

**CONSEJO DE ESTADO
SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO
SECCIÓN TERCERA
SUBSECCIÓN C**

CONSEJERO PONENTE: JAIME ORLANDO SANTOFIMIO GAMBOA

Bogotá D.C., veinticuatro (24) de octubre de dos mil dieciséis (2016)

Radicación: 11001032600020150002200 (53057)

Actores: CARACOL TELEVISIÓN S.A Y RCN TELEVISIÓN S.A

Demandado: AUTORIDAD NACIONAL DE TELEVISIÓN – ANTV

Medio de Control: NULIDAD

Contenido. Descriptor: Medio de control de nulidad contra los apartes de los artículos 1°, 7° y 13 de la Resolución No. 759 de 2013 de la ANTV. Se declara nulidad de los apartes demandados por violación a las normas superiores, puntualmente a los artículos 13 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, 84 de la Constitución y 29 de la Ley 182 de 1995 al establecerse requisitos adicionales para explotar el contrato de concesión de televisión y por violar la libertad de expresión de los medios de comunicación. **Restrictor:** El medio de control de nulidad. Características y causales de nulidad. Control de convencionalidad. Contenido y alcance del derecho a la libertad de expresión. El espectro electromagnético como vehículo de recepción, emisión y difusión de la información. La intervención del Estado en la economía y particularmente en lo concerniente a los medios de comunicación en tanto empresas. Caso concreto. Síntesis de la decisión.

Procede la Sala, en audiencia pública, a decidir el medio de control de nulidad interpuesto contra unos apartes de los artículos 1°, 7 y 13 de la Resolución No. 759 de 5 de agosto de 2013 expedida por la Autoridad Nacional de Televisión.

ANTECEDENTES

1.- En escrito del 19 de diciembre de 2014 (fls 1-11, c1) las Sociedades Caracol Televisión S.A y RCN Televisión S.A, en ejercicio del medio de control de nulidad previsto en el artículo 137 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, solicitaron se declarara la nulidad parcial de los artículos 1°, 7 y 13 de la Resolución No. 759 de 5 de agosto de 2013 dictada por la Autoridad Nacional de Televisión¹ *“Por la cual se adopta el procedimiento de asignación de frecuencias radioeléctricas para la prestación del servicio de televisión radiodifundida”*², disposiciones normativas cuyo tenor literal es como sigue [se subrayan los apartes demandados]:

Artículo 1. Objeto. La presente resolución tiene por objeto adoptar el procedimiento, los requisitos y los trámites para la asignación de frecuencias radioeléctricas para la prestación del servicio de televisión radiodifundida.

¹ En adelante “la Autoridad” o “la ANTV”.

² Resolución publicada en el Diario Oficial No. 48.877 Año CXLIX.



Parágrafo. Hace parte del procedimiento de asignación la autorización para la operación de estaciones radioeléctricas de televisión.

Artículo 7. Cumplimiento de disposiciones frente a otras entidades. Para la autorización de operación de una nueva estación de televisión o para la modificación de una existente, se requiere que el operador tenga en cuenta que la construcción de las estaciones de televisión y montaje de las torres de telecomunicaciones, están sujetas al cumplimiento de reglamentos y normas de construcción y de seguridad, que expidan los organismos competentes de los órdenes nacional, departamental y municipal. En este sentido, las estaciones de televisión deben atender y cumplir con las disposiciones ambientales, urbanísticas, sanitarias, establecidas por las respectivas autoridades, así como las restricciones de seguridad en la navegación aérea definidas por la Unidad Administrativa Especial de Aeronáutica Civil de Colombia -UAEAC-, relacionadas, entre otras cosas, con la frecuencia de operación de la estación de televisión, ubicación de la misma, altura máxima de la torre, luces de obstrucción y señalización y cualquier otro requisito previsto en la normatividad vigente.

Artículo 13. Entrega y análisis de la información técnica complementaria e inicio de operaciones. 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 técnicas 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. La información técnica complementaria para una frecuencia analógica o digital, según corresponda, deberá contener la siguiente información:

1. Para televisión analógica terrestre radiodifundida, el concesionario deberá presentar la información que contenga los requisitos previstos en el numeral 3 “Parámetros técnicos generales de las estaciones de radiodifusión de televisión” y numeral 9, “Estudio Técnico” previstos en el Anexo 1 del Acuerdo CNTV 003 de 2009 o las normas que lo modifiquen o adicionen, y deberá presentarse de conformidad con los protocolos y formatos adoptados mediante dicho Acuerdo, con excepción de los resultados de las mediciones de niveles de servicio e interferencias y el protocolo de mediciones de campos electromagnéticos de que tratan los numerales 3.14 y 9.2 y el ordinal 8 del numeral 9.1 del Anexo 1 del Acuerdo aludido.
2. Para televisión digital terrestre radiodifundida, el concesionario se obliga a presentar la información establecida en el Anexo 3 de la presente Resolución.

Una vez presentada la información técnica complementaria, de conformidad con lo establecido en el presente artículo, la Autoridad Nacional de Televisión – ANTV – la remitirá a la Agencia Nacional del Espectro – ANE – para que ésta verifique su conformidad con lo establecido en el Cuadro de Características Técnicas de la Red – CCTR -.

Si la información técnica complementaria presentada por el concesionario se encuentra conforme con el CCTR, la ANE emitirá un concepto de viabilidad para el inicio de operaciones y lo remitirá a la ANTV. En caso de acogerlo, la ANTV autorizará el inicio de operaciones.

En el evento que la ANE determine que la información técnica complementaria deba ser aclarada, requerirá directamente, en el marco de sus competencias, al solicitante para que la subsane o complemente, dentro del plazo que la misma fije, el cual será hasta de diez (10) días hábiles, contados a partir del recibo del requerimiento. Dicho



término podrá prorrogarse, en una única oportunidad, a solicitud del interesado por el término inicialmente otorgado.

Si el solicitante subsana dentro del plazo establecido y la información técnica complementaria se encuentra conforme con el CCTR, la ANE emitirá un concepto de viabilidad para el inicio de operaciones y lo remitirá a la ANTV. En caso de acogerlo, la ANTV autorizará el inicio de operaciones.

Si el solicitante no subsana dentro del plazo establecido o si la aclaración recibida no subsana los requisitos que debe cumplir la información técnica complementaria, la ANE emitirá concepto de no viabilidad y lo remitirá a la ANTV.

En el evento que se dé concepto de no viabilidad por parte de la ANE, así lo informará a la ANTV, quien lo comunicará al concesionario y éste 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.

Dentro de los cinco (5) días hábiles siguientes al inicio de operaciones de la estación autorizada, el concesionario deberá informar a la ANTV sobre tal hecho.

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.

2.- Mediante auto de 9 de marzo de 2015 el Magistrado Ponente admitió la demanda, ordenó su notificación personal a la Entidad demandada, a la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado y el Ministerio Público, concedió el término de traslado establecido en la ley para su contestación y ordenó comunicar la existencia de este proceso a la comunidad por conducto de la página web del Consejo de Estado y un medio de comunicación de amplia circulación del orden nacional.

3.- Como en escrito separado las sociedades demandantes solicitaron la medida cautelar de suspensión provisional de efectos jurídicos del parágrafo del artículo 13 de la Resolución en comento, en auto de 9 de marzo de 2015 se corrió traslado a la demandada oportunidad en la cual la ANTV expresó su oposición a la medida solicitada.

4.- En pronunciamiento de 13 de mayo de 2015, y previa audiencia preliminar de alegaciones, el Magistrado Ponente decretó la medida cautelar de suspensión provisional de efectos del parágrafo del artículo 13 de la Resolución No. 759 de 2013. Promovido por la parte demandada recurso de súplica contra esta determinación la



Sala dual en auto de 3 de diciembre de 2015 resolvió confirmar la decisión inicialmente adoptada.

5.- Noticiado el auto admisorio a la demandada y a la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado, la primera le dio contestación en memorial de 21 de mayo de 2015 oponiéndose a la prosperidad de las pretensiones (fls 164-214, c1).

6.- El 8 de febrero de 2016 se celebró audiencia inicial donde se agotó todo el objeto de la misma.

7.- En auto de 28 de junio de 2016 se fijó el 24 de octubre a las 2.30 P.M., como fecha y hora para la realización de audiencia de alegaciones y lectura de fallo, la cual contó con la asistencia de las partes y en Agente del Ministerio Público. En desarrollo de la misma el Magistrado Ponente concedió el uso de la palabra a cada uno a efectos de exponer sus alegaciones así como al Agente del Ministerio Público quien conceptuó parcialmente a favor de las pretensiones anulatorias.

8.- Agotada la etapa de alegaciones la Sala procedió a dictar sentencia en el asunto.

CARGOS DE NULIDAD

En los acápites “planteamiento de la demanda”, “fundamentos de la pretensión” y “fundamentos de derecho de la pretensión” las demandantes condensaron la exposición argumentativa en la que apoyan la pretendida nulidad de las disposiciones enjuiciadas.

Plantearon que los apartes demandados eran nulos por haber sido expedidos con infracción de las normas en que deberían fundarse, causal de anulación recogida en el artículo 137 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo. Para el efecto consideraron como violados los artículos 29 de la Ley 182 de 1995 y 13 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos.

En cuanto al precepto legal, consideraron que al exigir la norma reglamentaria la obtención de una autorización previa por cuenta de la ANTV para el inicio de la radiodifusión se desconocía que el artículo 29 de la Ley 182 de 1995 pregonaba que una vez otorgada la concesión el concesionario podrá hacer uso de ella “*sin permisos o autorizaciones previas*”.



En cuanto hace al precepto de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, que refiere a la libertad de pensamiento y de expresión, alegan que ésta se vulnera cuando se toma en cuenta que por vía de una resolución se exige una autorización previa *“no solo no contemplada sino prohibida por la ley”* siendo ello constitutivo de una restricción indirecta a la libre expresión.

Igualmente, exponen los actores que con ello no pretenden desconocer las competencias estatales de intervención en el espectro electromagnético ni que el uso de éste tiene lugar previa autorización de las entidades competentes. Por el contrario, reiteran que el sentir de su inconformidad con la reglamentación adoptada en la Resolución No. 759 de 2013 se centra en la exigencia de una autorización adicional al inicio de operaciones, esto es, posterior a la obtención del acto administrativo de asignación de frecuencias y su registro ante la Agencia Nacional del Espectro.

ARGUMENTOS DE OPOSICIÓN A LA DEMANDA

En escrito del 21 de mayo de 2015 la ANTV se opuso a la prosperidad de la pretensión incoada.

Luego de exponer algunas consideraciones legales sobre el servicio público de televisión, la facultad reguladora que asiste a ciertas entidades estatales, la competencia de la ANTV sobre este asunto, las sinergias de esa Entidad y la ANE en la administración del espectro radioeléctrico y las razones del proyecto de Resolución (Hoy la Resolución No. 759 de 2013), la Entidad se opuso a la demanda para lo cual expuso, en cuanto hace al artículo 13, que ésta en nada limita la concesión otorgada a los demandantes toda vez que busca corroborar que los parámetros de los equipos para prestar el servicio coincidan con los datos entregados y con los cuales la ANE expidió el Cuadro de Características Técnicas y la ANTV dictó el acto de asignación de frecuencias. Alegó que contrario a los señalados por los demandantes con la reglamentación demandada vela por mantener incólume los bienes jurídicos que circunscriben el espectro radioeléctrico, pues de permitirse el inicio de operaciones sin la previa verificación se puede generar interferencias para otros servicios de radiocomunicación, violación a los convenios de uso de frecuencias radioeléctricas para la operación del servicio de radiodifusión en el área de frontera o violación del derecho a la salud.



Por otro tanto, exponen que la Resolución en el artículo 11 establece un término para el inicio de operaciones, que es de doce (12) meses contados desde la ejecutoria del acto de asignación de frecuencia, como también ha quedado pactado por vía contractual en sendos otros suscritos con ambos operadores privados donde se acordó un periodo de ocho (8) meses.

Igualmente, sostiene que no se están violando normas de la Convención Americana sobre Derechos Humanos toda vez que la reglamentación desarrolla un procedimiento necesario para la asignación de frecuencias tanto así que si el concesionario cumple con lo dispuesto en la normatividad se le autoriza el uso de la frecuencia o canal radioeléctrico. Además, anota, si se quisiera hacer una ponderación de intereses deben considerarse que la ANTV está protegiendo no solo el uso eficiente del espectro radioeléctrico sino también los derechos a la vida, seguridad aérea y seguridad nacional.

Considera, entonces, que de accederse a las pretensiones de la demanda podría producir efectos adversos sobre el interés público toda vez que, reitera, las normas reglamentarias protegen la integridad de las personas y a quienes hacen uso de los servicios de radiocomunicaciones aeronáuticas y marítimas.

Finalmente cuestiona que los demandantes no precisen la violación de los artículos 1° y 7° de la Resolución. Concretamente en cuanto hace al artículo 7°, sobre cumplimiento de disposiciones frente a otras entidades, considera que se ajusta al ordenamiento jurídico pues en la construcción de una estación de televisión y el montaje de torres de telecomunicación debe tenerse en cuenta las licencias de construcción, urbanística y de seguridad, lo contrario sería desconocer las competencias establecidas por la Ley para cada una de las entidades de los diferentes entes estatales.

CONCEPTO DEL MINISTERIO PÚBLICO

El señor Agente del Ministerio Público, en el marco de la audiencia inicial y de alegaciones emitió su concepto el cual va dirigido a solicitar se estimen parcialmente las pretensiones de la demanda.

Consideró la vista fiscal que en su sentir el parágrafo del artículo 13 de la Resolución No. 759 de 2013 resulta violatorio al ordenamiento jurídico al crear requisitos



adicionales a los estatuidos por la Ley violando así lo establecido en el artículo 29 de la Ley 182 de 1995, mientras que los otros preceptos cuestionados (parágrafo del artículo 1º y un aparte del artículo 7º) integran el procedimiento administrativo de asignación de frecuencias, el mismo que por disposición legal corresponde desarrollar a la ANTV, de ahí que no tenga reparo de legalidad estos enunciados.

CONSIDERACIONES

1.- Fijación del problema jurídico.

1.1.- Vistos los antecedentes que informan esta causa, los cargos de nulidad planteados, las oposiciones formuladas y el concepto del Ministerio Público, esta Sala encuentra que el problema jurídico que plantea el *sub judice* se reconduce a determinar si los apartes demandados de los artículos 1º, 7º y 13 de la Resolución 759 de 2013 dictada por la ANTV implican exigencias o autorizaciones adicionales violatorias de los artículos 29 de la Ley 182 de 1995 y 13 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos.

1.2.- Para resolver lo pertinente la Sala, retomando la problemática jurídica propuesta precisará el alcance de los conceptos adoptados como *ratio decidendi* para sustentar su decisión: (1) El medio de control de nulidad. Características y causales de nulidad, (2) Control de convencionalidad, (3) contenido y alcance del derecho a la libertad de expresión, (4) el espectro electromagnético como vehículo de recepción, emisión y difusión de la información, (5) la intervención del Estado en la economía y particularmente en lo concerniente a los medios de comunicación en tanto empresas, (6) Análisis normativo del enunciado demandado. Consideraciones que fundamentan la *ratio decidendi* del caso.

2.- El medio de control de nulidad. Características y causales de nulidad³.

2.1.- La pretensión de nulidad desarrollada en el artículo 137 CPACA⁴ es una acción de naturaleza objetiva, pública, popular, intemporal, general e indesistible a través de

³ Acápite tomado de SANTOFIMIO GAMBOA, Jaime Orlando. Tratado de Derecho Administrativo. Tomo III. Contencioso Administrativo. Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2004, p. 134-140. Se ajustaron las referencias normativas pertinentes acorde a las disposiciones vigentes, esto es, la Ley 1437 de 2011, Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, sin alterar la esencia de lo allí expuesto.

⁴ Consejo de Estado, Sala Plena de lo Contencioso Administrativo. Sentencia del 4 de marzo de 2003. exp. 8302, C.P.: Manuel Santiago Urueta Ayola: “En cuanto a la titularidad de la acción, se observa que la de nulidad es una acción popular, abierta a todas las personas, cuyo ejercicio no necesita del ministerio de un abogado [...] En cuanto a la oportunidad para ejercer la respectiva acción, la de nulidad no tiene por lo general término de caducidad, de manera que puede utilizarse en cualquier



la cual cualquier persona podrá solicitar directamente o por medio de su representante, ante la jurisdicción de lo contencioso administrativo, que un acto administrativo, inclusive no publicitado⁵, incurso en alguna de las causales establecidas en la ley, pierda su fuerza ejecutoria por declaración judicial de nulidad en beneficio del ordenamiento jurídico y la legalidad⁶.

2.2.- Se califica de objetiva, en la medida en que a través de su ejercicio sólo se puede pretender la preservación del ordenamiento jurídico y el principio de legalidad⁷. Implica, por lo tanto, el desarrollo de una pretensión de carácter general dirigida a restablecer la juridicidad en interés de la comunidad y el Estado de derecho. De aquí que así mismo se predique su carácter de pública y popular, en la medida en que la preservación del ordenamiento jurídico no puede ser exclusivamente de interés de unos pocos o una carga funcional privativa de las autoridades. Respecto del mantenimiento de las instituciones jurídicas, históricamente se ha considerado que es una responsabilidad pública, una legitimidad abierta en cabeza de cualquier persona que advierta las rupturas al sistema jurídico ocasionadas con la entrada en vigencia de un acto administrativo que lo desconozca. Desde esta perspectiva, la acción puede

tiempo [...] En relación con los efectos de la sentencia, la que se produce en proceso de nulidad los tiene *erga omnes*, si la decisión es anulatoria; en caso contrario, cuando no se accede a las pretensiones de la demanda, esos efectos se limitarán a los motivos de nulidad invocados por la actora [...] la de nulidad no es desistible, cualquier persona puede coadyuvar o impugnar la demanda”.

⁵ El asunto, como lo explicamos ampliamente en el tomo II de este *Tratado*, capítulo cuarto, no ha sido pacífico. En estricta aplicación de las normas procesales en algunos eventos la jurisdicción ha inadmitido demandas contra actos no publicados, en otras, haciendo prevalecer el derecho sustancial ha aceptado demandas no obstante que la decisión impugnada aún no ha cumplido con ese requisito, el cual es considerado de oponibilidad mas no de procedencia de la acción. En esta dirección puede consultarse: Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Cuarta. Sentencia del 12 de septiembre de 2002, exp. 11886, C.P.: Ligia López Díaz “El artículo 136.1 CCA dispone que ‘... la acción de nulidad podrá ejercitarse en cualquier tiempo a partir de la expedición del acto’; lo anterior permite concluir que para el ejercicio de esta acción pública únicamente se requiere que el acto administrativo haya sido expedido, sin que se requiera la constancia de su publicación o de su ejecución. No existe razón válida para que el ciudadano interesado en mantener la vigencia del orden jurídico tenga que esperar a que el acto que considera ilegal sea publicado o ejecutado para poder impugnarlo. Por el contrario, es sano, desde el punto de vista del control de la legalidad, que los ciudadanos puedan acudir a los órganos jurisdiccionales tan pronto el acto sea expedido, pues ello permite acercarse a la posibilidad ideal de que, en caso de resultar manifiestamente ilegal, sus efectos puedan ser suspendidos antes de que comience a ser aplicado y se disminuya así los perjuicios sociales que puedan derivarse de la aplicación de un acto ilegal. Lo anterior no quiere decir de ninguna manera que la administración no esté obligada a darle publicidad a sus actos o que se levante la prohibición de ejecutarlos mientras su publicación no se haya cumplido de acuerdo con la ley. Lo que sucede es que esta obligación de publicarlos y la prohibición de ejecutarlos no obstan para que la acción de nulidad pueda iniciarse independientemente de ellas. Una cosa es la expedición del acto y otra su obligatoriedad o aplicabilidad. La ausencia de publicación del acto no es una causal de nulidad sino un requisito de eficacia y oponibilidad del mismo. Para el ejercicio de la acción de nulidad es suficiente que el acto haya sido expedido, que exista o haya existido”. En igual sentido cfr. Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera. Sentencia del 11 de octubre de 1990, exp. 1051, C.P.: Libardo Rodríguez Rodríguez.

⁶ Corte Constitucional. Sentencia C-513 de 1994, M.P.: Antonio Barrera Carbonell: “La acción de nulidad tiene un sólido soporte en el principio de legalidad que surge, principalmente, del conjunto normativo contenido en los arts. 1, 2, 6, 121, 123, inciso 2o., 124 de la C.P., pero así mismo tiene su raíz en las normas que a nivel constitucional han institucionalizado y regulado la jurisdicción de lo contencioso administrativo (arts. 236, 237-1-5-6 y 238).”

⁷ Consejo de Estado, Sala Plena de lo Contencioso Administrativo. Sentencia del 5 de mayo de 1998, exp. S-719, C.P.: Juan de Dios Montes Hernández: “No procede la excepción denominada carencia de legitimidad por parte del actor para promover la acción instaurada, porque siendo incoada la de nulidad de simple, cuyo propósito según lo establece la ley y lo repite la jurisprudencia es el control de la legalidad objetiva, interés de carácter general por esencia, cualquier persona está legitimada para ejercerla”.



ser intentada por cualquier persona natural o jurídica, nacional o extranjera, de derecho público, privado o internacional⁸. Lo importante para las instituciones es que los conflictos suscitados entre un acto administrativo y el ordenamiento jurídico sean objeto de conocimiento por la jurisdicción de lo contencioso administrativo y ésta produzca una decisión declarando lo que corresponda frente al litigio y resolviéndolo de manera tal que produzca su decisión efectos generales, esto es, erga omnes.

2.3.- Lo objetivo de la acción implica así mismo una especial técnica de impugnación por parte del ciudadano interesado y de análisis jurídico por el juzgador. Se trata de la confrontación entre una norma superior que se argumenta trasgredida o violentada, y un acto administrativo al cual se le atribuye la infortunada virtud de ser causante de la trasgresión o violación; confrontación de la cual debe surgir una decisión declarativa de la existencia o no de violación al ordenamiento jurídico, en caso afirmativo sancionando la manifestación de voluntad de la administración con nulidad. La acción de nulidad no conlleva pretensión diferente, por lo tanto, no le corresponde al juez hacer un pronunciamiento distinto, ni mucho menos producir declaración alguna respecto de la situación de las personas sobre las cuales el acto declarado nulo produjo efectos jurídicos.

2.4.- Por regla general, la acción de nulidad no tiene un término específico de caducidad, según lo dispone el artículo 164, núm. 1º, lít. a) CPACA, la acción de nulidad podrá ejercitarse en cualquier tiempo a partir de la expedición del acto, lo importante es que el acto aun esté surtiendo efectos jurídicos⁹. Por otra parte, una vez

⁸ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo. Sentencia del 9 de diciembre de 1991. C.P.: Guillermo Chahín Lizcano. En esta providencia la corporación acogió la tesis de que sólo los ciudadanos estaban legitimados para interponer la acción de nulidad. En aquella oportunidad el Consejo de Estado se fundamentó en el texto del artículo 40 C.N. de 1991, que indica: “todo ciudadano tiene derecho de participar en la conformación, ejercicio y control del poder político. Para hacer efectivo este derecho puede: [...] 6. Interponer acciones públicas en defensa de la Constitución y de la ley”. Desde esta perspectiva se abandona el carácter de acción popular, por el de una acción ciudadana, con las consecuentes limitaciones que implicaba para su ejercicio. Esta posición jurídica fue revisada por la corporación, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección B. Sentencia 31 de julio de 1996, C.P.: Silvio Escudero Castro, recuperando el carácter de acción popular para la nulidad; no sólo en razón de que la acción de nulidad pretende la defensa del orden jurídico abstracto, sino también porque no sería lógico ni constitucional limitar el ejercicio de los mecanismos de defensa.

⁹ Este aspecto, el de que el acto administrativo aún esté produciendo efectos jurídicos, como presupuesto para el ejercicio de la acción de nulidad, no ha sido de aceptación pacífica en la jurisprudencia colombiana. El Consejo de Estado, en Sentencia de Sala Plena de lo Contencioso Administrativo del 14 de enero de 1991, C.P.: Carlos Gustavo Arrieta Padilla, hace un importante recuento de esta inconstancia jurisprudencial: en primer lugar, señala que la corporación se ha pronunciado en el sentido de que sería inoperante un fallo de nulidad sobre un acto de carácter general derogado o revocado, ya que si estaba viciado de nulidad, la actividad de la administración restableció el orden jurídico; por lo tanto, “el pronunciamiento jurisdiccional carecería de objeto”. Entre otras, señala como providencias en esta dirección las sentencias del 11 de julio de 1962, exp. 929; del 14 de febrero de 1979, exp. 994; del 18 de julio de 1975; del 13 de marzo de 1979, exp. 518; del 12 de julio de 1988, exp. 387; del 12 de octubre de 1989, exp. 522; del 24 de noviembre de 1989, exp. 1062. En segundo lugar, la corporación también se ha pronunciado en sentido contrario, aceptando la posibilidad de providencias de fondo en acciones de nulidad sobre actos derogados o revocados, esto es, negando la posibilidad de la “sustracción de materia”. Como ejemplo de esta posición se invoca la sentencia del 17 de agosto de 1984, de la Sección Cuarta, exp. 9524, en la cual se indicó: “Basta que una norma jurídica de carácter general haya tenido vigencia por un pequeño lapso de tiempo para que la jurisdicción de lo contencioso



puesta en marcha una acción de nulidad, el impetrante de la misma no podrá desistir, en razón de que está de por medio el interés general y no el simple particular del accionante.

2.5.- La nulidad procede previa configuración procesal de algunas de las causales establecidas por el legislador en el artículo 137 CPACA, que dicho sea, se ha edificado sobre la base del respeto a un complejo principio de legalidad, que se fundamenta ante todo en el acatamiento al marco orientador de todo el sistema jurídico como lo es la Constitución del Estado colombiano. El marco genérico del régimen de causales de nulidad de los actos administrativos es siempre la Carta Política, es más, cada una de las causales de manera directa se relaciona de una u otra manera con los principios, valores y normas constitucionales. En este sentido, referirse a la acción de nulidad en materia contencioso administrativa es acercarse sin lugar a dudas a un importante juicio de constitucionalidad y de legalidad¹⁰ sobre los actos de quienes ejercen funciones administrativas con el fin de que se declara la

administrativo deba pronunciarse ante una demanda de nulidad”. El argumento fundamental de esta segunda tesis consiste básicamente en prevenir actuaciones tendenciosas de la administración que hagan nugatoria la acción de nulidad. “Subyace la preocupación por la burla a la ley que pudiese resultar de la estricta interpretación de la primera de las posiciones planteadas, ya que de hecho se sustraería del control jurisdiccional aquellas disposiciones derogadas por la administración al momento en que se fuera a decidir sobre su legalidad”. En la providencia en estudio de la Sala Plena de 1991, la corporación recogió la segunda de las posiciones jurídicas indicando al respecto: “un acto administrativo, aun si ha sido derogado, sigue amparado por el principio de legalidad que lo que efectivamente restablece el orden vulnerado no es la derogatoria del acto, sino la decisión del juez que lo anula, o lo declara ajustado a derecho”. Es de advertir que esta tesis se expuso a propósito de un acto administrativo demandado en acción de nulidad y derogado durante el transcurso de la misma. Esta tendencia jurisprudencial, según lo expuso el Consejo de Estado en sentencia de Sala Plena del 8 de febrero de 1996, exp. 5475, C.P.: Luis Eduardo Jaramillo M., no se aplica en los casos en que el acto ha sido derogado o revocado con anterioridad al ejercicio de la acción de nulidad, caso en el cual se produciría sin discusión la sustracción de materia. En el salvamento de voto a esta última providencia los consejeros Carlos Betancur Jaramillo y Juan de Dios Montes Hernández expusieron: “El acto de contenido general no solo deberá estar vigente al momento de dictarse la sentencia”. Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera. Sentencia del 16 de febrero de 2001, exp. 3531, C.P.: Olga Inés Navarrete: “Esta corporación ha precisado que, no obstante haber pedido si vigencia el acto demandado, es imperativo el estudio de fondo del mismo, en atención a los efectos que pudo producir durante el tiempo en que rigió. Así lo ha expresado en varios de sus fallos: ‘De otra parte, en cuanto al tema de la sustracción de materia, la Sala Plena del Consejo de Estado prohibió durante mucho tiempo la aplicación de la teoría de la sustracción de materia, tratándose de actos que han sido derogados o sustituidos por otros, o que han dejado de regir, o que produjeron todos sus efectos’. Se consideró que en tales eventos resultaría inútil e inocho un pronunciamiento de mérito, por cuanto al haber desaparecido el acto de la vida jurídica, surgía la sustracción de materia y por consiguiente la sentencia adolecería de falta de objeto práctico. Sin embargo, dicha tesis tuvo algunas variantes, en el sentido de considerar que, dado que el acto administrativo pudo haber producido efectos durante su vigencia, es menester un pronunciamiento de fondo sobre su legalidad. Este último criterio ha sido mayoritario a partir de Consejo de Estado, Sala Plena. Sentencia del 14 de enero de 1991, C.P.: Carlos Gustavo Arrieta Padilla. A partir del fallo de 1991 antes citado, la jurisprudencia de esta corporación ha sido optado por el fallo de mérito cuando quiera que el acto administrativo examinado haya desaparecido del universo jurídico por derogatoria”.

¹⁰ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera. Sentencia del 3 de marzo de 1995, exp. 2691, C.P.: Miguel González Rodríguez: “Para la Sala, la excepción de inepta demanda por indebida acumulación de pretensiones no está llamada a prosperar. En efecto, como lo advirtió esta corporación, y ahora lo reitera, la distinción que hace el excepcionante: que la declaratoria de nulidad se predica de los actos administrativos, mientras que la de inconstitucionalidad responder por una acción de inexecutable, aplicable para los actos de ley, es inadmisibles ya que la acción de nulidad no sólo puede dar lugar a un juicio de legalidad sino también de constitucionalidad, dado que los actos administrativos no solamente pueden violar la ley sino la Constitución, y para hacer efectivo el control jurisdiccional frente a este último evento la Carta Política lo instituyó en cabeza de esta jurisdicción (arts. 237.2 y 238)”.



misma por la autoridad contenciosa correspondiente, salvo que se hubiere purgado la misma conforme lo ha establecido nuestra jurisprudencia¹¹.

2.6.- De manera específica, las razones para la anulación de los actos administrativos se relacionan con la infracción a las normas en que debería haberse fundado el acto administrativo, disposiciones estas que se supone fueron desconocidas o vulneradas por las autoridades al momento de su expedición. Como se observa, la generalidad de la redacción del legislador permite deducir sin mayores esfuerzos que se incorpora en esta descripción la totalidad de la base normativa y conceptual, de principios y valores aplicables a cada acto administrativo en el derecho colombiano, lo que implica necesariamente que dentro de ella queden incorporadas las normas constitucionales que son la base y esencia del sistema. Luego todo juicio de nulidad de un acto administrativo implica en esta perspectiva lógica un acercamiento al texto constitucional y a sus bases sustentadoras, no se trata de un simple enjuiciamiento de legalidad sub constitucional.

2.7.- Agrega en esta misma dirección el artículo 137 CCA que la nulidad también puede provenir de la incompetencia del funcionario o del organismo que produjo el acto administrativo, sin limitarla al simple desconocimiento de normas de competencia simplemente legales. Es decir, el análisis de las competencias administrativas para el juez contencioso administrativo involucra necesariamente las que el constituyente hubiere establecido para las autoridades en cada caso concreto, es más, el simple desconocimiento de una regla de competencia administrativa lleva de por sí una ruptura institucional, si se tiene en cuenta que en los artículos 121 y 123 inciso 2° C.N. se ordena y obliga a todos los servidores públicos a ejercer sus funciones en los términos establecidos en la Constitución, la ley o el reglamento.

2.8.- Se sanciona así mismo con nulidad a todo acto administrativo que sea expedido en forma irregular, irregularidad ésta que puede provenir del desconocimiento de los

¹¹ Consejo de Estado, Sala Plena de lo Contencioso Administrativo. Sentencia del 8 de abril de 1997, exp. S-650, C.P.: Amado Gutiérrez Velásquez: “El fenómeno jurídico denominado ‘purga de ilegalidad’ que hace parte del tema de la convalidación, según el cual se considera no viciado de nulidad un acto administrativo que ilegal en el momento de su nacimiento si la norma quebrantada ha desaparecido de la vida jurídica por derogatoria, subrogación o declaratoria de inexecutable o nulidad, producidas antes de que el juez contencioso administrativo hubiera proferido el fallo; también si ha recibido sustento legal posterior a su expedición. El fenómeno jurídico de la ‘purga de ilegalidad’ estudiada por la Corte Suprema de Justicia (sentencia del 29 de mayo de 1933) y por esta corporación (Sección Primera. Sentencia del 24 de abril de 1980), forma parte de uno más amplio, conocido como convalidación de actos administrativos, que otorga efectos hacia atrás en cuanto atribuye validez a la disposición desde su origen, es decir ex tunc. No obstante, carece de aplicación en el caso en examen, pues la Ley 100 de 1993 está inspirada en la filosofía contraria a la sustentada por el suplicante, y no se entienden convalidados con su expedición los actos administrativos demandados, pues escapan a la posibilidad de saneamiento los actos proferidos con carencia absoluta de competencia”.



parámetros establecidos en la Constitución Política. Si se trata de la vulneración de las exigencias simplemente legales o administrativas, también se violaría la Carta Fundamental, en cuanto que, como lo anotábamos a propósito de la causal anterior, están de por medio los artículos 121 y 123 inciso 2° C.N. que son perentorios al determinar que los poderes y funciones de las autoridades deben ejercerse en los estrictos términos señalados en las disposiciones constitucionales, legales o administrativas.

2.9.- Se ubica en la base de las nulidades de los actos administrativos el desconocimiento sustancial al debido proceso, causal que debe en consecuencia ser analizada y entendida conforme a lo dispuesto en el artículo 29 C.N. en concordancia con lo establecido en los artículos 42 y 44 CPACA que obligan al respeto y acatamiento del concepto sustancial del debido proceso como presupuesto para la expedición de cualquier decisión por parte de quienes ejercen funciones administrativas. La causal que enmarcamos dentro de este contexto señala que los actos administrativos serán nulos por el desconocimiento del derecho de audiencia y defensa. La Sola referencia al artículo 29 C.N. implica que el juicio y análisis de esta causal debe llevar al juez contencioso administrativo necesariamente a un estricto control de constitucionalidad del acto administrativo y la decisión que adopte se fundará estrictamente en reflexiones en torno a la Carta Fundamental.

2.10.- En relación directa con el debido proceso se ha desarrollado en el derecho administrativo la causal de nulidad por falsa motivación, a través de la cual se recogen todas las irregularidades objetivas emanadas de los fundamentos de hecho y de derecho de las decisiones de quienes ejercen funciones administrativas.

2.11.- Aproximarse a las razones de anulación de los actos significa abordar, igualmente, los principios, propósitos y finalidades del orden constitucional del Estado. según dispone el artículo 137 CPACA, los actos administrativos deberán ser declarados nulos por el juez contencioso administrativo cuando hubieren sido el producto de la desviación de las atribuciones propias del funcionario o corporación que los profirió; esto es, nos encontramos en materia de causales de nulidad ante la institucionalización del abuso de poder en materia administrativa como mecanismo perturbador del orden jurídico, principalmente del orden constitucional del Estado, en cuanto atenta contra los propósitos y finalidades del mismo, que para el caso colombiano se encuentran perfectamente determinados en los artículos 2°, 123 inciso



2° y 209 C.N. El desvío o el abuso de poder implica actuaciones subjetivas de los servidores públicos en beneficio de sus propios intereses, luego significa desconocer la objetividad que debe reinar en toda actuación pública y el consecuente respeto al interés general¹².

3.- Control de convencionalidad.

3.1.- El control de convencionalidad¹³ 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.”¹⁴

3.2.- 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,”¹⁵ lo cierto es que desde antes del 2002,¹⁶ 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.

3.3.- Se trata, además, de un control que está dirigido a todos los poderes públicos del Estado,¹⁷ aunque en su formulación inicial se señalaba que eran los jueces los llamados a ejercerlo.

¹² Sobre las causales de nulidad de los actos administrativos puede consultarse el tomo II de este Tratado, capítulo octavo, donde se aborda en detalle cada una de sus razones de invalidez.

¹³ 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 ed. Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2013. Págs. 175-181

¹⁴ “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].

¹⁵ Corte Interamericana de Derechos Humanos, caso Almonacid Arellano y otros vs. Chile, sentencia de 26 de septiembre de 2006.

¹⁶ “[...] 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].

¹⁷ 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 Estado, 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



3.4.- 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 misma¹⁸ y, consecuentemente, debe abstenerse de aplicar cualquier normativa contraria a ella.”¹⁹

3.5.- 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.²⁰

3.6.- 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. 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.”²¹

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”.

¹⁸ “[...] 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].

¹⁹ Corte Interamericana de Derechos Humanos, caso Almonacid Arellano y otros vs. Chile, sentencia de 26 de septiembre de 2006, párrafo 123.

²⁰ “[...] 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].

²¹ 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”,



3.7.- 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.

3.8.- 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,²² sino también en la pretensión de justicia que intrínsecamente encierran las disposiciones convencionales, comoquiera que el *telos* de ésta y de su interprete 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.

3.9.- 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.

3.10.- 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:

“[...] 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

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].

²² 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.”



posteriores, sin que esté obligado a solicitar o a esperar la derogación previa de éstas por vía legislativa o por cualquier otro procedimiento constitucional²³

3.11.- 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 1999²⁴; c) caso *Open Door y Dublin Well Woman*²⁵

3.12.- 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.

3.13.- 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 asuntos²⁶.

²³ Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, caso “*administration des finances italiennes c. Simmenthal*”, sentencia de 9 de marzo de 1978, en FERNANDEZ SEGADO, Francisco, *La justicia constitucional. Una visión de derecho comparado*, Madrid, Dykinson, 2009, p.1207.

²⁴ Puede verse en: SUDRE, Frédéric, *Droit européen et international des droits de l’homme*, 8eme ed, Paris, PUF, 2006, p.191-2.

²⁵ Puede verse: RUIZ MIGUEL, Carlos, *La ejecución de las sentencias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos*, Madrid, Tecnos, 1997, p.42.

²⁶ 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



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

4.1.- Desde el marco convencional universal²⁷ y regional²⁸ se reconoce a la libertad de expresión, pensamiento y opinión como derecho humano. En este mismo sentido la Constitución Política instituye, en el artículo 20²⁹, el derecho fundamental de toda persona a expresar y difundir su pensamiento, opiniones, informar y recibir información.

4.2.- El peso jurídico que adquiere la libertad de expresión, opinión e información³⁰ en el sistema jurídico colombiano se debe a su rol preponderante en la construcción,

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 diciembre 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.

²⁷ 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.

²⁸ 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.

²⁹ 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.

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

³⁰ “El derecho a la información, que sobra advertir, no sólo se reduce a su esfera de protección en el artículo 20³⁰ 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 reciben³⁰.” Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección C. Sentencia de 19 de noviembre de 2012, exp. 25506.



conservación y ampliación del principio democrático³¹, entendido en términos sustantivos y deliberativos³²; 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 democracia³³⁻³⁴, cuya satisfacción no se agota en una fase eminentemente “decisionista o electoral”³⁵ sino que persigue la pretensión de estar rodeado de las garantías necesarias³⁶ (a partir de los derechos constitucionales fundamentales y específicamente de los derechos políticos) para asumir un proceso de suficiente interacción y discusión democrática, participativa, plural³⁷ y diversa frente al ejercicio del poder político³⁸.

³¹ “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.

³² 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. No. 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.

³³ “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. 3ª edición, 2001, Madrid, Trotta, p. 376.

³⁴ “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 Estado Democrático de Derecho ¿Una unión paradójica de principios contradictorios?. En: Anuario de Derechos Humanos, Vol. 2, 2001, p. 447.

³⁵ “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.

³⁶ 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. Madrid, Trotta, 2011, p. 10-11.

³⁷ “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).

³⁸ 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**



4.3.- 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.

4.4.- 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 expresión³⁹.

4.5.- 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.⁴⁰

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 desproporcionadas⁴¹ y generen una estigmatización y hagan nugatorio este derecho.

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).

³⁹ “El artículo 20 de la Constitución acoge una diferenciación, que es aceptada en la doctrina y la jurisprudencia de otros países, y que es importante de atender cuando se trata sobre la actividad que realizan los medios de comunicación. Así, mientras que, por un lado, el artículo 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.

⁴⁰ 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).

⁴¹ “[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.



En casos particulares, como los concernientes a las opiniones sobre personajes públicos⁴² 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.⁴³

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,⁴⁴ derecho a reservarse las fuentes de la información así como el derecho a acceder en igualdad de condiciones al uso del espectro electromagnético.⁴⁵⁻⁴⁶

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 informativo⁴⁷ -lo que se opone a una excesiva concentración de medios de información en pocas manos⁴⁸-,

⁴² “[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.

⁴³ “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.

(...)

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.

⁴⁴ 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.

⁴⁵ Conforme al artículo 75 de la Constitución Política. El espectro electromagnético es un bien público inalienable (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.

⁴⁶ Este ha sido uno de los puntos abordados por el Comité de Derechos Humanos de las Naciones Unidas en su Observación General No. 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 No. 34, adoptada entre el 11 y el 29 de julio de 2011 No. CCPR/C/GC/34, p. 9.

⁴⁷ “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.

⁴⁸ “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 concentración 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 No. 34 *ibíd.*, p. 9.



así como el derecho a una información de calidad, esto es que sea oportuna, completa, veraz⁴⁹ e imparcial.⁵⁰

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*,”⁵¹ 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 exclusiva⁵²) 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.⁵³

4.6.- 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 contenidos 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.

⁴⁹ 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.

⁵⁰ 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].

⁵¹ Corte Constitucional, sentencias T-403/1992, T-530/1992, C-640/2010 y C-540/2012.

⁵² 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.

⁵³ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección C. Sentencia de 12 de noviembre de 2014, exp. 28505.



4.7.- 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”.

4.8.- 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”⁵⁴.

4.9.- 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.

4.10.- 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

⁵⁴ Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso *La Última Tentación de Cristo c. Chile*, sentencia de 5 de febrero de 2001.



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 democrática⁵⁵.

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

5.1.- 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.*”⁵⁶. La importancia de este bien se encuentra en que es útil para el transporte de información e imágenes.

5.2.- 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.

5.3.- 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 intervendrá por **mandato de la ley** para evitar las prácticas monopolísticas en el uso del espectro electromagnético” (Resaltado propio). Sobre

⁵⁵ “**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,⁵⁵ ulterior⁵⁵ y especial⁵⁵, 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 público, la salud y la moral pública,⁵⁵ todo ello siempre y cuando se compruebe que éste tipo de limitantes se justifica de acuerdo con un criterio de proporcionalidad estricta⁵⁵ 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 medida restrictivas sólo superarán el umbral de lo jurídicamente permitido cuando satisfagan un criterio estricto de necesidad, entendido éste como “*necesidad social imperiosa*”⁵⁵ 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.⁵⁵ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección C. Sentencia de 12 de noviembre de 2014, exp. 28505.

⁵⁶ Corte Constitucional, sentencia T-081 de 1993.



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.”⁵⁷ 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 comunicación⁵⁸⁻⁵⁹, 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.

5.4.- 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 monopolios⁶⁰.

5.5.- En similar sentido, el Comité de Derechos Humanos en su Observación General No. 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”*⁶¹; del mismo modo, la Relatoría para la Libertad de Expresión de la Comisión Interamericana de

⁵⁷ Consejo de Estado, Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, sentencia de 14 de febrero de 2012, exp. 38924.

⁵⁸ “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.

⁵⁹ “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.

⁶⁰ “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.

⁶¹ NACIONES UNIDAS, Comité de Derechos Humanos. Observación General No. 34. Artículo 19. CCPR/C/GC/34, distribución general el 12 de septiembre de 2011, p. 9.



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”*⁶², criterio éste que se ajusta a la jurisprudencia consolidada de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en torno al elemento de necesidad estricta en el marco una sociedad democrática.

5.6.- En este orden de ideas, se sabe 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.

5.7.- 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 constitucional en materia de libertad de expresión⁶³.

5.8.- 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.

⁶² 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.

⁶³ Al respecto la Comisión Interamericana en Comunicado No. 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.”



5.9.- 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.

6.- 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).

6.1.- Por cuanto los actores refirieron en la demanda que los preceptos demandados violan el artículo 29 de la Ley 189 de 1995, debe la Sala, a fin de comprender cabalmente su alcance, referirse al artículo 333 constitucional como norma que le sirve de fundamento jurídico.

6.2.- 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 333⁶⁴ y 334⁶⁵ de la Constitución Política, tal como ha sido advertido por la jurisprudencia constitucional:

“La conjunción de los interés privados a través de la adopción de un modelo de libertad económica, fundado en la libre iniciativa, libertad de empresa, libertad de

⁶⁴ 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.

⁶⁵ Constitución Política de Colombia. Artículo 334. -Artículo modificado por el artículo 1º 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.



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.”⁶⁶

6.3.- 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 todos los demás de raigambre constitucional y legal, puede ser limitado por el Estado⁶⁷, 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.”

6.4.- 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 privada⁶⁸, 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).

6.5.- Es por tal razón que la economía social de mercado, establecida en la Constitución de 1991, supone, para el particular un derecho general de libertad⁶⁹,

⁶⁶ Corte Constitucional, Sentencia C-865 de 2004.

⁶⁷ 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**.⁶⁷ 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.

⁶⁸ 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. Bogotá, Universidad Externado de Colombia. 2004. págs. 166-167.

⁶⁹ 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



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”⁷⁰, 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 competencia⁷¹, 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”⁷²

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 neoliberales⁷³, 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 desaparecerla⁷⁴.

(...)

constitucional, entonces está permitida la realización de x”. ALEXYS, Robert. Teoría de los Derechos Fundamentales. 1ª edición, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 1993, p. 337.

⁷⁰ 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.

⁷¹ “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 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.

⁷² PAREJO ALFONSO. Estudio preliminar al libro Libertad de empresa en el Estado social de derecho, cit., p. 25.

⁷³ HAYEK. Camino de servidumbre, cit., p. 37.

⁷⁴ PAREJO ALFONSO. Estudio preliminar al libro Libertad de empresa en el Estado social de derecho, cit., p. 28.



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.”⁷⁵

6.6.- 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 derecho 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.

6.7.- 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 empresas:

“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

⁷⁵ 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.



artículos 13, relativo a la libertad de expresión y 21, sobre propiedad privada, de la Convención Americana de Derechos Humanos.⁷⁶ (Resaltado propio).

6.8.- 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.

7.- Análisis normativo de los enunciados demandados.

7.1.- Se demanda la nulidad de unos apartes de los artículos 1°, 7° y 13 de la Resolución 759 de 5 de agosto de 2013 de la ANTV *“Por la cual se adopta el procedimiento de asignación de frecuencias radioeléctricas para la prestación del servicio de televisión radiodifundida”*.

7.2.- El artículo 1°, que se incorpora dentro del Capítulo I *“Disposiciones Generales”*, precisa el objeto de la misma consistiendo en la adopción de procedimientos, requisitos y trámites para la asignación de frecuencias radioeléctricas para la prestación del servicio de televisión radiodifundida. El párrafo de ese artículo, que es demandado por las sociedades, prescribe que *“hace parte del procedimiento de asignación la autorización para la operación de estaciones radioeléctricas de televisión.”*

7.3.- Toma nota la Sala de la delimitación *ratione materiae* de la regulación jurídica que pretende abordar la Autoridad Nacional de Televisión; lo primero en tanto que se contrae al ámbito de la asignación de frecuencias radioeléctricas, entendiendo por asignación la *“autorización que da una administración para que una estación radioeléctrica utilice una frecuencia o un canal radioeléctrico determinado en condiciones especificadas”*⁷⁷.

7.4.- Conviene precisar, en este punto, que el de asignación es un concepto estrechamente ligado a otros dos como son los de atribución y adjudicación. 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*

⁷⁶ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección C. Sentencia de 12 de noviembre de 2014, exp. 28505.

⁷⁷ 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].



*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*⁷⁸.

7.5.- 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*⁷⁹.

7.6.- La otra delimitación material del reglamento dice relación con el servicio que se regula, siendo este el de televisión radiodifundida, razón por la cual también es posible deducir de allí una circunscripción *ratione personae* concerniente a los concesionarios que prestan ese servicio de televisión radiodifundida.

7.7.- Para tales fines el Capítulo II *“requisitos generales”* establece en el artículo 2º los requisitos que deben cumplir los interesados en la asignación de las frecuencias radioeléctricas para el servicio de televisión, al tiempo que los artículos 3º, 4º, 5º y 6º se encargan de señalar lo relacionado sobre el cumplimiento de requisitos adicionales y estudios técnicos que se deben adjuntar a la solicitud de asignación.

7.8.- El artículo 7º sobre cumplimiento de disposiciones frente a otras entidades prescribe las siguientes reglas: i) el operador debe tener en cuenta que la construcción de estaciones de televisión y montaje de torres de telecomunicaciones está sujeta al cumplimiento de los reglamentos y normas de construcción expedidos por las autoridades nacional, departamental y municipal; haciéndose énfasis en que las estaciones de televisión deben observar los requerimientos ambientales, urbanísticos, sanitarios y las restricciones de seguridad en la navegación aérea definidas por la Unidad Administrativa Especial de la Aeronáutica Civil y ii) el artículo enseña que la autorización de operación de una nueva estación de televisión o modificación de una ya existente queda supeditada al cumplimiento de todas las reglamentaciones antes señaladas.

⁷⁸ 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].

⁷⁹ *Ibíd.*, p. 9



7.9.- Como se acaba de indicar en sentir de la Sala la disposición trae dos reglas emparentadas pero diferentes entre sí toda vez que una de ellas simplemente se contrae a reiterar el deber de quien opera una estación o torre de respetar el ordenamiento jurídico y el principio de legalidad y, por ende, cumplir con todos los requerimientos de orden ambiental, urbanístico, seguridad constructiva y de seguridad en la navegación aérea establecidas por las diversas autoridades competentes para ello. Por otro tanto, subyace otra regla que sobre la base de estos requerimientos ya dispuestos por el ordenamiento consagra una consecuencia jurídica propia y autónoma que consiste en supeditar la *“autorización de operación”* al cumplimiento de estas exigencias.

7.10.- El Capítulo III “Trámite de la solicitud” da paso al procedimiento administrativo que debe surtir la solicitud de asignación de frecuencia; así el artículo 8º dispone que, en primera medida, corresponde a la ANTV verificar si la solicitud cumple los requisitos establecidos en los artículos precedentes. De ser favorable esta valoración la ANTV remitirá a la Agencia Nacional del Espectro (artículo 9º) 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-”*.

7.11.- 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, siendo el Director de la ANTV quien expide el acto de asignación o no (artículo 10). En caso de emitir acto favorable a la asignación de frecuencia éste debe contener la frecuencia que se asigna, las características técnicas autorizadas de la estación de televisión, la tecnología autorizada, el área o zona de servicio, el plazo de la asignación y las obligaciones y régimen sancionatorio. En caso contrario, esto es, si se profiere acto donde no se acoja la solicitud de asignación la decisión deberá ser motivada. Contra una y otra decisión procede el recurso de reposición.

7.12.- De expedirse acto favorable el beneficiario tendrá doce (12) meses contados desde la ejecutoria del acto para iniciar operaciones, salvo cuando se trate de



concesionarios del servicio de televisión abierta privada pues en este caso el término para iniciar operaciones será el pactado en el contrato de concesión (artículo 11).

7.13.- Igualmente, en los casos donde la ANTV asigne una frecuencia esa Entidad deberá comunicarlo a la Agencia Nacional de Espectro y remitirle copia del acto a fines de actualizar el registro de frecuencias de que trata el artículo 27 de la Ley 182 de 1995, asunto que es de su competencia.

7.14.- 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.”*

7.15.- Dicho artículo dispone que la información allegada 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”*.

7.16.- 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”*.

7.17.- 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”*.



7.18.- Finalmente el párrafo del artículo en cita establece:

“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”.

7.19.- 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.

7.20.- De otra parte, los artículos 14 y 15 prescriben el deber del concesionario de presentar en los dos (2) años siguientes al inicio de operaciones los protocolos de rigor sobre límites de exposición de las personas a campos electromagnéticos producidos por las estaciones de televisión y las mediciones de niveles de servicio e interferencias. A su turno, el artículo 16 regula lo concerniente al evento en que el operador del servicio requiere la modificación de los parámetros técnicos de una estación de televisión, prescribiendo los requisitos que debe satisfacer a fines que la ANTV acceda a lo solicitado.

7.21.- Finalmente, el último capítulo de la Resolución aborda las “disposiciones finales”, espacio en el que refiere a la creación de un Comité evaluador en la ANTV para efectos de estudio, análisis y evaluación del cumplimiento a lo reglamentado; la aplicación temporal de esta Resolución la cual, incluso, debe ser observada para las solicitudes en trámite al momento de su expedición concediéndose un plazo de un (1) mes para que los peticionarios ajusten sus solicitudes de asignación a las nuevas exigencias establecidas; la exclusión de ciertos asuntos que no quedan cobijados por esta resolución como es el caso de la asignación de frecuencias para multiplex digitales que deban ser compartidos por dos (2) o más concesionarios del servicio de televisión radiodifundida y, finalmente, el acápite de vigencia y derogatorias, donde se prescribe que la Resolución rige desde la fecha de su publicación y deroga las disposiciones que le sean contrarias.



7.22.- De todo cuanto se ha expuesto tómese nota que la Resolución No. 759 de 5 de agosto de 2013 de la ANTV establece un auténtico procedimiento administrativo dotado de requisitos a los interesados y ritos procedimentales a ser observados por la ANTV y la ANE.

7.23.- Adviértase que así concebido el procedimiento el concesionario interesado requiere de dos pronunciamientos favorables de la ANTV para operar efectivamente la frecuencia, el primero que consiste, en puridad, en el acto de asignación de la frecuencia (artículo 11), esto es, aquel que crea la situación jurídica particular y concreta en virtud de la cual se reconoce a un concesionario como legítimo asignatario de una frecuencia radioeléctrica para su uso. En consecuencia, este primer momento consiste en un procedimiento tendiente a obtener la asignación de una frecuencia.

7.24.- El segundo momento corresponde al acto mediante el cual se autoriza el inicio de operaciones (artículos 7 y 13), aspecto en el cual la ANTV, junto a la ANE, verifica que el concesionario presente la información técnica complementaria acorde al Cuadro de Características Técnicas de la Red –CCTR- y cuando se constate el cumplimiento de los reglamentos y normas en materia urbanística, ambiental, sanitaria, constructiva y de seguridad aérea, estableciendo la Resolución que sólo se podrán radiodifundir señales desde la estación de televisión cuando la ANTV comunique la autorización del inicio de operaciones.

7.25.- Advierte la Sala la necesidad de una lectura armónica e integrada entre los artículos 7 y 13 de la Resolución pues pese a que es en este último donde se expresa con mayor claridad el deber de contar con autorización previa para el inicio de operaciones no se pierde de vista que al primer enunciado del artículo 7° puede atribuirse como sentido lógico que también la autorización para el inicio de operaciones puede depender del cumplimiento por parte del concesionario de otros requerimientos y/o disposiciones de otras Autoridades para la construcción o montaje de estaciones o torres.

7.26.- Repárese, entonces, que este segundo procedimiento dice relación no ya con la asignación, pues esta ya se obtuvo, sino con la puesta en marcha o inicio de operaciones de la frecuencia radioeléctrica en la estación de televisión. Estas dos actuaciones pueden ser esquematizadas en el siguiente cuadro:



Actuación	Objeto	Intervención ANTV	Intervención ANE	Decisión
Asignación de frecuencias	Obtener autorización para que una estación radioeléctrica utilice una frecuencia o canal radioeléctrico	<p>Verificar cumplimiento de requisitos y cumplimiento de obligaciones.</p> <p>Presentar a la JNT Informe de Evaluación de Solicitud y recomendación.</p> <p>Junta Nacional de Televisión adopta la decisión. Director de la ANTV expide el acto asignando o no.</p>	- Análisis de viabilidad de asignación. Evalúa el estudio técnico para verificar disponibilidad y proponer a la ANTV el CCTR.	Si resuelve favorablemente asignación se indicará la frecuencia que se asigna, características técnicas de la estación, tecnología autorizada, área o zona de servicio, plazo de asignación, obligaciones y sanciones. También se indica el CCTR.
Verificación previa al inicio de operaciones	Obtener autorización para el inicio de operaciones de la estación radioeléctrica previamente asignada a concesionario.	<p>- Recibe la información presentada por el concesionario y la remite a la ANE.</p> <p>- Puede acoger o no el concepto de viabilidad propuesto por la ANE.</p>	<p>Verifica que la información técnica complementaria presentada por concesionario esté acorde al CCTR.</p> <p>Emite concepto de viabilidad o no para inicio de operaciones.</p>	<p>Si resuelve favorablemente el concesionario podrá iniciar la radiodifusión de señales desde la estación de televisión.</p> <p>Si es desfavorable y en dos (2) meses concesionario no presenta el CCTR la ANTV podrá recuperar la frecuencia asignada.</p>

8.- Caso concreto.

8.1.- Pretenden los censores la nulidad de ciertos apartes de los artículos 1°, 7° y 13 de la resolución No. 759 de 5 de agosto de 2013 dictada por la Autoridad Nacional de Televisión *“Por la cual se adopta el procedimiento de asignación de frecuencias radioeléctricas para la presentación del servicio de televisión radiodifundida”*, por cuanto, a su juicio, por esta vía la ANTV violó los artículos 29 de la Ley 182 de 1995 y 13 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos.

8.2.- Apoyan la pretensa nulidad, en suma, en que los preceptos demandados al exigir a los operadores autorización previa de la ANTV para el inicio de radiodifusión de señales desde estaciones de televisión nuevas o modificadas, imponen permisos o autorizaciones adicionales para hacer uso de la concesión, estando ello proscrito por la Ley y, también, por cuanto ello implica una suerte de restricción o limitación indirecta a la libertad de expresión.

8.3.- El extremo pasivo de la pretensión propone, en defensa de la legalidad de las disposiciones acusadas, que la reglamentación allí incorporada busca corroborar que los parámetros de los equipos con los que se pretende prestar el servicio se ajusten al Cuadro de Características Técnicas con base en los cuales se dictó el acto de asignación de frecuencias. Sostuvo que con esa reglamentación se pretende



mantener incólume los bienes jurídicos que comprenden el espectro electromagnético y que, por el contrario, en caso de permitirse el inicio de operaciones sin la previa verificación puede generar interferencias para otros servicios de radiocomunicación, violación a los convenios de uso de frecuencias radioeléctricas para la operación del servicio de radiodifusión en el área de frontera o violación del derecho a la salud. Por otro tanto, expuso que no se está violando la Convención Americana sobre Derechos Humanos toda vez que la reglamentación resulta necesaria para la asignación de frecuencias. Finalmente, considera que en caso de accederse a lo pretendido se producirían efectos adversos sobre el interés público y, por otro tanto, consideró como ajustado al ordenamiento lo previsto en el artículo 7° de la Resolución en cuanto a que la construcción de las estaciones de televisión o montaje de torres de telecomunicaciones observen las normas, exigencias y licencias de construcción, ambientales, urbanísticas y de seguridad.

8.4.- Visto lo anterior, que en síntesis encierra la problemática jurídica que entraña el *sub judice*, la Sala debe tomar en consideración dos cuestiones concretas que permiten vislumbrar la resolución del asunto: la Ley estableció competencias concurrentes en materia de administración del espectro electromagnético a la Autoridad Nacional de Televisión y la Agencia Nacional del Espectro y la ANTV es la Entidad encargada de la asignación de frecuencias. En efecto, de una parte el numeral 1° del artículo 3° del Decreto-Ley 4169 de 2011 estableció como función de la ANE *“Planear y atribuir el espectro radioeléctrico con sujeción a las políticas y lineamientos que determine el Ministerio de Tecnologías de la Información y las Comunicaciones, para lo cual establecerá y mantendrá actualizado el Cuadro Nacional de Atribución de Bandas de Frecuencias (CNABF) (...)”*, al tiempo que el párrafo 1° del artículo 14 de la Ley 1507 de 2012 prescribe: *“En todo caso la asignación de frecuencias de la televisión estará a cargo de la ANTV”*, lo que se reitera en el inciso final del artículo 15 de la misma Ley, así: *“La ANTV será la encargada de asignar las frecuencias que previamente haya atribuido la Agencia Nacional del Espectro (ANE) para la operación del servicio de televisión.”*

8.5.- Se advierte, por otro tanto, que en el marco del servicio de televisión radiodifundida el ejercicio efectivo del derecho de libertad de expresión por parte de quien funge como concesionario de este servicio pasa, necesariamente, por tener acceso real a los soportes lógicos, técnicos y tecnológicos que permitan la



transmisión y difusión de las ondas radioeléctricas contentivas de sonido e imagen con destino a los televisores receptores. Ya arriba quedó expuesto el criterio convencional según el cual la libertad de expresión no se agota en una faceta teórica o hipotética sino que se comprende como ínsito en ella el derecho a emplear cualquier medio apropiado para lograr la difusión del pensamiento o la información en la mayor medida posible.

8.6.- También se sabe que aun cuando el Estado asume la titularidad pública del espectro electromagnético y tiene a su cargo la administración del mismo en aras de lograr su uso eficiente y racional, la protección de otros bienes jurídicos como aquellos relacionados con la salubridad y seguridad públicas y la coordinación y organización del servicio para evitar interferencias, entiende la Sala que esta atribución genérica regulatoria no se presenta como absoluta ni arbitraria toda vez que debe ser ejercida conforme a los mandatos que prescriba la Ley y, aún más importante, considerando de un modo armónico la garantía de la libertad de expresión que impone que ésta no se vea restringida o limitada por medios indirectos. Así las cosas, la regulación en esta materia también está sujeta a una prueba de proporcionalidad, como ya se señaló.

8.7.- Ahora bien, se dijo que la Resolución No. 759 de 5 de agosto de 2013 de la Autoridad Nacional de Televisión entraña dos procedimientos administrativos uno de ellos dirigido a la obtención de la asignación de frecuencias y el otro para el inicio de operaciones de una frecuencia ya previamente asignada mediante acto administrativo. La lectura que da esta judicatura al escrito de demanda y las razones allí expuestas permiten concluir que las sociedades accionantes se duelen del segundo procedimiento comentado, esto es, el de autorización previa para el inicio de operaciones, sin exponer en esta causa judicial reproche a la asignación de las frecuencias como tal. En este orden de ideas, la Sala estudiará de manera conjunta el cargo de nulidad propuesto contra los tres artículos demandados al entender que, en suma, el ataque de los accionantes se apoya en una misma razón.

8.8.- Como el asunto se contrae a averiguar si le asiste competencia a la Autoridad Nacional de Televisión para crear un procedimiento administrativo posterior a la asignación de frecuencias, la Sala tiene en cuenta que la creación de procedimientos administrativos es una competencia de estricto raigambre constitucional razón por la cual sólo el legislador es quien resulta empoderado, por decisión del constituyente, para



crear o modificar los procedimientos que se surten en sede administrativa. Así lo ha sostenido esta Subsección a considerar:

“(…) en cuanto a la creación o modificación de los procedimientos administrativos (…) cabe destacar que el diseño constitucional colombiano erige al legislador, por regla general, como autoridad normativa competente para el efecto, como se desprende, por una parte, del artículo 150.2 superior “Corresponde al Congreso hacer las leyes. Por medio de ellas ejercer las siguientes funciones: (...) 2. Expedir código en todos los ramos de la legislación y reformar sus disposiciones” y por otro tanto de la jurisprudencia constitucional que ha reconocido que “los procedimientos administrativos especiales constituyen materia esencial y básica de la primera parte del C.C.A que regula los procedimientos administrativos”⁸⁰ y todo nuevo procedimiento especial “necesariamente debe hacerse por el legislador y no a través de facultades extraordinarias”⁸¹, esto no hace más que confirmar la tesis expuesta según la cual la regulación normativa sobre procedimientos administrativos especiales constituye privilegio y reserva del legislador.”⁸²

8.9.- Pero esta reserva de Ley no solo tiene importancia en cuanto hace a la materia procedimental sino también a ciertas garantías reforzadas que el constituyente y el legislador han prescrito perentoriamente en cuanto al ejercicio de ciertos derechos y para el goce de las prerrogativas que se adquieren con ocasión de la titularidad de una concesión para el servicio de televisión. En este punto resulta evidente que los artículos 84 constitucional y 29 de la Ley 182 de 1995 comprenden un mandato imperativo dirigido a las Autoridades administrativas en virtud del cual proscriben exigir permisos o autorizaciones adicionales a las que prescribe la Ley.

8.10.- Esto último deviene en relevante para la comprensión del *sub judice* toda vez que el legislador expresamente otorgó competencia a la Autoridad Nacional de Televisión para asignar las frecuencias a los concesionarios del servicio de televisión, según las voces de los artículos 14 y 15 de la Ley 1507 de 2012, sin embargo, nada señaló esa Ley ni otra diferente sobre la pretendida competencia de esa Autoridad para, por sí y ante sí, imponer al beneficiario de la asignación de frecuencias una carga de obtener una autorización posterior para el inicio de operaciones de radiodifusión, esto es, una situación *ex post* al trámite administrativo durante el cual se priva al beneficiario de explotar la frecuencia asignada hasta tanto la Autoridad comunique el permiso para iniciar operaciones. En consecuencia, entiende la Sala que una adecuada armonización de los preceptos citados de la Ley 1507 de 2012 y los artículos 84 constitucional y 29 de la Ley 182 de 1995 llevan a concluir que la

⁸⁰ Corte Constitucional. Sentencia C-252 de 1994. En el mismo sentido véase C-510 de 2004.

⁸¹ *Ibíd.*

⁸² Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección C. Sentencia de 19 de septiembre de 2016, Exp. 47693.



competencia de la ANTV en punto a la asignación de frecuencias es de carácter restrictivo limitado a lo necesario para cumplir tal finalidad manteniéndose inalterada la regla general de no exigir permisos o autorizaciones previas para el ejercicio de la concesión obtenida.

8.11.- Si se valoran estas cuestiones a la luz de los mandatos que se desprenden del artículo 13⁸³ de la Convención Americana sobre Derechos Humanos también hay lugar a predicar una suerte de restricción indebida al ejercicio de la libertad de expresión allí reconocida toda vez que una lectura armónica con el artículo 30⁸⁴ de la misma Convención permiten concluir que las restricciones al goce y ejercicio de la libertad de expresión deben corresponder a las dispuestas en la Ley, entendida esta última en los términos de la Opinión Consultiva OC-6/86 de 9 de mayo de 1986⁸⁵, razón por la cual aquellas que no encuentren correspondencia o apoyo legislativo constituyen restricciones indebidas a este derecho humano.

8.12.- Y se dice que se trata de una restricción indebida toda vez que la pretendida autorización previa para el inicio de operaciones se pregona en perjuicio de quien ya cuenta con un doble aval estatal, primero como concesionario del servicio de televisión radiodifundida y segundo como beneficiario de un acto administrativo de asignación de frecuencias; esto es, se trata de un sujeto activo protegido por el ordenamiento jurídico.

⁸³ Artículo 13. Libertad de Pensamiento y de Expresión

1. Toda persona tiene derecho a la libertad de pensamiento y de expresión. Este derecho comprende la libertad de buscar, recibir y difundir informaciones e ideas de toda índole, sin consideración de fronteras, ya sea oralmente, por escrito o en forma impresa o artística, o por cualquier otro procedimiento de su elección.

2. El ejercicio del derecho previsto en el inciso precedente no puede estar sujeto a previa censura sino a responsabilidades ulteriores, las que deben estar expresamente fijadas por la ley y ser necesarias para asegurar:

a) el respeto a los derechos o a la reputación de los demás, o
b) la protección de la seguridad nacional, el orden público o la salud o la moral públicas.

3. No se puede restringir el derecho de expresión por vías o medios indirectos, tales como el abuso de controles oficiales o particulares de papel para periódicos, de frecuencias radioeléctricas, o de enseres y aparatos usados en la difusión de información o por cualesquiera otros medios encaminados a impedir la comunicación y la circulación de ideas y opiniones.

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

5. Estará prohibida por la ley toda propaganda en favor de la guerra y toda apología del odio nacional, racial o religioso que constituyan incitaciones a la violencia o cualquier otra acción ilegal similar contra cualquier persona o grupo de personas, por ningún motivo, inclusive los de raza, color, religión, idioma u origen nacional.

⁸⁴ Artículo 30. Alcance de las Restricciones

Las restricciones permitidas, de acuerdo con esta Convención, al goce y ejercicio de los derechos y libertades reconocidas en la misma, no pueden ser aplicadas sino conforme a leyes que se dictaren por razones de interés general y con el propósito para el cual han sido establecidas.

⁸⁵ El punto resolutorio de la Opinión Consultiva OC 6-86 es del siguiente tenor: “La Corte es de Opinión, por unanimidad que la palabra leyes en el artículo 30 de la Convención significa norma jurídica de carácter general, ceñida al bien común, emanada de los órganos legislativos constitucionalmente previstos y democráticamente elegidos, y elaborada según el procedimiento establecido por las constituciones de los Estados Partes para la formación de las leyes”.



8.13.- Empero, el análisis del asunto a la luz de la norma convencional no solo se contrae a valorar la ausencia de “ley” que comporte las restricciones establecidas en la Resolución demandada. Si bien el requisito de una legislación para establecer las restricciones a este derecho lo prescribe la Convención ésta no es la única exigencia toda vez que de la lectura del artículo 13 de la CADH se desprende otra garantía sustancial que guarda relación estrecha y directa con el asunto que es tratado acá y que consiste en la prohibición que la Convención carga a los Estados de imponer, como restricción indirecta, los abusos a los controles oficiales de las frecuencias radioeléctricas, punto en el cual hay lugar a pregonar un escrutinio de proporcionalidad de las medidas restrictivas en orden a verificar su idoneidad, necesidad y proporcionalidad en estricto sentido⁸⁶.

8.14.- Siendo ello así, debe la Sala verificar si la medida consistente en la autorización previa para el inicio de operaciones de una frecuencia ya asignada deviene en proporcional y razonable a la luz del ordenamiento jurídico para lo cual se tiene que **i)** la medida deviene en idónea en tanto se advierte que con ella la ANTV pretende salvaguardar ciertos bienes jurídicos relacionados con la salubridad, seguridad aérea y el cumplimiento de los demás requerimientos técnicos dispuestos en el CCTR aprobado para una determinada frecuencia, lo que guarda relación con las competencias constitucionales en materia de administración del espectro; sin embargo **ii)** en cuanto hace a la valoración de la necesidad de la medida, entendida esta como el examen de *“las alternativas existentes para alcanzar el fin legítimo perseguido y precisar la mayor o menor lesividad de aquéllas”*⁸⁷, se advierte que la medida seleccionada por la Autoridad para el cumplimiento de los fines señalados

⁸⁶ “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,⁸⁶ ulterior⁸⁶ y especial⁸⁶, 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 público, la salud y la moral pública,⁸⁶ todo ello siempre y cuando se compruebe que éste tipo de limitantes se justifica de acuerdo con un criterio de proporcionalidad estricta⁸⁶ 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”*⁸⁶ 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.⁸⁶ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección C. Sentencia de 12 de noviembre de 2014, exp. 28505.

⁸⁷ Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso Kimel Vs. Argentina. Sentencia de 2 de mayo de 2008, párr. 74.



impide que hasta tanto se expida la autorización de inicio de operaciones el concesionario no podrá operar la frecuencia que le fue asignada, sin embargo, la Sala encuentra que este tratamiento dado por la ANTV no se compadece con el criterio de necesidad toda vez que se cuentan con instrumentos menos lesivos para tal fin como es el caso de la verificación de estos requerimientos técnicos *ex post* a cuando se inició la operación de la frecuencia; además, ello encuentra sustento en la proscripción de permisos o autorizaciones previas de que tratan los artículos 84 de la Constitución y 29 de la Ley 182 de 1995; de manera que la verificación del cumplimiento de los requerimientos técnicos puede tener lugar con posterioridad al inicio de operaciones sin que ello implique desprotección a los bienes jurídicos antes señalados pues de encontrarse incumplimiento en las exigencias pertinentes podrá hacer uso la ANTV de las competencias legales y contractuales pertinentes en orden a obtener del concesionario el cumplimiento de sus obligaciones. Con otras palabras, se cuentan con alternativas menos lesivas con el derecho que se interviene o limita y permiten alcanzar el fin legítimo perseguido.

8.15.- A cuanto se ha dicho la Sala también agrega el razonamiento que fue expuesto en su día en el Auto de 13 de mayo de 2015 que resolvió la petición de medida cautelar de suspensión provisional de los efectos del parágrafo del artículo 13 de la Resolución No, 759 de 2013, oportunidad en la que se sostuvo:

“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 constitucional 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 parágrafo del artículo 13 de la Resolución No. 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 exclusiva⁸⁸ 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,

⁸⁸ Cfr. Artículos 13 de la Convención Americana de Derechos Humanos y artículo 19 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.



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 1º 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 creo 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.”⁸⁹

8.16.- Pues bien cuanto se ha expuesto permite llegar a las siguientes conclusiones en cuanto a la legalidad de los apartes demandados:

i) En cuanto al párrafo del artículo 1º, aparte que es reprochado por los accionantes, cuyo texto es como sigue: “Párrafo. *Hace parte del procedimiento de asignación la autorización para la operación de estaciones radioeléctricas de televisión.*”, la Sala advierte una extralimitación de competencias por cuanto, como

⁸⁹ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección C. Auto de 13 de mayo de 2015, Exp. 53057. Este auto fue impugnado mediante recurso de súplica el cual fue desatado por la Sala dual en proveído de 3 de diciembre de 2015 donde se confirmó el decreto de la medida cautelar. Entre otros argumentos se expuso allí: “(...) se tiene que la autoridad administrativa no podía sobrepasar la estipulación legal en cuanto a la disposición de no exigibilidad de permisos o autorizaciones previas una vez asignada a frecuencia radioeléctrica de televisión, puesto que en esa instancia del proceso se debió verificar tanto por parte de la ANTV como de la ANE, el cumplimiento de los procedimientos y requisitos necesarios para la operación, que de no llegarse a cumplir, darían lugar a la recuperación de la frecuencia asignada, tal como lo establece el mismo artículo 13 de la Resolución No. 759 de 2013.”



quedó expuesto, la asignación de frecuencias dista de la autorización de inicio de operaciones; mientras lo primero si está previsto en la Ley e implica el permiso o autorización que emite la ANTV para que una estación utilice una frecuencia o canal radioeléctrico previamente atribuido y asignado por la ANE, lo segundo no encuentra respaldo legislativo e implica una labor de verificación o constatación de cumplimiento de los requerimientos técnicos y del CCTR y, además, el trámite de asignación se agota con la expedición del acto administrativo que así lo dispone siendo una situación aparte lo concerniente a la operatividad y cumplimiento de los requerimientos técnicos.

ii) en relación al aparte del artículo 7° que reza: ***“Artículo 7. Cumplimiento de disposiciones frente a otras entidades. Para la autorización de operación de una nueva estación de televisión o para la modificación de una existente (...)”*** la Sala considera que esta preceptiva pugna con el ordenamiento jurídico en razón a que otorga a la ANTV la competencia para autorizar el inicio de operaciones de una frecuencia previa verificación del cumplimiento de las disposiciones ambientales, urbanísticas, sanitarias, de construcción y de seguridad en la navegación aérea en la construcción o montaje de estaciones de televisión o torres de telecomunicaciones. En este punto la Sala debe advertir que el sentido que reprocha del enunciado en cita corresponde a la competencia que se atribuye la ANTV para autorizar el inicio de operaciones y no en cuanto al deber de los concesionarios de observar las normas nacionales o territoriales de rigor para la construcción o montaje de estaciones o torres pues éstas resultan obligatorias conforme a los propios términos y condiciones dispuestas por el ordenamiento jurídico para cada una de estas actividades.

iii) Respecto de los siguientes apartes del artículo 13 ***“la ANTV autorizará el inicio de operaciones”, “la ANTV autorizará el inicio de operaciones”, “de la estación autorizada”*** y el párrafo del artículo que reza: ***“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”***, la Sala tiene claro que son estos preceptos los que entrañan de manera evidente la contradicción con el ordenamiento jurídico superior toda vez que ellos, junto al artículo 7°, establecen todo un procedimiento de verificación previa al inicio de operaciones, procedimiento éste que como se dijo pugna con la libertad de empresa (en tanto concesionario) y de expresión en cuanto



priva al concesionario y asignatario de la frecuencia de hacer uso del espectro para la emisión de las ondas de video y sonido de su canal de televisión hasta que se autorice su uso. Como se advirtió *supra* una exigencia tal ni está contemplada en la Ley y, peor aún, no consulta los criterios de proporcionalidad que deben ser observados para limitar la libertad de expresión.

8.17.- En consecuencia, lo expuesto hasta el momento ilustra la abierta contradicción entre los apartes demandados y las normas superiores donde la Sala detiene su análisis especialmente en cuanto hace a los derechos constitucional y convencionalmente reconocidos de libertad de expresión y la libre iniciativa privada pues por vía administrativa pretende la ANTV imponer restricciones o limitaciones al goce de estos derechos que no cuentan con respaldo en la legislación significando ello un quiebre medular para los cimientos estructurales del Estado Social y Democrático de Derecho, pues el caso no se contrae a un problema formal de competencias sino que refleja y pone de presenta la violación sustancial a las normas de derechos humanos y fundamentales que, como se expuso arriba, constituyen eje axiológico medular del ordenamiento jurídico convencional, constitucional y legal.

8.18.- Si se aproxima el análisis del asunto desde la perspectiva de los medios de comunicación en tanto empresas protegidas convencional y constitucionalmente, se advierte que cualquier restricción indebida a su actividad lucrativa implica una afectación para el desarrollo de su objeto social: el despliegue de actividades de información, opinión, diversión por medio de canales de televisión que se sirven del espectro electromagnético. Y por otro tanto, la restricción a la libertad de expresión tiene lugar en tanto impedimento o limitación indirecta para desplegar o emitir las señales de televisión, incurriendo así en un reconocimiento nominal, formal o superficial de este derecho, toda vez que se reconoce al concesionario como titular de prerrogativas frente al a televisión abierta radiodifundida, se le adjudican frecuencias pero no se permite el inicio de operaciones efectivo so pretexto de constatación de cumplimiento de condiciones técnicas, lo que constituye una restricción desproporcionada a esta libertad por parte de la ANTV. Sin que sean de recibo los argumentos y alegaciones expuestas por la parte demandada en torno a la legalidad de las normas enjuiciadas y su proporcionalidad al ir encaminadas a proteger ciertos



bienes jurídicos como el Espectro Electromagnético, salubridad pública, seguridad aérea, entre otros⁹⁰.

8.19.- En suma, previa revisión ponderada e integral del acervo probatorio que obra en el expediente⁹¹, como la infracción a las normas en que debería fundarse el acto administrativo se estructura una vez se demuestra que las disposiciones normativas superiores que gobiernan las condiciones de legalidad fueron desconocidas o vulneradas por la autoridad y como en esta causa se evidenció que los apartes reseñados de los artículos 1°, 7° y 13 de la Resolución No. 759 de 5 de agosto de 2013 de la ANTV contravienen el contenido normativo de los artículos 84 constitucional, 29 de la Ley 182 de 1995 y 13 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, al imponer autorizaciones o permisos previos para el inicio de operaciones de una frecuencia asignada y violar la libertad de expresión de los concesionarios del servicio de televisión abierta radiodifundida, se abre paso la nulidad de los apartes demandados y así se declarará en la parte resolutive de este fallo.

9.- Síntesis de esta decisión.

9.1.- Correspondió a la Sala determinar si los apartes de los artículos demandados violaban los artículos 29 de la Ley 182 de 1995 y 13 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos.

⁹⁰ “Así las cosas es necesario tener presente que la concesión para la prestación del servicio de televisión (...) no está siendo objeto de violaciones frente al artículo 29 de la Ley 182 de 1995, toda vez que se les permite a los concesionarios la explotación de la misma, teniendo en cuenta que el ERE (Espectro Electromagnético) es un recurso escaso sujeto a la gestión del Estado, para que así se garantice su acceso idóneo y paridad de condiciones con todos aquellos servicios que hacen uso de este. Es frente a este último que hace referencia la Resolución sujeta a Litis, que busca cumplir lo dispuesto en la Ley marco de las tecnologías de la información y las comunicaciones, es decir lo reglado en el artículo 11 de la Ley 1341 de 30 de julio de 2009, mediante el cual se autoriza el uso del espectro radioeléctrico previo trámite y permiso expreso. Las normas invocadas violatorias de la Convención Americana de Derechos Humanos (sic), hacen parte de una interpretación restrictiva de la norma en controversia, en ningún momento transgrede las normas que hacen parte del bloque de constitucionalidad de derechos humanos (...)” Escrito de alegaciones de la parte demandada.

⁹¹ FI 299, c1. Obra Cd. Contentivo del RAC 4 “NORMAS DE AERONAVEGABILIDAD Y OPERACIÓN DE AERONAVES”, obtenido en el curso de la inspección judicial decretada en la audiencia inicial. La parte demandante aportó CD contentivo del RAC 14 “AERÓDROMOS, AEROPUERTOS Y HELIPUERTOS”. Cuaderno anexo de la parte demandada donde aportó los antecedentes administrativos de la Resolución No. 759 de 5 de agosto de 2013 de la ANTV, copia de las Resoluciones No. 2312 de 29 de septiembre de 2014, No. 2311 de 29 de septiembre de 2014, No. 0131 de 27 de febrero de 2015; No. 0130 de 27 de febrero de 2015; No. 0128 de 27 de febrero de 2015; No. 0129 de 27 de febrero de 2015; No. 0127 de 27 de febrero de 2015; No. 2457 de 11 de noviembre de 2014; No. 2458 de 11 de noviembre de 2014; No. 1707 de 22 de mayo de 2014 todas estas dictadas por la ANTV. También Acuerdo No. 003 de junio de 2009; Convenio Marco Interadministrativo No. 056 de 2013 entre la ANTV y la ANE; Acuerdo 002 de 2011 de la CNTV; Resolución No. 0129 de 2010 MINTIC; piezas procesales expediente 2010-577 Acción Popular de Usuarios de Televisión de Guaduas Vs. CNTV.



9.2.- Se desarrollaron teóricamente los puntos relacionados con el medio de control de nulidad, el control de convencionalidad, el contenido y alcance del derecho a la libertad de expresión, el espectro electromagnético y la intervención del Estado en la economía y particularmente en lo concerniente a los medios de comunicación en tanto empresas.

9.3.- Se determinó el alcance de la totalidad del articulado de la Resolución demandada de donde concluyó la Sala la existencia de dos procedimientos: uno de asignación de frecuencias y otro de verificación previa al inicio de operaciones debiendo el concesionario interesado obtener pronunciamiento favorable en estas dos actuaciones para poder iniciar la operación de la frecuencia asignada.

9.4.- En el caso concreto se determinó que la ANTV contaba con competencias concurrentes junto a la ANE en cuanto a la administración del espectro electromagnético y también era la Entidad competente para la asignación de frecuencias previamente atribuidas y adjudicadas por la ANE.

9.5.- Luego de determinar que el objeto de la demanda se dirige, en esencia, a cuestionar la autorización previa para el inicio de operaciones la Sala indagó si le asistía competencia al a ANTV para crear un procedimiento administrativo posterior a la asignación de frecuencias, punto en el cual memoró su criterio jurisprudencial en cuanto a la reserva de ley en la creación o modificación de los procedimientos administrativos y la proscripción constitucional y legal de establecer requisitos y/o autorizaciones que no encuentran respaldo en la ley para ejercer, puntualmente, las prerrogativas que otorga la concesión de televisión.

9.6.- Dicho lo anterior se constató que la ANTV, de acuerdo a la Ley 1507 de 2012, es competente para la asignación de frecuencias pero esa Ley no regulara alguna cuestión sobre autorizaciones posteriores a la asignación para el inicio de operaciones de radiodifusión, cuestión que debe ser armonizada a la luz de los artículos 84 constitucional y 29 de la Ley 182 de 1995.

9.7.- Por otra parte, se constató que la Convención Americana sobre Derechos Humanos, en sus artículos 13 y 30, impone que las restricciones a los derechos allí reconocidos deben tener respaldo en la legislación, cuestión que no se refleja en este



caso toda vez que la pretendida autorización previa para el inicio de operaciones no está expresamente prescrita en la Ley.

9.8.- Además, la Sala señaló que de la Convención se desprende la prohibición de restricciones indirectas como es el caso de los abusos de los controles oficiales de las frecuencias radioeléctricas, punto en el que hay lugar a llevar a cabo una prueba de proporcionalidad de las medidas enjuiciadas, determinándose en el *sub judice* que la autorización previa dispuesta en la Resolución no supera el escrutinio de necesidad constituyendo así una restricción indebida a la libertad de expresión.

9.9.- Corolario de lo expuesto y reiterando lo argumentado en el auto que decretó la suspensión provisional de efectos de uno de los apartes demandados, la Sala declara la nulidad de los preceptos demandados por las razones expuestas precedentemente.

En mérito de lo expuesto, la Subsección C de la Sección Tercera de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

RESUELVE

PRIMERO: DECLARAR la nulidad del párrafo del artículo 1º, el aparte *“Para la autorización de operación de una estación de televisión o para la modificación de una existente”*, contenido en el artículo 7º y de los apartes *“la ANTV autorizará el inicio de operaciones”*, *“la ANTV autorizará el inicio de operaciones”*, *“de la estación autorizada”* y el párrafo del artículo que reza: *“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”* contenidos en el artículo 13 todos ellos de la Resolución No. 759 de 5 de agosto de 2013, por las razones expuestas en esta providencia.

SEGUNDO: COMUNICAR esta decisión a la comunidad en general por la página web de esta Corporación y por los demás medios electrónicos que se dispongan.

TERCERO: ARCHIVAR el proceso de la referencia, una vez en firme esta providencia.



Radicado: 11001-03-26-000-2015-00022-00 (53057)
Caracol Televisión S.A y RCN Televisión S.A c. Autoridad Nacional de Televisión – ANTV
Medio de control: Nulidad

CÓPIESE, NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE,

JAIME ORLANDO SANTOFIMIO GAMBOA
Presidente de Sala de Subsección C

GUILLERMO SÁNCHEZ LUQUE
Magistrado Aclaración Voto