6</sup> “[...] El control de convencionalidad es consecuencia directa del deber de los Estados de tomar todas las medidas que sean necesarias para que los tratados internacionales que han firmado se apliquen cabalmente”. CARBONELL, Miguel, “Introducción general al control de convencionalidad”, en [<http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/7/3271/11.pdf>; consultado el 9 de febrero de 2014].

<sup>7</sup> Corte Interamericana de Derechos Humanos, caso *Almonacid Arellano y otros vs. Chile*, sentencia de 26 de septiembre de 2006, párrafo 123.

<sup>8</sup> “[...] Se trata de un estándar “mínimo” creado por dicho tribunal internacional, para que en todo caso sea aplicado el *corpus iuris* interamericano y su jurisprudencia en los Estados nacionales que han suscrito o se han adherido a la CADH y con mayor intensidad a los que han reconocido la competencia contenciosa de la Corte IDH; estándar que, como veremos más adelante, las propias Constituciones o la jurisprudencia nacional pueden válidamente ampliar, para que también forme parte del “bloque de constitucionalidad/convencionalidad” otros tratados, declaraciones e instrumentos internacionales, así como informes, recomendaciones, observaciones generales y demás resoluciones de los organismos y tribunales internacionales”. FERRER MACGREGOR, Eduardo, “Interpretación conforme y control difuso de convencionalidad. El nuevo paradigma para el juez mexicano”, en [<http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/7/3033/14.pdf>; consultado el 9 de febrero de 2014].

En esta tarea, el Poder Judicial debe tener en cuenta no solamente el tratado, sino también la interpretación que del mismo ha hecho la Corte Interamericana, intérprete última de la Convención Americana.”<sup>9</sup>

8.7.- En suma, dada la imperiosa observancia de la convencionalidad basada en los Derechos reconocidos en la Convención Americana de Derechos Humanos y la jurisprudencia decantada por la Corte Interamericana, como criterio interpretativo vinculante, es que se encuentra suficiente fundamento para estructurar el deber jurídico oficioso de las autoridades estatales -y en particular de los jueces- de aplicar la excepción de inconventionalidad para favorecer las prescripciones normativas que emanan de la Convención por sobre los actos jurídicos del derecho interno.

8.8.- Esta afirmación se fundamenta no sólo en la prohibición que tiene todo Estado parte de un tratado de no oponer su derecho interno para incumplir los acuerdos internacionales,<sup>10</sup> sino también en la pretensión de justicia que intrínsecamente encierran las disposiciones convencionales, como quiera que el *telos* de ésta y de su intérprete último es el de privilegiar la vigencia de los Derechos Humanos y del principio democrático en cada uno de los países firmantes de la Convención.

8.9.- Dicho con otras palabras, no es la autoridad local quien determina la medida y alcance de la Convención, sino que es la Convención la que les determina a las autoridades nacionales su medida y alcance competencial a la luz de sus disposiciones.

8.10.- El control de convencionalidad como construcción jurídica no se agota en el ámbito del derecho interamericano de los derechos humanos, sino que ha tenido cabida cuestionada en el derecho comunitario europeo, en el que se planteó la denominada doctrina “Simmenthal”. Se trata del caso “*Administration des finances italiennes c. Simmenthal*”, sentencia del 9 de marzo de 1978 del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, en el que consideró:

---

<sup>9</sup> Corte Interamericana de Derechos Humanos, caso *Almonacid Arellano y otros vs. Chile*, sentencia de 26 de septiembre de 2006, párrafo 124. En opinión de Ferrer MacGregor: “Si observamos los alcances del “control difuso de convencionalidad”, podemos advertir que en realidad no es algo nuevo. Se trata de una especie de “bloque de constitucionalidad” derivado de una constitucionalización del derecho internacional, sea por las reformas que las propias Constituciones nacionales han venido realizando o a través de los avances de la jurisprudencia constitucional que la han aceptado. La novedad es que la obligación de aplicar la CADH y la jurisprudencia convencional proviene directamente de la jurisprudencia de la Corte Interamericana como un “deber” de todos los jueces nacionales; de tal manera que ese imperativo representa un “bloque de convencionalidad” para establecer “estándares” en el continente o, cuando menos, en los países que han aceptado la jurisdicción de dicho tribunal internacional”. FERRER MACGREGOR, Eduardo. “El control difuso de convencionalidad en el estado constitucional”, en [<http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/6/2873/9.pdf>]; consultado 9 de febrero de 2014].

<sup>10</sup> Se trata del artículo 27 de la Convención de Viena de 1969 sobre el derecho de los tratados, que establece: “El derecho interno y la observancia de los tratados. Una parte no podrá invocar las disposiciones de su derecho interno como justificación del incumplimiento de un tratado. Esta norma se entenderá sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 46.”

“[...] El juez nacional encargado de aplicar, en el marco de su competencia, las disposiciones del Derecho comunitario, está obligado a garantizar la plena eficacia de dichas normas dejando, si procede, inaplicarlas, por su propia iniciativa, cualesquiera disposiciones contrarias de la legislación nacional, aunque sean posteriores, sin que esté obligado a solicitar o a esperar la derogación previa de éstas por vía legislativa o por cualquier otro procedimiento constitucional”<sup>11</sup>

8.11.- En tanto que en el derecho europeo de los derechos humanos, se encuentra que la Corte Europea de Derechos Humanos ha venido aplicando el control de convencionalidad, operándolo tanto frente Constituciones, como respecto de leyes de los Estados miembros de la Convención Europea de Derechos Humanos. En ese sentido se puede citar los siguientes casos: a) *Partie communiste unifié de Turquie*, sentencia de 20 de noviembre de 1998; b) caso *Zielinski et Pradal et Gonzalez et autres*, sentencia de 28 de octubre de 1999<sup>12</sup>; c) caso *Open Door y Dublin Well Woman*<sup>13</sup>

8.12.- Como puede observarse, el control de convencionalidad no es una construcción jurídica aislada, marginal o reducida a sólo el ámbito del derecho interamericano de los derechos humanos. Por el contrario, en otros sistemas de derechos humanos, como el europeo, o en un sistema de derecho comunitario también ha operado desde hace más de tres décadas, lo que implica que su maduración está llamada a producirse en el marco del juez nacional colombiano.

8.13.- Y justamente esta Corporación ya ha hecho eco de la aplicabilidad oficiosa e imperativa del control de convencionalidad conforme a la cual ha sostenido el deber de los funcionarios en general, y en particular de los jueces, de proyectar sobre el orden interno y dar aplicación directa a las normas de la Convención y los criterios jurisprudenciales de la Corte Interamericana de Derechos Humanos; tales cuestiones han sido abordadas en aspectos como los derechos de los niños, la no caducidad en hechos relacionados con actos de lesa humanidad, los derechos a la libertad de expresión y opinión, los derechos de las víctimas, el derecho a la reparación integral, el derecho a un recurso judicial efectivo, el derecho a la protección judicial, entre otros asuntos<sup>14</sup>.

<sup>11</sup> Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, caso “administration des finances italiennes c. Simmenthal”, sentencia de 9 de marzo de 1978, en FERNÁNDEZ SEGADO, Francisco, *La justicia constitucional. Una visión de derecho comparado*, Dykinson, Madrid, 2009, p.1207.

<sup>12</sup> Puede verse en: SUDRE, Frédéric, *Droit européen et international des droits de l’homme*, 8eme ed, PUF, Paris, 2006, p.191-2.

<sup>13</sup> Puede verse: RUIZ MIGUEL, Carlos, *La ejecución de las sentencias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos*, Tecnos, Madrid, 1997, p. 42.

<sup>14</sup> Véase, entre otras, las siguientes providencias: sentencia de 25 de mayo de 2011 (exp. 15838), sentencia de 25 de mayo de 2011 (exp. 18747), sentencia de 8 de junio de 2011 (exp. 19772), sentencia de 31 de agosto de 2011 (exp. 19195), sentencia de 1º de febrero de 2012 (exp. 21274), sentencia de 18 de julio de 2012 (19345), sentencia de 22 de octubre de 2012 (exp. 24070), sentencia de 19 de noviembre de 2012 (exp. 25506), sentencia de 27 de febrero de 2013 (exp. 24734), sentencia de 20 de junio de 2013 (exp. 23603), sentencia de 24 de octubre de 2013 (exp. 25981), sentencia de 12 de febrero de 2014 (exp. 40802), sentencia de 12 de febrero de 2014 (exp. 26013), sentencia de 12 de febrero de 2014 (exp. 25813), sentencia de 3 de marzo de 2014 (exp. 47868), sentencia de 26 de marzo de 2014 (exp. 29129), sentencia de 8 de abril de 2014 (exp. 28330), sentencia de 8 de abril de 2014 (exp. 28318), sentencia de 14 de mayo de 2014 (28618), sentencia de 9 de julio de 2014 (exp. 30823), sentencia de 9 de julio de 2014 (exp. 28318), sentencia de 12 de julio de 2014 (exp. 28433), sentencia de 28 de agosto de 2014 (exp. 26251), sentencia de 20 de octubre de 2014 (exp. 31250), sentencia de 12 de noviembre de 2014 (exp. 28505), sentencia de 3 de di-

### 9.- Contenido y alcance del Derecho a la libertad de expresión.

9.1.- Desde el marco convencional universal<sup>15</sup> y regional<sup>16</sup> se reconoce a la libertad de expresión, pensamiento y opinión como derecho humano. En este mismo sentido la Constitución Política instituye, en el artículo 20<sup>17</sup>, el derecho fundamental de toda persona a expresar y difundir su pensamiento, opiniones, informar y recibir información.

---

ciembre de 2014 (exp. 35413), sentencia de 3 de diciembre de 2014 (exp. 26737), sentencia de 3 de diciembre de 2014 (exp. 45433), sentencia de 26 de febrero de 2015 (exp. 30924), sentencia de 6 de mayo de 2015 (exp. 31326). Auto de 24 de septiembre de 2012 (exp. 44050), Auto de Sala Plena de Sección Tercera de 6 de diciembre de 2012 (exp. 45679), Auto de 17 de septiembre de 2013 (exp. 45092), Auto de Sala Plena de Sección de 17 de octubre de 2013 (exp. 45679), Auto de 26 de septiembre de 2013 (exp. 42402), Auto de 1° de diciembre de 2014, entre otras providencias.

<sup>15</sup> Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos. 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.

<sup>16</sup> Convención Americana de Derechos Humanos. 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 a 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.

<sup>17</sup> Constitución Política de Colombia. Artículo 20. Se garantiza a toda persona la libertad de expresar y difundir su pensamiento y opiniones, la de informar y recibir información veraz e imparcial, y la de fundar medios masivos de comunicación.

9.2.- El peso jurídico que adquiere la libertad de expresión, opinión e información<sup>18</sup> en el sistema jurídico colombiano se debe a su rol preponderante en la construcción, conservación y ampliación del principio democrático<sup>19</sup>, entendido en términos sustantivos y deliberativos<sup>20</sup>; es decir, comprendido como un marco ideal que se ampara en la superioridad epistemológica que supone la discusión colectiva y la adopción de las decisiones en democracia<sup>21-22</sup>, cuya satisfacción no se agota en una fase eminentemente “decisionista o electoral”<sup>23</sup> sino

---

Estos son libres y tienen responsabilidad social. Se garantiza el derecho a la rectificación en condiciones de equidad. No habrá censura.

<sup>18</sup> “El derecho a la información, que sobra advertir, no sólo se reduce a su esfera de protección en el artículo 20 de la Constitución Nacional, sino que comprende, y en esto debe el juez contencioso administrativo operar en virtud del control de convencionalidad, también su consagración y alcance según el artículo 13 de la Convención Americana de Derechos Humanos (que fue incorporada al derecho colombiano por la ley 16 de 1972), tiene por objeto no solo la garantía de la libertad de quienes son los sujetos activos que difunden o emiten una noticia, una investigación, una información en términos generales, (que hacen periodismo, periodistas y empresas periodísticas, los medios de comunicación -en todas sus formas- todos ellos actores del derecho a la información) sino también el derecho de quienes la reciben.” Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección C. Sentencia de 19 de noviembre de 2012, exp. 25506.

<sup>19</sup> “La libertad de expresión, como piedra angular de una sociedad democrática, es una condición esencial para que ésta esté suficientemente informada”. Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso *La Última Tentación de Cristo c. Chile*. Sentencia de 5 de febrero de 2001.

<sup>20</sup> En términos de Cohen la democracia deliberativa “tiene su raíz en el ideal intuitivo de una asociación democrática en la que la justificación de los términos y condiciones de la asociación se realiza por medio de la argumentación pública entre ciudadanos iguales. En dicho orden, los ciudadanos comparten un compromiso con la resolución de los problemas de elección colectiva mediante razonamiento público, y consideran que sus instituciones básicas son legítimas en tanto que establecen el marco para la deliberación pública libre.” COHEN, Joshua. “Deliberación y legitimidad democrática”. En: *Revista Cuaderno Gris*. Época III. N° 9. 2007, Universidad Autónoma de Madrid, p. 127-145, especialmente 131. Sobre el concepto de democracia deliberativa la Corte Constitucional ha sostenido que ésta no solo tiene en cuenta “el querer y el interés general expresado mediante el sufragio, sino, fundamentalmente, la deliberación colectiva que antecede a dicha expresión, y, muy especialmente, los procedimientos que canalizan la discusión y el debate público. No es el voto en sí mismo lo que le confiere valor a la organización política, sino la forma en que se conforma la voluntad, a través del diálogo y la discusión colectiva.” Corte Constitucional, sentencia C-105/2013.

<sup>21</sup> “Con la teoría del discurso entra de nuevo en juego una idea distinta: los procedimientos y presupuestos comunicativos de la formación democrática de la opinión y la voluntad funcionan como importantísima esclusa para la racionalización discursiva de las decisiones de una administración y un gobierno ligados al derecho y a la ley. Racionalización significa más que mera legitimación, pero menos que constitución del poder.” HABERMAS, Jürgen. *Facticidad y Validez*. 3° edición, Trotta, Madrid 2001, p. 376.

<sup>22</sup> “Un proceso realmente democrático es por sí solo ineludiblemente un proceso constituido y legalmente condicionado. Está constituido, por ejemplo, por leyes sobre la representación política y las elecciones, las asociaciones civiles, la familia, la libertad de expresión, la propiedad, el acceso a los medios de comunicación, etc. E este modo, en orden a conferir legitimidad a un conjunto de leyes emitidas por un conjunto actual de instituciones discursivas y prácticas en un país, esas instituciones y prácticas mismas deben estar constituidas legalmente de forma correcta. Las leyes que se refieren a las elecciones, la representación, las asociaciones, las familias, las opiniones, la propiedad, etc., deberían existir de tal modo que constituyesen un proceso democrático de comunicación política más o menos “justo” o “no distorsionado”, no sólo en los campos formales de la legislación y la judicatura, sino en la sociedad civil en su totalidad”. HABERMAS, Jürgen. “El Es-

que persigue la pretensión de estar rodeado de las garantías necesarias<sup>24</sup> (a partir de los derechos constitucionales fundamentales y específicamente de los derechos políticos) para asumir un proceso de suficiente interacción y discusión democrática, participativa, plural<sup>25</sup> y diversa frente al ejercicio del poder político<sup>26</sup>.

9.3.- Por consiguiente, si tal libertad supone el derecho a la difusión de lo que se piensa, ocurrió u ocurrirá, es claro que lo que se privilegia es el libre flujo, formación y discusión de diversas ideas de toda índole y si se reconoce que el debate democrático, para que sea tal, está fundado esencialmente sobre la discusión pública, plural, colectiva y razonada, fácil es ver cómo la libertad de expresión se constituye, junto a otros derechos y garantías, en piedra angular del Estado Social y Democrático de Derecho.

9.4.- Ahora bien, en cuanto a los elementos integradores del derecho a la libertad de expresión se reitera en esta oportunidad el recién pronunciamiento de la Sala de Subsección C de esta Corporación donde, a partir de una estricta lectura convencional y constitucional, se perfiló la existencia de los derechos de la libertad de opinión y de expresión<sup>27</sup>.

---

tado Democrático de Derecho ¿Una unión paradójica de principios contradictorios?” En: *Anuario de Derechos Humanos*, Vol. 2, 2001, p. 447.

<sup>23</sup> “Además, en armonía con el propósito acabado de enunciar, la Constitución amplió el espectro de los derechos políticos, pues ya no se limitan a la simple previsión de la garantía de elegir y ser elegido, sino que incluyen un amplio conjunto de mecanismos de intervención popular que, en los términos del artículo 40 superior, buscan asegurar el derecho ciudadano a “*a participar en la conformación, ejercicio y control del poder político*”. Corte Constitucional, Sentencia C-141 de 2010.

<sup>24</sup> Al respecto Ferrajoli describe el impacto del constitucionalismo en la democracia en los siguientes términos: “La novedad introducida por el constitucionalismo en la estructura de las democracias es, en efecto, que conforme a él incluso el supremo poder legislativo está jurídicamente disciplinado y limitado no sólo respecto a las formas predispuestas como garantía de la afirmación de la voluntad de la mayoría, sino también en lo relativo a la sustancia de su ejercicio, obligado al respeto de esas específicas normas constitucionales que son el principio de igualdad y los derechos fundamentales. (...) Para la supervivencia de cualquier democracia es necesario algún límite sustancial. En ausencia de tales límites, relativos a los contenidos de las decisiones legítimas, una democracia no puede -o al menos puede no-sobrevivir...” FERRAJOLI, Luigi. *Principia Iuris. Teoría del derecho y de la democracia*. Tomo II. *Teoría de la Democracia*. Trotta, Madrid, 2011, p. 10-11.

<sup>25</sup> “El Estado democrático pluralista niega que la política se mueva en una incesante dialéctica amigo enemigo, de tal suerte que quien no comparta una determinada estrategia política, económica o de seguridad definida por los órganos políticos pueda ser calificado como un enemigo de la Nación que debe ser perseguido.” Corte Constitucional, Sentencia C-251 de 2002. (Resaltado propio).

<sup>26</sup> Sobre esto la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en el caso *Manuel Cepeda Vargas c. Colombia* ha resaltado la importancia de las “voces de oposición” para el verdadero debate democrático: “173. (...) es de resaltar que las **voces de oposición resultan imprescindibles para una sociedad democrática, sin las cuales no es posible el logro de acuerdos que atiendan a las diferentes visiones que prevalecen en una sociedad. Por ello, la participación efectiva de personas, grupos y organizaciones y partidos políticos de oposición en una sociedad democrática debe ser garantizada por los Estados, mediante normativas y prácticas adecuadas que posibiliten su acceso real y efectivo** a los diferentes espacios deliberativos en términos igualitarios, pero también mediante la adopción de medidas necesarias para garantizar su pleno ejercicio, atendiendo la situación de vulnerabilidad en que se encuentran los integrantes de ciertos sectores o grupos sociales.” Corte Interamericana de Derechos Humanos, sentencia de 26 de mayo de 2010 (Fondo, reparaciones y costas) (Resaltado propio).

<sup>27</sup> “El artículo 20 de la Constitución acoge una diferenciación, que es aceptada en la doctrina y la jurisprudencia de otros países, y que es importante de atender cuando se trata sobre la actividad

9.5.- Así, en dicha oportunidad se sostuvo:

**3.3.1.** Se trata, en primer lugar, de la libertad de opinión que consiste en el derecho que tiene toda persona para emitir sus opiniones, ideas o creencias, sin ser molestado o sancionado, bien sean estas, entre otras, de naturaleza política, económica, científica, cultural, religiosa, académica, derecho este que lleva consigo, para su satisfacción y efectivo ejercicio, la posibilidad de difundir y de hacer llegar a la mayor cantidad posible de personas sus juicios de valor.<sup>28</sup>

Resulta claro entonces que la efectividad de este derecho exige que no se criminalice, en principio, a una persona por la emisión de sus opiniones así como que tampoco se establezcan esquemas de responsabilidad civil que resulten desproporcionadas<sup>29</sup> y generen una estigmatización y hagan nugatorio este derecho.

En casos particulares, como los concernientes a las opiniones sobre personajes públicos<sup>30</sup> o asuntos de interés general (como por ejemplo el manejo del Estado), se ha reconocido la existencia de un mayor umbral de protección del derecho a la libertad de opinión frente a los derechos al buen nombre, a la intimidad o a la honra.<sup>31</sup>

---

que realizan los medios de comunicación. Así, mientras que, por un lado, el artículo establece la libertad de expresar y difundir los propios pensamientos y opiniones, por el otro se señala que existe libertad para informar y recibir información veraz e imparcial. La primera libertad se refiere al derecho de todas las personas de comunicar sus concepciones e ideas, mientras que la segunda se aplica al derecho de informar y de ser informado sobre los hechos o sucesos cotidianos.” Corte Constitucional, sentencia T-066 de 1998.

<sup>28</sup> Conforme al criterio de la Corte Interamericana expuesto, entre otras, en la sentencia dictada el 5 de febrero de 2001 en el Caso *La Última Tentación de Cristo c. Chile*, en los siguientes términos: “65. Sobre la primera dimensión del derecho consagrado en el artículo mencionado, la individual, la libertad de expresión 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 expresión y la 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.**” (Resaltado propio).

<sup>29</sup> “[E]l temor a una sanción civil desproporcionada puede ser a todas luces tan o más intimidante e inhibitorio para el ejercicio de la libertad de expresión que una sanción penal, en tanto tiene la potencialidad de comprometer la vida personal y familiar de quien denuncia o, como en el presente caso, publica información sobre un funcionario público, con el resultado evidente y disvalioso de autocensura” Corte Interamericana de Derechos Humanos, caso *Fontevecchia y D’Amico c. Argentina*, sentencia de 29 de mayo de 2011.

<sup>30</sup> “[E]n el marco del debate público, el margen de aceptación y tolerancia a las críticas por parte del propio Estado, de los funcionarios públicos, de los políticos e inclusive de los particulares que desarrollan actividades sometidas al escrutinio público debe ser mucho mayor que el de los particulares”. Corte Interamericana de Derechos Humanos, caso *Ricardo Canese c. Paraguay*, sentencia de 31 de agosto de 2004. Véase también, entre otras, la sentencia de 22 de noviembre de 2005 del caso *Palamara Iribarne c. Chile* del mismo Tribunal.

<sup>31</sup> “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. (...)

**3.3.2.** Se trata, en segundo lugar, del derecho a la libertad de información que, en tanto derecho de doble vía, permite describir la existencia de dos posiciones jurídicas en su interior:

**i)** Una posición en donde *el informador* tiene derecho a comunicar un hecho o acontecimiento a un grupo determinado o indeterminado de *receptores*, derecho que a su vez implica la prohibición de la censura previa, el derecho a fundar medios de comunicación,<sup>32</sup> derecho a reservarse las fuentes de la información así como el derecho a acceder en igualdad de condiciones al uso del espectro electromagnético.<sup>33-34</sup>

**ii)** Otra posición jurídica en donde el *asociado-receptor* tiene derecho a recibir la información, lo que a su turno implica el derecho al pluralismo informativo<sup>35</sup> -lo que se opone a una excesiva concentración de medios de información en pocas manos<sup>36</sup>-, así como el derecho a una información de calidad, esto es que sea oportuna, completa, veraz<sup>37</sup> e imparcial.<sup>38</sup>

---

Sin embargo, el principio de *relevancia pública* se refiere a la necesidad de una información que se desenvuelva en el marco del interés general del asunto a tratar. En este sentido, **dos aspectos cobran vigencia: la calidad de la persona y el contenido de la información.**” (Resaltado propio). Corte Constitucional, sentencia SU-1723/2000.

<sup>32</sup> Sobre la importancia de fundar medios para una sociedad democrática la Corte Constitucional ha sostenido que “*la Carta protege también de manera preferente 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. 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.*” (Resaltado propio). Corte Constitucional, sentencia C-010/2000.

<sup>33</sup> Conforme al artículo 75 de la Constitución Política. El espectro electromagnético es un bien público inenajenable (*sic*) e imprescriptible sujeto a la gestión y control del Estado. Se garantiza la igualdad de oportunidades en el acceso a su uso en los términos que fije la ley. // Para garantizar el pluralismo informativo y la competencia, el Estado intervendrá por mandato de la ley para evitar las prácticas monopolísticas en el uso del espectro electromagnético. Sobre este punto, la Corte Constitucional ha precisado: “Corresponde, entonces, al legislador y a la Comisión Nacional de Televisión administrar de tal manera el uso de un bien público, con calidad de escaso, que asegure verdaderamente -al Estado como a los particulares- la posibilidad de acceder a su utilización, en condiciones que garanticen los principios de competencia y pluralismo consagrados expresamente por el Constituyente.” Corte Constitucional, sentencia C-445 de 1997.

<sup>34</sup> Este ha sido uno de los puntos abordados por el Comité de Derechos Humanos de las Naciones Unidas en su Observación General N° 34 respecto del artículo 19 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos. Sobre este tópico a dicho el Comité que “Los Estados partes no deben imponer regímenes de licencia y derechos onerosos a los medios de la radiodifusión y la televisión, incluidas las emisoras comunitarias y comerciales. Los criterios para la aplicación de esos regímenes o el cobro de esas licencias deben ser razonables y objetivos, claros, transparentes y no discriminatorios, y cumplir por todos los demás conceptos lo dispuesto en el Pacto”. Naciones Unidas, Comité de Derechos Humanos, Observación General N° 34, adoptada entre el 11 y el 29 de julio de 2011 N° CCPR/C/GC/34, p. 9.

<sup>35</sup> “El Estado no sólo debe minimizar las restricciones a la circulación de la información sino también equilibrar, en la mayor medida de lo posible, la participación de las distintas informaciones en el debate público, impulsando el pluralismo informativo. En consecuencia, la equidad debe regir el flujo informativo”. Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso *Kimel c. Argentina*, sentencia de 2 de mayo de 2008.

<sup>36</sup> “El Estado no debe ejercer un control monopolístico sobre los medios de comunicación sino que ha de promover la pluralidad de estos, por consiguiente, los Estados partes deberían adoptar medidas adecuadas, en forma compatible con el Pacto, para impedir un excesivo predominio o concen-

Como derecho de libertad, también resulta claro que el derecho a recibir información lleva implícita, en su manifestación positiva, la posibilidad de que el *asociado-receptor* escoja la fuente de su información, así como, por su manifestación negativa, que el *asociado-receptor* decida no recibir una determinada información o, con otras palabras, que existe un “derecho a no ser forzado a escuchar o a ver lo que no se desea escuchar o ver,”<sup>39</sup> todo ligado estrechamente con el derecho a la intimidad personal y familiar.

**3.3.3.-** La diferencia fundamental entre el derecho a la libertad de opinión y el de información estriba, esencialmente, en que en el primero lo que se protege es la libre emisión de juicios de valor y opiniones, mientras que en el segundo se trata (aunque no de manera exclusiva<sup>40</sup>) de la protección a informar sobre sucesos o hechos ocurridos, o por ocurrir, en un momento determinado, es por ello que se ha dicho que éste último está sujeto a un control jurídico en tanto que quien emite la información (*v.gr.* el comunicador o el medio de comunicación) tiene la carga de la veracidad de lo comunicado (prohibición de falsedad) así como su imparcialidad (libre de sesgos que tergiversen el hecho), amén de ajustarse a la plenitud (ser completa) y a la oportunidad.<sup>41</sup>

9.6.- Para el problema jurídico que es objeto del presente pronunciamiento, conviene señalar que los medios de comunicación, en tanto empresas destinadas a la difusión de conte-

---

tración de los medios de comunicación por grupos mediáticos bajo control privado, en situaciones monopolísticas que pueden menoscabar la diversidad de fuentes y opiniones.” Naciones Unidas, Comité de Derechos Humanos, Observación General N° 34 *ibíd.*, p. 9.

<sup>37</sup> La veracidad corresponde, en estricto sentido, a la existencia o no de las circunstancias fácticas que constituyen la base de una información. En este sentido, está prohibido, en virtud de este deber, la difusión de informaciones que sean falsas o inexactas. Por tanto, no están cubiertas dentro de la exigencia de veracidad las opiniones. En suma, en la base de este criterio está la diferencia entre los hechos y las opiniones. Sobre el particular, la Corte Constitucional ha expuesto: “La peculiar presentación de la información -mezcla de hechos y opiniones- entraña inexactitud si al público en general no le es posible distinguir entre lo realmente sucedido y las valoraciones o reacciones emocionales que los hechos acaecidos suscitan en el intérprete y comunicador de la información. **Los actos de deformar, magnificar, minimizar, descontextualizar o tergiversar un hecho pueden desembocar en la inexactitud de la información al hacer que la apariencia sea tomada como realidad y la opinión como verdad, ocasionando con ello un daño a los derechos fundamentales de un tercero.**” (Resaltado propio) Corte Constitucional, sentencia T-080 de 1993.

<sup>38</sup> La imparcialidad comprende el deber de considerar y ponderar las diversas posturas al momento del análisis informativo o de la emisión de opiniones. Comoquiera que la Corte Interamericana ha dejado en claro que “las opiniones no pueden considerarse ni verdaderas ni falsas.” [sentencia de 20 de noviembre de 2009, caso *Usón Ramírez c. Venezuela*, entre otras], lo que se impone a los medios de comunicación es actuar con “equidad y diligencia en la confrontación de las fuentes y la búsqueda de la información” [sentencia de 2 de mayo de 2008, caso *Kimel c. Argentina*]; mientras que la Corte Constitucional ha precisado que “el constituyente (...) optó por vincular la exigencia de imparcialidad de la información al derecho del público a formarse libremente una opinión, esto es, a no recibir una versión unilateral, acabada y “pre-valorada” de los hechos que le impida deliberar y tomar posición a partir de puntos de vista contrarios, expuestos objetivamente” [Corte Constitucional, sentencia T-080/1993].

<sup>39</sup> Corte Constitucional, sentencias T-403/1992, T-530/1992, C-640/2010 y C-540/2012.

<sup>40</sup> En todo caso, se impone el deber a los medios de precisar en qué momento se está emitiendo una información y cuándo se trata de opiniones o análisis. “En el caso de opiniones, se exige que sean diferenciadas de los hechos” Corte Constitucional, sentencia T-263 de 2010.

<sup>41</sup> Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección C. Sentencia de 12 de noviembre de 2014, exp. 28505.

nidos escritos, radiales, visuales o digitales gozan del derecho a la libertad de expresión, opinión e información y, a fin de cumplir con su objetivo, se encuentran amparados por el derecho convencional y constitucional de la libre divulgación de información. Uno de tales derechos es el que tiene el medio de comunicación a hacer uso o acceder al soporte físico, lógico, técnico o digital necesario para la difusión de sus opiniones o información.

9.7.- Sobre este punto vale detenerse en lo preceptuado en el artículo 13.3 de la Convención Americana de Derechos Humanos donde se dispone que la libertad de expresión no puede restringirse por vías o medios indirectos, esto es, aquellos que *prima facie* no parecerían suponer obstáculo para el ejercicio de este derecho.

Seguidamente el artículo enlista, a título enunciativo, medidas 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”.

9.8.- En este orden de ideas, supondría una contradicción en sus propios términos reconocer el derecho a la libertad de expresión pero afirmar que se priva a los sujetos activos de los mecanismos o soportes físicos, lógicos, técnicos o digitales para la recepción, emisión y difusión de lo que se desea comunicar o compartir a la audiencia receptora. Sería tanto como un derecho carente de contenido y, por tanto, que no protege a quien funge como comunicador. Como lo precisó la Corte Interamericana de Derechos Humanos en *La Última Tentación de Cristo c. Chile* “la libertad de expresión 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 (...) la expresión y la difusión del pensamiento y de la información son indivisibles”<sup>42</sup>.

9.9.- A este respecto vale traer a colación lo sostenido por la Corte Constitucional en sentencia T-081 de 1993 cuando recordó que “La potestad estatal de intervenir en materia del uso del espectro electromagnético no es ilimitada. El legislador al regular la materia está sujeto a lo dispuesto en los tratados internacionales (CP art. 93) que garantizan los derechos fundamentales tanto del emisor como del receptor de la información”. Dicho con otras palabras, el régimen de regulación del espectro electromagnético, al tener una estrecha relación con la libertad de expresión, deviene en convencional.

9.10.- Corolario de lo dicho, fluye que conforme a los parámetros de protección del derecho a la libertad de expresión las restricciones de carácter legal (nunca administrativas) para acceder o usar los soportes que sirven de vehículo de comunicación deben satisfacer la prueba de idoneidad, estricta necesidad y proporcionalidad en el marco de una sociedad democrática<sup>43</sup>.

<sup>42</sup> Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso *La Última Tentación de Cristo c. Chile*, sentencia de 5 de febrero de 2001.

<sup>43</sup> “3.3.4.- Por otra parte, también es necesario señalar que los derechos que se desprenden de la libertad de expresión (opinión e información) no se presentan en el ordenamiento como absolutos (sin perjuicio de su alto valor jurídico en las sociedades democráticas), por lo tanto, éste, como otros, está sujeto a la posibilidad de restricciones para su ejercicio, pues tanto el ordenamiento constitucional colombiano como el marco normativo internacional de Derechos Humanos son claros en precisar que la libertad de expresión comporta una responsabilidad social, ulterior y especial, admitiendo como restricciones posibles a su ejercicio aquellas consistentes en i) el respeto a los derechos y la reputación de los demás, ii) la protección a la seguridad nacional, el orden públi-

### 10.- El espectro electromagnético como vehículo de recepción, emisión y difusión de la información.

10.1.- La Corte Constitucional ha definido al espectro electromagnético como “una franja de espacio alrededor de la tierra a través de la cual se desplazan las ondas radioeléctricas que portan diversos mensajes sonoros o visuales”<sup>44</sup>. La importancia de este bien se encuentra en que es útil para el transporte de información e imágenes.

10.2.- Por tal razón es que algunos medios de comunicación necesariamente requieren servirse del espectro electromagnético como vehículo de recepción, emisión y difusión de su información, razón por la cual conviene verificar los criterios convencionales y constitucionales relacionados con la competencia de intervención del Estado en dicho bien público a través de la Ley.

10.3.- Así, se verifica que el artículo 75 de la Constitución Política establece que “El espectro electromagnético es un bien público inenajenable e imprescriptible sujeto a la gestión y control del Estado. Se garantiza la igualdad de oportunidades en el acceso a su uso en los términos que **fije la ley**. // Para garantizar el pluralismo y la competencia, el Estado interviendrá por **mandato de la ley** para evitar las prácticas monopolísticas en el uso del espectro electromagnético” (Resaltado propio). Sobre ello, la Sala Plena Contenciosa de esta Corporación, ha considerado que el acceso al espectro electromagnético “debe darse por medios no discriminatorios, sustancialmente ligados a la concurrencia, por lo tanto la participación amplia de interesados para su acceso, pero también, a la competencia entre los agentes del mercado interesados en su utilización.”<sup>45</sup>

---

co, la salud y la moral pública, todo ello siempre y cuando se compruebe que éste tipo de limitantes se justifica de acuerdo con un criterio de proporcionalidad estricta que supone verificar la idoneidad de la medida (si se protege un bien o interés jurídico válido a la luz del ordenamiento jurídico), si esta deviene en necesaria (es decir, que sea la medida menos lesiva posible para satisfacer la protección al bien jurídico tutelado) y, por último, si la misma resulta proporcional, donde se verifica si las razones jurídicas justifican imponer la satisfacción de otro derecho en perjuicio de la libertad de expresión.

**3.3.5.-** Sin embargo, la jurisprudencia sobre la materia ha prestado detenida atención al criterio de necesidad, pues se ha dicho que las medidas restrictivas sólo superarán el umbral de lo jurídicamente permitido cuando satisfagan un criterio estricto de necesidad, entendido éste como “*necesidad social imperiosa*” en el marco de una sociedad democrática.

**3.3.6.-** Existe, entonces, la obligación jurídica de demostrar que la medida de restricción (y no otra menos lesiva) es la única que se presenta como admisible para la protección-realización de ese fin legítimo, de lo contrario, la medida enjuiciada (cualquiera que sea su naturaleza) será desproporcionada respecto del derecho a la libertad de expresión.” Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección C. Sentencia de 12 de noviembre de 2014, exp. 28505.

<sup>44</sup> Corte Constitucional, sentencia T-081 de 1993.

<sup>45</sup> Consejo de Estado, Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, sentencia de 14 de febrero de 2012, exp. 38924.

Y ello encuentra plena justificación por cuanto en el marco jurídico de la libertad de expresión se impone al Estado el deber de promover el pluralismo informativo y la no concentración o monopolización de los medios de comunicación<sup>46-47</sup>, en aras de garantizar la diversidad y el equilibrio informativo y expresivo, todo dentro del marco establecido por el legislador y no por la administración unilateralmente.

10.4.- Igualmente, la jurisprudencia constitucional ha precisado que las finalidades de la intervención del Estado, a través de la Ley, en el espectro electromagnético hacen relación con la preservación de la finalidad social de los medios de comunicación audiovisuales, el uso técnicamente adecuado del espectro, la igualdad de oportunidades en su acceso y evitar la conformación de monopolios<sup>48</sup>.

10.5.- En similar sentido, el Comité de Derechos Humanos en su Observación General N° 34 precisó que “Los Estados partes no deben imponer regímenes de licencia y derechos onerosos a los medios de la radiodifusión y la televisión (...). Los criterios para la aplicación de esos regímenes o el cobro de esas licencias deben ser razonables y objetivos, claros, transparentes y no discriminatorios”<sup>49</sup>; del mismo modo, la Relatoría para la Libertad de Expresión de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos ha enfatizado en que “los requisitos administrativos, económicos y técnicos que se exijan para el uso de licencias sean los estrictamente necesarios para garantizar su funcionamiento, que estén previstos en la regulación de modo claro y preciso, y que no puedan ser modificados de manera injustificada mientras dura la licencia”<sup>50</sup>, criterio éste que se ajusta a la jurisprudencia.

<sup>46</sup> “Según esta Corporación, el inciso 2 del citado artículo 75 de la Constitución establece expresamente que en el acceso al uso de dicho bien público se garantizará el pluralismo informativo y la competencia mediante la intervención del Estado en aras de evitar las prácticas monopolísticas.” *Ibid.*

<sup>47</sup> “1ª Toda persona tiene derecho a acceder en igualdad de oportunidades al uso del espectro electromagnético a través del servicio de televisión, en ejercicio de los derechos fundamentales de expresar, opinar, informar y fundar medios masivos de comunicación, consagrados en el Art. 20 de la Carta; de esta manera, es posible el pluralismo informativo.

2ª El acceso a la operación o explotación del servicio público de televisión se encuentra restringido en relación a los derechos de libertad económica y libre iniciativa, en orden a evitar la concentración o conformación de monopolios, es decir, debe regir la apertura libre de la competencia.

3ª El alcance de la intervención estatal estará expresamente determinado por el legislador, en especial cuando se imponen limitaciones o restricciones. Por consiguiente, las autoridades públicas competentes solamente pueden regular el servicio público de televisión de conformidad con la ley.” Consejo de Estado, Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, Auto de 5 de mayo de 1998, exp. S-719.

<sup>48</sup> “De lo señalado se deduce que al ser las telecomunicaciones un servicio público que requiere para su prestación del uso del espectro electromagnético, el Estado debe intervenir con el fin de facilitar el acceso equitativo y la utilización racional de ese bien natural, garantizar la disponibilidad y la protección contra toda interferencia perjudicial de las frecuencias designadas para fines de socorro y seguridad, contribuir a la prevención y resolución de casos de interferencia perjudicial para la prestación del servicio de telecomunicaciones y facilitar el funcionamiento efectivo de todos los servicios de telecomunicaciones.” Corte Constitucional, sentencia T-151 de 2004.

<sup>49</sup> NACIONES UNIDAS, Comité de Derechos Humanos. Observación General N° 34. Artículo 19. CCPR/C/GC/34, distribución general el 12 de septiembre de 2011, p. 9.

<sup>50</sup> COMISIÓN INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. Relatoría Especial para la libertad de expresión. Estándares de libertad de expresión para una radiodifusión libre e incluyente. 2010, p. 20.

dencia consolidada de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en torno al elemento de necesidad estricta en el marco una sociedad democrática.

10.6.- En este orden de ideas, tiene claro el Despacho que la administración del espectro electromagnético por parte del Estado, en tanto bien público, impone la aplicación de criterios estrictamente necesarios, claros, objetivos y expresamente establecidos en la ley de modo tal que se garantice, de manera real, la posibilidad a los interesados de acceder a su uso o concesión en ejercicio de su derecho humano fundamental a la libertad de expresión.

10.7.- Por consiguiente, se opone a la libertad de expresión las exigencias adicionales en materia de acceso al espectro electromagnético que no encuentran soporte en la Ley o, inclusive, aquellas que aún estando allí consagradas no consulten los criterios de idoneidad, estricta necesidad y proporcionalidad.

Dicho con otras palabras, se trata de una competencia que ineludiblemente debe ser acompañada con parámetros convencionales y constitucionales en materia de libertad de expresión<sup>51</sup>.

10.8.- Así, se reitera que todo tipo de requisitos fijados en la Ley para el acceso al uso del espectro electromagnético, bien sea económicos o técnicos, debe ajustarse necesariamente a la razonabilidad que se deriva de la libertad de expresión. Cualquier actuación al margen de dichos parámetros constituirá una restricción indirecta a dicho derecho y, por tanto, una grave y protuberante violación a los principios convencionales y constitucionales del Estado Social y Democrático de Derecho.

10.9.- Como corolario de lo anterior, es de la esencial del ordenamiento constitucional y convencional que las restricciones para el acceso y uso del espectro electromagnético no puede darse por vía administrativo, sino por vía de ley a través del órgano representativo de la voluntad popular en cuanto que están de por medio derechos constitucionales y convencionales, nada menos que la libertad de expresión y el acceso y la difusión de información.

**11.- La intervención del Estado en la economía y particularmente en lo concerniente a los medios de comunicación en tanto empresas. (Alcance del artículo 29 de la Ley 182 de 1995 conforme al artículo 333 de la Constitución).**

11.1.- Por cuanto los actores refirieron en la demanda y en el escrito de solicitud de suspensión provisional de efectos que el párrafo pluricitado viola el artículo 29 de la Ley 189 de 1995, debe el Despacho, a fin de comprender cabalmente su alcance, referirse al artículo 333 constitucional como norma que le sirve de fundamento jurídico.

---

<sup>51</sup> Al respecto la Comisión Interamericana en Comunicado N° 29/07 de 25 de mayo de 2007 señaló: “La Comisión reconoce que el Estado tiene la potestad de administrar el espectro radioeléctrico, de establecer previamente términos de duración de las concesiones y de decidir sobre su renovación a la finalización de los plazos respectivos. Tal potestad, sin embargo, debe ser ejercida tomando en cuenta las obligaciones internacionales asumidas por el Estado, que incluyen garantizar el derecho a expresar ideas y pensamientos de toda índole por una diversidad de medios de comunicación sin que se adopten restricciones directas o indirectas al ejercicio del derecho a la libertad de expresión, tal como lo establece el artículo 13 de la Convención Americana. Por las razones anteriores, la CIDH considera que en los concursos o en la adjudicación directa de licencias de uso del espectro radioeléctrico los Estados deben procurar, bajo el principio de igualdad de oportunidades, procedimientos abiertos, independientes y transparentes que contengan criterios claros, objetivos y razonables, que eviten cualquier consideración de política discriminatoria por la línea editorial del medio de comunicación.”

11.2.- Así, se tiene que el Constituyente de 1991 eligió un sistema de economía social de mercado, según el cual, la dirección de la misma corresponde al Estado, a quien le compete intervenir a fin de evitar o corregir las denominadas fallas del mercado, garantizar el pleno empleo de las fuerzas económicas, preservar la libre competencia de quienes concurren al mercado, el mejoramiento de la calidad de vida de los habitantes, etc., de acuerdo a los postulados vertidos en los artículos 333<sup>52</sup> y 334<sup>53</sup> de la Constitución Política, tal como ha sido advertido por la jurisprudencia constitucional:

“La conjunción de los intereses privados a través de la adopción de un modelo de libertad económica, fundado en la libre iniciativa, libertad de empresa, libertad de establecimiento y libre competencia económica (C.P. art. 333), junto al reconocimiento de la potestad de intervención del Estado en la economía, con el propósito de dar pleno empleo a los recursos humanos y asegurar que todas las personas, en particular las de menores ingresos, tengan acceso efectivo a los bienes y servicios básicos para el desarrollo normal de una vida digna; ha permitido a esta Corporación, entender que nuestra economía con sujeción a las disposiciones de la Carta Fundamental, se regula bajo las premisas de la denominada “*economía social de mercado*”, según la cual las reglas de la oferta y la demanda deben estar al servicio del progreso y desarrollo económico de la Nación.”<sup>54</sup>

11.3.- En este contexto, debe decirse que el referente constitucional del artículo 333, dirigido a garantizar la libertad de empresa e iniciativa económica, vinculado estrechamente con la protección y garantía del derecho a la propiedad y el libre desarrollo de la personalidad, supone, para los particulares, la libertad de emprender cualquier tipo de actividad comercial y/o empresarial, de manera libre y autónoma; advirtiendo que este derecho, como

<sup>52</sup> Constitución Política de Colombia. Artículo 333. La actividad económica y la iniciativa privada son libres, dentro de los límites del bien común. Para su ejercicio, nadie podrá exigir permisos previos ni requisitos, sin autorización de la ley.

La libre competencia económica es un derecho de todos que supone responsabilidades.

La empresa, como base del desarrollo, tiene una función social que implica obligaciones. El Estado fortalecerá las organizaciones solidarias y estimulará el desarrollo empresarial.

El Estado, por mandato de la ley, impedirá que se obstruya o se restrinja la libertad económica y evitará o controlará cualquier abuso que personas o empresas hagan de su posición dominante en el mercado nacional.

La ley delimitará el alcance de la libertad económica cuando así lo exijan el interés social, el ambiente y el patrimonio cultural de la Nación.

<sup>53</sup> Constitución Política de Colombia. Artículo 334. -Artículo modificado por el artículo 1° del Acto Legislativo 3 de 2011. El nuevo texto es el siguiente:- La dirección general de la economía estará a cargo del Estado. Este intervendrá, por mandato de la ley, en la explotación de los recursos naturales, en el uso del suelo, en la producción, distribución, utilización y consumo de los bienes, y en los servicios públicos y privados, para racionalizar la economía con el fin de conseguir en el plano nacional y territorial, en un marco de sostenibilidad fiscal, el mejoramiento de la calidad de vida de los habitantes, la distribución equitativa de las oportunidades y los beneficios del desarrollo y la preservación de un ambiente sano. Dicho marco de sostenibilidad fiscal deberá fungir como instrumento para alcanzar de manera progresiva los objetivos del Estado Social de Derecho. En cualquier caso el gasto público social será prioritario.

El Estado, de manera especial, intervendrá para dar pleno empleo a los recursos humanos y asegurar, de manera progresiva, que todas las personas, en particular las de menores ingresos, tengan acceso efectivo al conjunto de los bienes y servicios básicos. También para promover la productividad y competitividad y el desarrollo armónico de las regiones.

<sup>54</sup> Corte Constitucional, Sentencia C-865 de 2004.

todos los demás de raigambre constitucional y legal, puede ser limitado por el Estado<sup>55</sup>, en ejercicio de la cláusula competencial habilitante del mismo artículo, al señalar que “la ley determinará el alcance de la libertad económica cuando así lo exijan el interés social, el ambiente y el patrimonio cultural de la Nación.”

11.4.- Por lo tanto, la intervención del Estado en la economía reviste un carácter restrictivo, razón por la cual, la regla general, como se explicó, consiste en la garantía de la libertad de empresa e iniciativa privada<sup>56</sup>, cuestión que se entiende claramente cuando se verifica el inciso primero del artículo 333, ya mencionado, que dispone: “La actividad económica y la iniciativa privada son libres, dentro de los límites del bien común. **Para su ejercicio nadie podrá exigir permisos previos ni requisitos, sin autorización de la ley.**” (Resaltado propio).

11.5.- Es por tal razón que la economía social de mercado, establecida en la Constitución de 1991, supone, para el particular un derecho general de libertad<sup>57</sup>, entendido como “una facultad que tiene toda persona de realizar actividades de carácter económico, según sus preferencias o habilidades, con miras a crear, mantener o incrementar un patrimonio”<sup>58</sup>, mientras que para el Estado, como es característico en el marco del Estado de Derecho, opera una suerte de limitante jurídica en su actuación, por vía del concepto jurídico de competencia<sup>59</sup>,

<sup>55</sup> Puntualmente sobre esta cuestión la Corte Constitucional ha considerado lo siguiente: “No obstante, en los términos del artículo 333, **las libertades económicas no son absolutas**. Esta disposición señala que la empresa tiene una función social que implica obligaciones, prevé que la libre competencia supone responsabilidades, e indica que la ley delimitará el alcance de la libertad económica “cuando así lo exijan el interés social, el ambiente y el patrimonio cultural de la Nación”. Con base en esta disposición de la Carta, la jurisprudencia constitucional ha concluido que las libertades económicas **son reconocidas a los particulares por motivos de interés público**. Por esta razón, en reiterada jurisprudencia, esta Corporación ha aclarado que las libertades económicas no son en sí mismas derechos fundamentales.”. Sentencia T-197 de 2012.

<sup>56</sup> Sobre la libertad de empresa anota Rodolfo Arango: “Ella está garantizada como un derecho constitucional y puede entenderse como una concreción del derecho fundamental al libre desarrollo de la personalidad. Es claro que con la garantía de la libertad de empresa queda excluido el marco constitucional un sistema económico que prescindiera de dicha libertad, bien sea porque la proscribiera o porque en la práctica la anula al adoptar una economía centralmente dirigida.”. ARANGO, Rodolfo. *Derechos, constitucionalismo y democracia*. Universidad Externado de Colombia. Bogotá, 2004, p. 166-167.

<sup>57</sup> Una formulación del derecho general de libertad se encuentra en Robert Alexy cuando dice que éste se explica de la siguiente manera: (2) Si x es una acción (hacer u omisión) y no está prohibida por una norma jurídica formal y materialmente constitucional, entonces está permitida la realización de X”. ALEXY, Robert. *Teoría de los Derechos Fundamentales*. 1ª edición, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 1993, p. 337.

<sup>58</sup> Corte Constitucional, Sentencia T-425 de 1992. No obstante, es preciso advertir que la jurisprudencia constitucional ha precisado que del artículo 333 constitucional se desprenden dos clases de libertades, una consistente en la libertad de empresa (en donde a su vez se encuentra la libertad contractual y de iniciativa privada) mientras que por otro lado se encuentra la libertad de competencia (de donde se desprenden derechos a concurrir y hacerse parte en el mercado, la libertad de ofrecer sus productos y/o servicios y de contratar con cualquier consumidor. Véase en general: Sentencias C-524 de 1995, C-616 y C- 815 de 2001, C-389 de 2002, C-992 de 2006, C-197 de 2012, entre otras.

<sup>59</sup> “El atributo de la competencia, en general, debe ser entendida como la posibilidad que tiene una determinada persona, esto es, un órgano público o un particular de proferir o realizar un acto productor de determinados cambios normativos, que repercutirán en quien lo produce o un tercero, reconocido por el ordenamiento jurídico superior, siempre que se sigan los pasos establecidos para

razón por la cual sólo podrá intervenir en el decurso de un actividad económica, cuando así lo disponga una ley para tal efecto, cuestión que quiere decir, adicionalmente, que se trata de un asunto revestido con reserva de ley. Dicho en otras palabras, el derecho de libertad de empresa implica la asunción de una posición jurídica concreta susceptible de modulaciones por cuenta del Estado pero, a su vez, revestida de un amparo administrativo y judicial a fin de defenderlo de intromisiones injustificadas (en tanto que no exista disposiciones legislativa que avale ello) o desproporcionadas (atentatorias del núcleo esencial del derecho de libertad):

“El modelo constitucional de libertad económica, sustenta y soporta el reconocimiento de un claro e inequívoco derecho de carácter subjetivo, que no obstante caracterizarse por poseer un núcleo esencial aparentemente intangible, surte efectos plenos en cabeza de sus titulares, quienes pueden reclamar en todo momento y hora, mediante los procedimientos judiciales o administrativos correspondientes, que se les garantice el mismo y que además les proteja de las agresiones o desconocimientos por parte de cualquier actor dentro del tráfico jurídico<sup>60</sup>.”

El modelo constitucional de la libertad económica y el consecuente reconocimiento de los derechos subjetivos que hemos destacado, no son absolutos. La libertad en mención no es incompatible con el ejercicio de los poderes públicos interventores no solo policivos, sino también regulatorios en procura de su adecuación a los causes del interés público y general, hipótesis que se funda incluso en los mismos trabajos conceptuales de sus predicadores supremos dentro de las construcciones teóricas neoliberales<sup>61</sup>, debiéndose respetar en todo caso, su núcleo esencial, que si bien es cierto lo hemos entendido como aparentemente intangible, de todas maneras concentra la idea rectora del la subsistencia de la libertad, luego por vía de la intervención no se puede llegar a suprimirla, o materialmente desaparecerla<sup>62</sup>.

(...)

La libertad económica en cuanto elemento que coadyuva a la sustentación del sistema Constitucional es parte integrante del mismo, y de ninguna manera una rueda suelta o sin puerto seguro dentro del mismo. Hace parte del contexto constitucional y así debe ser siempre entendida, produciendo unos efectos sustanciales que correspondan a su naturaleza y propósito. Bajo este entendido debe articularse con los demás postulados también básicos de nuestro sistema Constitucional, como lo puede ser en primer lugar el del Estado social y democrático de derecho. Relación supeditada al equilibrio y la ponderación, en relación con cada caso concreto, de manera que sin desconocer la esencia de cada uno de estos postulados básicos del sistema se puedan modular de manera coherente y permanente.<sup>63</sup>

11.6.- Ahora bien, de manera concordante con lo que se viene diciendo vale señalar que los medios de comunicación, en tanto empresas constituidas con la finalidad de ejercer la libertad de expresión, encuentran un amparo convencional y constitucional a su labor. Dicho con otras palabras, la empresa dota de soporte material y económico el ejercicio de este dere-

---

tal fin, o lo que es lo mismo, mientras se dé el estado de cosas dispuesto en la norma jurídica que establece la competencia”. Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Pleno de Sección Tercera. Auto de 17 de octubre de 2013, exp. 45679.

<sup>60</sup> PAREJO ALFONSO. “Estudio preliminar” al libro *Libertad de empresa en el Estado social de derecho*, cit., p. 25.

<sup>61</sup> HAYEK. *Camino de servidumbre*, cit., p. 37.

<sup>62</sup> PAREJO ALFONSO. “Estudio preliminar” al libro *Libertad de empresa en el Estado social de derecho*, cit., p. 28.

<sup>63</sup> SANTOFIMIO GAMBOA, Jaime Orlando. “El contrato de concesión de servicios públicos. Coherencia con los postulados del Estado Social y Democrático de Derecho en aras de su estructuración en función de los intereses públicos.” Tesis Doctoral. Universidad Carlos III Madrid, España. Febrero de 2010, p. 311-313.

cho humano fundamental, de modo que cualquier ataque injustificado contra la libertad económica del medio de comunicación puede ser entendido como una medida restrictiva indirecta de la libertad de expresión, sobre todo en casos en los cuales quien limita es la administración sin sustento legal alguno.

11.7.- Sobre tal cuestión la Sala de Subsección C se pronunció recientemente destacando el alcance convencional de economía social de mercado y los medios de comunicación en cuanto empresa:

“La empresa, en cuanto instrumento vital de este modelo, le brinda sustento material y económico a estos derechos convencionales y constitucionales, razón suficiente para pregonar su papel de baluarte en el ejercicio cotidiano de estas libertades y por esto la necesidad de su garantía institucional y su limitación tan solo de manera excepcional, pues sólo así se garantizan los propósitos de la libre y leal competencia.

**Las actividades económicas de las empresas de comunicación social, la titularidad de derechos materiales e inmateriales, son la piedra basilar de las libertades a que se refiere el artículo 13 de la Convención Americana de Derechos Humanos y, por lo tanto, cualquier afectación o limitación de ellas sólo puede hacerse de manera excepcional, proporcional y acorde con los parámetros establecidos por la Corte Interamericana de Derechos Humanos.**

Cualquier decisión legal o administrativa que desconozca estos supuestos no solamente deviene en arbitraria e ilegal, sino que también debe ser objeto de inaplicación, tal como antes se expresó.

**La afectación o limitación de los derechos materiales e inmateriales de los medios de comunicación por fuera de los marcos convencionales, desconoce lo pactado cuando se trata de un contrato de concesión visto a la luz de los artículos 13, relativo a la libertad de expresión y 21, sobre propiedad privada, de la Convención Americana de Derechos Humanos.”<sup>64</sup> (Resaltado propio).**

11.8.- En conclusión, la redacción del artículo 29 de la Ley 189 de 1995 no es más que un desarrollo del artículo 333 constitucional para el caso concreto de los concesionarios de televisión, donde se destaca que las únicas restricciones deben provenir de la Ley y no de autoridad administrativa.

## **12.- El contenido y alcance del aparte respecto del que se solicita la suspensión provisional de efectos.**

12.1.- Es a la luz de los anteriores parámetros convencionales y constitucionales alusivos a la libertad de expresión que este Despacho abordará la lectura del párrafo del artículo 13 de la Resolución N° 759 de 2013 dictada por la Autoridad Nacional de Televisión-ANTV; sin embargo, para una comprensión integral de dicho apartado precisa esta judicatura de una revisión general de lo regulado en el acto administrativo en mención.

12.2.- Así, mediante la Resolución en cita se “adopta el procedimiento de asignación de frecuencias radioeléctricas para la prestación del servicio de televisión radiodifundida”. Para tal fin el artículo 2° establece los requisitos que deben cumplir los interesados en la asignación de las frecuencias radioeléctricas para el servicio de televisión (artículo 2°), los artículos 3°, 4°, 5° y 6° se encargan de establecer lo relacionado sobre el cumplimiento de requisitos adicionales y estudios técnicos que se deben adjuntar a la solicitud de asignación.

<sup>64</sup> Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección C. Sentencia de 12 de noviembre de 2014, exp. 28505.

12.3.- En cuanto al trámite, el artículo 8° dispone que, en primera medida, corresponde a la ANTV la evaluación de la solicitud donde se verificará que esta cumpla los requisitos establecidos en los artículos precedentes. De ser favorable esta valoración la ANTV remitirá a la Agencia Nacional del Espectro (artículo 9°) la solicitud para que “ésta realice el análisis de disponibilidad para la asignación de la frecuencia de conformidad con la planeación de frecuencias y lo previsto en el registro de Frecuencias, la viabilidad para la operación de la estación radioeléctrica y elabore y proponga a la ANTV el Cuadro de Características Técnicas de la Red -CCTR-”.

12.4.- Surtida la anterior etapa el Comité Evaluador de la ANTV analizará la información elaborada por la ANE y “presentará a la Junta Nacional de Televisión el informe de Evaluación de la Solicitud y la recomendación correspondiente”, debiendo la junta decidir dentro de los ocho (8) días siguientes a la presentación de tal informe (artículo 10) si emite acto administrativo de asignación de frecuencia (artículo 11).

Finalmente la ANTV comunicará la asignación de la frecuencia a la ANE “para que ésta actualice el Registro de Frecuencias de que trata el artículo 27 de la Ley 182 de 1995” (artículo 12).

12.5.- Seguidamente, en el artículo 13, la Resolución dispone que “expedido el acto administrativo de asignación de frecuencia, el concesionario deberá, con una antelación mínima de tres (3) meses al inicio de operaciones, presentar la información técnica complementaria de la estación de televisión establecida en los siguientes numerales, la cual tendrá que estar conforme al Cuadro de Características Técnicas de la Red -CCTR- establecido en el acto administrativo de asignación de la frecuencia.”

12.6.- Dicho artículo dispone que la información allegada por el solicitando será remitida por la ANTV a la ANE para que revise su conformidad con el Cuadro de Características Técnicas de la Red -CCTR-, de ser ello así la ANE emitirá concepto de viabilidad para el inicio de operaciones y remitirá la actuación a la ANTV. “En caso de acogerlo, la ANTV autorizará el inicio de operaciones”.

12.7.- Por el contrario, si la ANE requiere que la información técnica complementaria deba ser aclarada, requerirá al solicitante concediéndole un término de diez (10) días, prorrogable por una vez. En caso de avenirse a lo requerido la ANE emitirá pronunciamiento favorable. “En caso de acogerlo, la ANTV autorizará el inicio de operaciones”.

12.8.- Si el solicitante no subsana su solicitud o ésta no se ajusta a lo requerido la ANE emitirá concepto de no viabilidad y remitirá lo actuado a la ANTV. Esta última entidad así lo informará al concesionario “y este no podrá iniciar operaciones, y quedará en la obligación de presentar la información técnica complementaria ajustada al CCTR dentro de los dos (2) meses siguientes, contados a partir del recibo de la comunicación.

En caso de no hacerlo dentro de dicho plazo o de presentar información que no cumpla con los requisitos previstos, la ANTV quedará facultada para recuperar la frecuencia o canal radioeléctrico asignado”.

12.9.- Finalmente el párrafo objeto de la solicitud de suspensión provisional establece:

“Párrafo: Bajo ninguna circunstancia el concesionario podrá radiodifundir señales desde la estación de televisión, hasta que la ANTV le informe mediante comunicación escrita al concesionario, que se encuentra autorizado para iniciar operaciones”.

12.10.- En consecuencia, el párrafo reitera que el inicio de operaciones sólo puede tener lugar luego de la autorización que para tal efecto expida la ANTV. Con otras palabras, no

le basta al concesionario con obtener acto administrativo de asignación de frecuencias sino que la reglamentación comentada demanda que previo al inicio de actividades esté acreditado el cumplimiento de los requerimientos técnicos conforme al Cuadro de Características Técnicas de la Red -CCTR-, que es establecido por la ANE en cada caso.

12.11.- Finalmente, conviene precisar, para una mejor comprensión, los conceptos de atribución, adjudicación y asignación de frecuencias, a fin aclarar que el procedimiento de que trata la Resolución N° 759 de 2013 versa sobre la asignación de radiofrecuencias para el servicio de televisión radiodifundida, que no atribución o adjudicación.

12.12.- Así, por atribución de una banda de frecuencias se entiende la “inscripción en el Cuadro de atribución de bandas de frecuencia, de una banda de frecuencias determinada, para que sea utilizada por uno o varios servicios de radiocomunicación terrenal o espacial o por el servicio de radioastronomía en condiciones especificadas. Este término se aplica también a la banda de frecuencias considerada”<sup>65</sup>.

12.13.- A su turno, se comprende por adjudicación de una frecuencia o canal radioeléctrico la “inscripción de un canal determinado de un plan, adoptado por una conferencia competente, para ser utilizado por una o varias administraciones para un servicio de radiocomunicación terrenal o espacial en uno o varios países o zonas geográficas determinados y según condiciones especificadas”<sup>66</sup>.

12.14.- Y, finalmente, se entiende por asignación de una frecuencia o de un canal radioeléctrico la “autorización que da una administración para que una estación radioeléctrica utilice una frecuencia o un canal radioeléctrico determinado en condiciones especificadas”<sup>67</sup>.

12.15.- Conforme al marco legal vigente, la competencia para la atribución de frecuencias se encuentra en cabeza de la Agencia Nacional del Espectro - ANE mientras que la asignación de frecuencias en materia de servicio de televisión corresponde a la Autoridad Nacional de Televisión-ANTV, tal como se desprende del artículo 15 de la Ley 1507 de 2012 que establece: “La intervención estatal en el espectro electromagnético destinado a los servicios de televisión, estará a cargo de la Agencia Nacional del Espectro (ANE) de conformidad con lo determinado en la Ley 1341 de 2009. // En particular, la ANE ejercerá las funciones previstas en los artículos 24, 26, 5 y 27 y 6 de la Ley 182 de 1995. La ANTV será la encargada de asignar las frecuencias que previamente haya atribuido la Agencia Nacional del Espectro (ANE) para las operaciones del servicio de televisión”.

### **13.- Caso concreto - Consideraciones que fundamentan la *ratio decidendi* del caso.**

13.1.- Tiene claro el Despacho que la lectura de este caso debe hacerse, necesariamente conforme al marco convencional y constitucional del derecho a la libertad de expresión y teniendo en consideración a los medios de comunicación en tanto empresas dedicadas profesionalmente a dicha actividad. Lo anterior, porque así lo solicitó el demandante al invocar los artículos 13 de la Convención Americana de Derechos Humanos, 20 de la Constitución y 29 de la Ley 182 de 1995.

---

<sup>65</sup> AGENCIA NACIONAL DEL ESPECTRO - ANE. Cuadro Nacional de Atribución de Bandas de Frecuencias. 2014, p. 9. Información obtenida en <http://www.ane.gov.co/cnabf/images/documento/CNABF2014.pdf> [Consultado el 15 de mayo de 2015].

<sup>66</sup> *Ibid.*, p. 9

<sup>67</sup> *Ibid.*, p. 9.

13.2.- En efecto, se tuvo oportunidad de establecer que las restricciones a la libertad de expresión estarán justificadas siempre que satisfagan un análisis de idoneidad, estricta necesidad y proporcionalidad y siempre que se encamine a proteger o garantizar alguno de los bienes jurídicos convencionales o constitucionales reconocidos, esto es, el respeto de los derechos y la reputación de los demás y la seguridad nacional, el orden público o la salud o la moral públicas.

13.3.- Igualmente, reconociendo que el espectro electromagnético es un bien público de la Nación pero que constituye el vehículo para el ejercicio de la libertad de información y expresión de medios de comunicación tales como la radio y la televisión, los parámetros convencionales y constitucionales establecen la competencia del Estado para regular su acceso precisando que tal intervención deben dirigirse a velar por el uso técnicamente adecuado, garantizando el acceso en condiciones de igualdad de los potenciales usuarios, evitando el monopolio de su uso y teniendo en consideración la finalidad social de los medios de comunicación. Igualmente, debe tratarse de criterios de intervención objetivos claros y, sobre todo, establecidos en la Ley.

13.4.- Finalmente, se precisó que los medios de comunicación, en tanto empresas dedicadas a la libertad de expresión e información, encuentran su amparo convencional y constitucional en los artículos 13 de la Convención Americana de Derechos Humanos, 20, 333 y 334 de la Constitución y 29 de la Ley 182 de 1995 conforme a los cuales se consagra la libre iniciativa económica y la economía social de mercado vinculada al ámbito garantístico de la libertad de expresión e información, reconociendo que el Estado puede intervenir en los mismos siempre que cuente con competencias legales para el efecto, es decir, en los términos establecidos en la Ley, y no con sujeción a la arbitrariedad de la autoridad administrativa, sea en vía de reglamentación o en vía de regulación.

13.5.- Por consiguiente, entiende el Despacho que el análisis del caso involucra dos bienes jurídicos convencional y constitucionalmente protegidos como son la libertad de expresión y opinión así como la libre iniciativa económica.

Es a la luz de este preciso marco jurídico protector que se pasa a verificar si el contenido del párrafo del artículo 13 de la Resolución N° 759 de 2013 denota contradicción con los contenidos del ordenamiento jurídico al cual se encuentran sujetos y, por tanto, demanda la suspensión provisional de sus efectos.

13.6.- Por tanto, téngase en cuenta que el artículo 13 de la Resolución N° 759 de 2013 se encarga de regular un procedimiento administrativo posterior a la asignación de frecuencias que busca, puntualmente, verificar el cumplimiento de la información técnica complementaria de la estación de televisión conforme al Cuadro de Características Técnicas de la Red -CCTR- como requisito previo para el inicio de operaciones de la frecuencia asignada. Es en ese marco procedimental que el párrafo de dicho artículo establece que: **“Bajo ninguna circunstancia el concesionario podrá radiodifundir señales desde la estación de televisión, hasta que la ANTV le informe mediante comunicación escrita al concesionario, que se encuentra autorizado para iniciar operaciones”** (resaltado propio).

13.7.- Basta con una comprensión apenas inicial o *prima facie* para concluir que la norma respecto de la que se solicita la suspensión de efectos se opone abiertamente a los parámetros convencionales y constitucionales en materia de libertad de expresión y de libertad económica por las siguientes razones:

13.7.1.- Por cuanto se establece la exigencia de un permiso o autorización previa a los concesionarios para desarrollar sus actividades económicas sin competencia ni autorización legal de ninguna naturaleza, desconociendo los perentorios mandatos del artículo 333 consti-

tucional en concordancia con el artículo 29 de la Ley 182 de 1995, siguiéndose de ello una perturbación al libre ejercicio de la actividad económica de quienes son concesionarios luego de que han cumplido con los requerimientos fijados por la Ley.

13.7.2.- Súmese a lo dicho que el párrafo del artículo 13 de la Resolución N° 759 de 2013 de la ANTV establece, en sí mismo, una restricción a la libertad de expresión y de iniciativa privada por cuanto impide el inicio de operaciones de la frecuencia asignada hasta tanto la ANTV informe la autorización para ello, por lo cual el Despacho reitera que, conforme a los parámetros convencionales del derecho a la libertad de expresión, las restricciones a su ejercicio son de exclusiva<sup>68</sup> reserva de Ley al tiempo que la Constitución Política fija perentoriamente en el artículo 84 que “Cuando un derecho o una actividad hayan sido reglamentados de manera general, las autoridades públicas no podrán establecer ni exigir permiso, licencias o requisitos adicionales para su ejercicio”.

13.7.3.- En este sentido, la *ratio* que fundamenta la decisión adoptada en esta providencia descansa, sustancialmente, en el peso de la libertad de expresión y la libre iniciativa privada como bienes jurídicos que dotan de sentido la organización política en el marco de un Estado Social y Democrático de Derecho. En virtud de tal peso se reconoce que su regulación jurídica está cobijada por una reserva de Ley la cual en el presente asunto fue desconocida, pues en el *sub judice* la restricción a las libertades ocurrió por vía de una norma de carácter administrativo proferida por autoridades administrativas sin soporte legal alguno conocido o deducible de una interpretación sistemática del régimen jurídico de la televisión.

13.7.4.- Obsérvese cómo por el contrario a lo dispuesto en la norma demandada el artículo 29 de la Ley 182 de 1995, que obtiene su sustento en el artículo 333 constitucional, establece que “(...) otorgada la concesión, el operador o el concesionario de espacios de televisión harán uso de la misma, sin permisos o autorizaciones previas”, al tiempo que la Ley 1507 de 2012 establece diversas competencias a la ANTV, en tanto órgano encargado de “brindar herramientas para el ejecución de los planes y programas de la prestación del servicio público de televisión” (artículo 1° Ley 1507 de 2012), pero ninguna de ellas relacionadas con la facultad para crear procedimientos, permisos o requerimientos administrativos sobre la asignación de frecuencias para el servicio de televisión radiodifundida, igualmente ninguna otra norma de las aplicables al régimen jurídico de la televisión establece cuestión parecida.

13.7.5.- Adicional a lo anterior, se observa que la Autoridad Nacional de Televisión-ANTV creó un procedimiento que envuelve, directamente, el ejercicio de la libertad de expresión y la operatividad de los medios de comunicación en tanto empresas, es decir, no se trata de una regulación que atiende a cuestiones internas de la ANTV sino que involucra, irremediablemente, los derechos de los asociados a la libertad de expresión y la libre iniciativa privada, sin autorización legal. Por consiguiente, aparece que la accionada se arroga competencias que la Constitución o la Ley no le establecen violando con ello el principio de reserva de Ley, pues no debe olvidarse que de acuerdo con el artículo 13 de la Convención Americana de Derechos Humanos y los artículos 20 y 333 de la Constitución Política de Colombia se exige dicha reserva para la restricción de las libertades de expresión y de iniciativa privada.

Sobre estas cuestiones la Sala de Subsección C se ha pronunciado en un asunto que entrañaba un problema jurídico asimilable al *sub judice*. Allí se afirmó:

---

<sup>68</sup> Cfr. Artículos 13 de la Convención Americana de Derechos Humanos y artículo 19 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.

“4.3.1.1.- Como ya se ha señalado, según lo previsto en el artículo 17 de la Ley 1150 de 2007, disposición con base en la que se profirió la resolución que hoy se juzga, no cabe duda que la Administración, en este caso “las entidades sometidas al Estatuto General de Contratación”, están habilitadas por la ley para conminar al contratista y si es del caso imponer unilateralmente las multas que se encuentren pactadas en los contratos en razón del incumplimiento comprobado, pero siempre y en todo lugar aplicando los procedimientos de ley y ante la ausencia de norma especial al respecto los propios del código contencioso administrativo en su primera parte, tal como se deduce de una simple articulación del artículo 17 en mención con el inciso segundo del artículo 1 del código en cuestión.

(...)

**La ausencia de procedimiento administrativo o las falencias normativas de los de naturaleza especial que hubiere establecido el legislador se llenan siempre y bajo cualquier circunstancia con las disposiciones de la primera parte del código contencioso administrativo, que configura en nuestro ordenamiento la gran regla general de los procedimientos administrativos.**

**Al respecto basta con recordar el viejo principio de nuestro ordenamiento jurídico en materia de procedimientos administrativos, positivizado en el inciso segundo del artículo 1 del decreto 01 de 1984, según el cual, “... Los procedimientos administrativos regulados por leyes especiales se regirán por éstas; en lo no previsto en ellas se aplicarán las normas de esta parte primera que sean compatibles...”.**

4.3.1.2.- Así las cosas, la Sala advierte que tanto la jurisprudencia<sup>69</sup> como la doctrina especializada<sup>70</sup> han señalado que la competencia de establecer los procedimientos administrativos, con independencia de que éstos sean generales o especiales, corresponde de forma exclusiva al legislador y no a la autoridad administrativa, conclusión a la que se ha llegado a partir del estudio del artículo 150 de la Constitución, pues éste asigna como competencia exclusiva al legislador la expedición de códigos y, por tanto, los procedimientos administrativos contenidos en disposiciones especiales se consideran parte integrante del Código Contencioso Administrativo.”<sup>71</sup> (Resaltado propio).

Así las cosas, sin mayor esfuerzo este Despacho encuentra una contradicción analítica inicial protuberante entre el parágrafo en comento, como parte integrante del artículo 13 de la Resolución N° 759 de 2013, y la normativa convencional y constitucional relativa a la libertad de expresión y la libertad económica, oposición que se hace patente una vez se advierte la violación al principio de reserva de Ley y la institucionalización de permisos y procedimientos administrativos que guarda relación intrínseca con los derechos convencionales y constitucionales ya citados.

13.7.6.- Lo dicho precedentemente no se agota en un simple problema formal de competencias, por el contrario el Despacho entiende que tal regulación de la administración comprende un quiebre medular a las cláusulas de Estado Democrático y de Derecho como normativamente se rotula el Estado colombiano, al auto-atribuirse la ANTV competencias que son exclusivas del legislador, las cuales encuentran su respaldo en el profundo peso que tienen

<sup>69</sup> CONSEJO DE ESTADO, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Sentencia del 14 de abril de 2010. C.P.: Enrique Gil Botero, Expediente: 36054. Véase también, CORTE CONSTITUCIONAL, Sentencias Sentencia C-252 de 1994. En igual sentido, la Sentencia C-229 de marzo 18 de 2003.

<sup>70</sup> SANTOFIMIO GAMBOA, Jaime Orlando. *Op., cit.*, pp. 182 a 190.

<sup>71</sup> Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección C. Sentencia de 21 de marzo de 2012, exp. 39477.

tales bienes jurídicos convencionales y constitucionales en la sociedades contemporáneas. Además, con la usurpación de funciones legislativas ocurre que se presenta una violación al principio democrático por cuanto se desconoce la competencia del Congreso de la República como creador y regulador de los procedimientos administrativos así como encargado de concretar la intervención estatal en la economía, conforme a los artículos 333 y 334 de la Constitución Política.

Por tanto, como la restricción impuesta por el párrafo en cita no encuentra respaldo legal, se impone, en el marco de este análisis preliminar en sede de medida cautelar, concluir la contradicción evidente de dicho precepto con el ordenamiento jurídico.

13.8.- En este orden de ideas, pugna profundamente con tales libertades fundamentales que existan regulaciones administrativas dirigidas a instituir procedimientos, exigir permisos o autorizaciones previas o prohibir, como lo hace la norma, el ejercicio de la libertad económica restringiendo los derechos humanos de libertad de expresión e iniciativa económica, sin juicio de idoneidad, necesidad y proporcionalidad alguno autorizado por el legislador. Cuando se advierte tal circunstancia aflora, además, una contradicción protuberante con el principio constitucional de reserva de Ley, lo que conlleva la carga para el Juez de decretar la suspensión provisional de efectos del acto, si ello ha sido solicitado.

13.9.- Corolario de lo expuesto, se verifica que el párrafo del artículo 13 de la Resolución N° 759 de 2013 hace parte de un procedimiento administrativo ex-post a la asignación de frecuencias para el servicio de televisión y, además, fija una categórica prohibición de hacer uso de la frecuencia asignada hasta tanto no se autorice el inicio de operaciones por la ANTV; por consiguiente un estudio analítico preliminar de la norma acusada con el ordenamiento jurídico refleja una contradicción de bulto, evidente o palmaria entre las libertades humanas fundamentales de expresión e iniciativa privada con el párrafo pluricitado.

13.10.- Siendo lo anterior así, se sigue inexorablemente el decreto de la medida de suspensión provisional de los efectos del párrafo del artículo 13 de la Resolución N° 759 de 2013 dictada por la Autoridad Nacional de Televisión-ANTV.