

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

Consejero Ponente: JAIME ORLANDO SANTOFIMIO GAMBOA

Bogotá D.C., trece (13) de mayo de dos mil quince (2015)

Radicación: 11001-03-26-000-2015-00022-00 (53057)

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

Demandado: AUTORIDAD NACIONAL DE TELEVISIÓN – ANTV

Medio de control: NULIDAD SIMPLE

Procede el Despacho a pronunciarse sobre la solicitud de medidas cautelares deprecada por el accionante en escrito separado respecto de una de las normas demandadas.

ANTECEDENTES

1.- En escrito del 19 de diciembre de 2014 Caracol Televisión S.A y RCN Televisión S.A solicitaron se declarara la nulidad de los artículos 1º, 7º y 13 de la Resolución No. 759 de 5 de agosto de 2013 dictada por la ANTV *“Por la cual se adopta el procedimiento de asignación de frecuencias radioeléctricas para la prestación del servicio de televisión radiodifundida”*.

En escrito separado de la misma fecha solicitaron se decretara la suspensión de efectos del parágrafo del artículo 13 de la normativa en cita.

2.- Mediante auto de 9 de marzo de 2015 (fls 151-154, c1) el Despacho admitió la demanda ordenando su notificación personal a la demandada y al Ministerio Público y concediendo el término establecido por la Ley para su contestación.

3.- Mediante proveído de la misma fecha se corrió traslado a la parte demandada por el término de cinco (5) días de la solicitud de medida cautelar elevada por la parte accionante. Dicho término transcurrió entre el 27 de abril y el 4 de mayo de 2015 (fl 29, cdno cautelares).



Dentro de la oportunidad la Autoridad Nacional de Televisión ANTV manifestó su oposición a la cautela deprecada (fl 7-28, cdno cautelares).

4.- Mediante auto de 5 de mayo de 2015 (fl 30, cdno cautelares), se fijó el 13 de mayo las 11.00 a.m como fecha y hora para celebrar la audiencia preliminar en donde se escucharán las alegaciones de las partes sobre la medida cautelar peticionada.

En el curso de dicha actuación los intervinientes expusieron oralmente sus consideraciones sobre la medida cautelar.

CONSIDERACIONES

1.- Competencia

1.1.- Es competente esta Corporación para conocer del presente asunto comoquiera que se enmarca dentro del supuesto normativo del artículo 149 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, en su numeral primero, al prescribir que el Consejo de Estado conocerá “por intermedio de sus Secciones, Subsecciones o Salas especiales (...) 1. De los de nulidad de los actos administrativos expedidos por autoridades del orden nacional o por personas de derecho privado cuando cumplan funciones administrativas del mismo orden”.

De esta manera, al verificarse que la acción contenciosa adelantada corresponde a una petición de nulidad de una Resolución dictada por una entidad del orden nacional, como lo es la Autoridad Nacional de Televisión ANTV, se concluye que la competencia para tramitar y decidir el *sub lite* corresponde a esta Corporación.

1.3.- Igualmente, es competente este Despacho para proferir la decisión sobre la medida cautelar solicitada en atención a que el *sub lite* es un juicio contencioso adelantado en única instancia ante el Consejo de Estado, razón por la cual se hace aplicable la



excepción establecida en el artículo 125 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, en los siguientes términos:

“Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo. Artículo 125. Será competencia del juez o magistrado ponente dictar los autos interlocutorios y de trámite, sin embargo, en el caso de los jueces colegiados, las decisiones a que se refieren los numerales 1, 2, 3 y 4 del artículo 243 de este Código serán de la Sala, excepto en los procesos de única instancia. (...)”.

2.- La audiencia preliminar convocada.

2.1.- Mediante los autos de 9 de marzo de 2015 este Despacho admitió la demanda y ordenó correr traslado a las demandadas de la solicitud de medida cautelar. En estas mismas providencias (especialmente en el auto admisorio) se hizo referencia a la convocatoria a las partes a una audiencia preliminar en la cual el Magistrado Ponente, con asistencia de las partes del proceso, escuchó los argumentos jurídicos de cada uno de ellos.

2.2.- Sobre esto, el Despacho encuentra suficientemente justificado y acorde al ordenamiento jurídico la convocatoria a esta audiencia preliminar. El acto de escuchar a las partes en audiencia se ajusta el principio de tutela judicial efectiva¹, ya que constituye

¹ Corte Constitucional, sentencia C-318 de 30 de junio de 1998: “[...] El derecho a una tutela judicial efectiva, apareja, entre otras cosas, la posibilidad de acceder en condiciones de igualdad y sin obstáculos o barreras desproporcionadas, a un juez o tribunal independiente e imparcial, frente al cual se pueda acometer, libremente, la plena defensa los derechos o intereses propios a fin de obtener, dentro de un plazo razonable, la debida protección del Estado. Es un derecho de naturaleza prestacional, pues exige la puesta en obra del aparato estatal con miras a su realización. En este sentido, debe afirmarse que se trata de un derecho de configuración legal y, en consecuencia, depende, para su plena realización, de que el legislador defina los cauces que permitan su ejercicio”. Corte Constitucional, sentencia C-426 de 2002: “[...] [e]l artículo 229 de la Constitución Política consagra expresamente el derecho de acceso a la administración de justicia, también llamado derecho a la tutela judicial efectiva, el cual se traduce en la posibilidad reconocida a todas las personas residentes en Colombia de poder acudir en condiciones de igualdad ante los jueces y tribunales de justicia, para propugnar por la integridad del orden jurídico y por la debida protección o el restablecimiento de sus derechos e intereses legítimos, con estricta sujeción a los procedimientos previamente establecidos y con plena observancia de las garantías sustanciales y procedimentales previstas en las leyes. Por su intermedio, se le otorga a los individuos una garantía real y efectiva, previa al proceso, que busca asegurar la realización material de éste, previniendo en todo caso que pueda existir algún grado de **indefensión** frente a la inminente necesidad de resolver las diferencias o controversias que surjan entre los particulares -como consecuencia de sus relaciones interpersonales-, o entre éstos y la propia organización estatal” [puede verse también, sentencia C-207 de 2003]. Corte Constitucional, sentencia T-247 de 10 de abril de 2007: “[...] El derecho a la tutela judicial efectiva comprende no solo la posibilidad que se reconoce a las personas, naturales o jurídicas, de demandar justicia ante las autoridades judiciales del Estado, sino, también, la obligación correlativa de éstas, de promover e impulsar las condiciones para que el acceso de los particulares a dicho servicio



una oportunidad para que el Juez comprenda las posiciones jurídicas de cada una de las partes; la intermediación garantiza el ejercicio imparcial² de la administración de justicia y el principio de igualdad sustancial y procesal de las partes, dado que los involucrados en el litigio tendrán oportunidad de exponer oralmente, pero de manera directa ante el Juez, las razones de derecho y fácticas que sirven de sustento a sus posiciones jurídicas frente a la medida cautelar, y les impone el ejercicio de las cargas de la argumentación a cada uno de ellos; y, por último, la convocatoria a esta audiencia preliminar deviene en útil, también, por el hecho que a través de esta se permite a todos los intervinientes en el proceso contencioso dilucidar cuestiones técnicas o jurídicas especializadas. Se trata, pues, de cumplir con los mandatos constitucionales consagrados en los artículos 1, 2, 29 y 229, así como aquellos convencionales establecidos en los artículos 8.1³ y 25⁴ de la

público sea real y efectivo. Así, ha dicho la Corte que “[n]o existe duda que cuando el artículo 229 Superior ordena ‘garantiza[r] el derecho de toda persona para acceder a la administración de justicia’, está adoptando, como imperativo constitucional del citado derecho su efectividad, el cual comporta el compromiso estatal de lograr, en forma real y no meramente nominal, que a través de las actuaciones judiciales se restablezca el orden jurídico y se protejan las garantías personales que se estiman violadas.” De este modo, el derecho de Acceso a la Administración de Justicia permite alentar a las personas la expectativa de que el proceso culmine con una decisión que resuelva de fondo las pretensiones. Para ello es necesario que el juez adopte las medidas de saneamiento que sean necesarias para subsanar los vicios que puedan impedir una decisión de fondo”.

² Corte Constitucional, sentencia C-361 de 2001: “[...]”Dentro de los principios que rigen la actividad jurisdiccional, los de independencia e imparcialidad de los jueces son determinantes para el logro de los objetivos de realización del orden justo que es fundamento del Estado. Sobre la imparcialidad, ha señalado que ésta “se predica del derecho de igualdad de todas las personas ante la ley (Art. 13 C.P.), garantía de la cual deben gozar todos los ciudadanos frente a quien administra justicia. Se trata de un asunto no sólo de índole moral y ética, en el que la honestidad y la honorabilidad del juez son presupuestos necesarios para que la sociedad confíe en los encargados de definir la responsabilidad de las personas y la vigencia de sus derechos, sino también de responsabilidad judicial.” Los principios de independencia e imparcialidad judicial, garantizan a los ciudadanos que el juez tendrá un juicio libre, no sometido a presiones de ninguna índole, con lo cual se asegura la primacía del orden social justo. Por ello, quien juzga no puede estar afectado por ningún tipo de interés personal, ni sujeto a presiones de ninguna clase. Tal es el fundamento de la institución de los impedimentos y recusaciones dentro de los procesos judiciales”. Corte Constitucional, auto 091 de 2003: “[...]” La garantía de imparcialidad, que constituye un elemento definitorio de la actividad judicial, impone que la autoridad competente para resolver un asunto se encuentre ajena a toda circunstancia que pueda llegar a viciar su decisión, que desmejore el grado de objetividad que su función le exige, o que revele la verosimilitud de involucrar elementos subjetivos, extraños al recto cumplimiento de sus obligaciones institucionales”. Corte Interamericana de Derechos Humanos, sentencia de 22 de noviembre de 2005, caso Palamara Iribarne vs. Chile: “[...]”146. La imparcialidad del tribunal implica que sus integrantes no tengan un interés directo, una posición tomada, una preferencia por alguna de las partes y que no se encuentren involucrados en la controversia”. Informe No. 17/94, Guillermo Maqueda, Argentina, OEA/Ser. L/V/II.85, Doc. 29, 9 de febrero de 1994, párr. 28: “[...]” supone que el Tribunal o juez no tiene opiniones preconcebidas sobre el caso sub iudice”

³ Artículo 8.1. “Toda persona tiene derecho a ser oída, con las debidas garantías y dentro de un plazo razonable, por un juez o tribunal competente, independiente e imparcial, establecido con anterioridad por la ley, en la sustanciación de cualquier acusación penal formulada contra ella, o para la determinación de sus derechos y obligaciones de orden civil, laboral, fiscal o de cualquier otro carácter.”

⁴ “Toda persona tiene derecho a un recurso sencillo y rápido o a cualquier otro recurso efectivo ante los jueces o tribunales competentes, que la ampare contra actos que violen sus derechos fundamentales reconocidos por la Constitución, la ley o la presente Convención, aun cuando tal violación sea cometida por personas que actúen en ejercicio de sus funciones oficiales”



Convención Americana de Derechos Humanos y en el artículo 14⁵ del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.

2.3.- Resta entonces, recordar lo dicho por la Corte Constitucional en la sentencia C-713 de 2008, cuando afirmó que: “que la oralidad en la administración de justicia se concibe como una norma que tiene la estructura de principio.”, mientras que la sentencia C-124 de 2011 precisó que la *“audiencia oral está precedida de garantías que, si bien tienen raigambre procesal, son parte integrante de los derechos al debido proceso y al acceso a la administración de justicia. Estas garantías refieren a la inmediación, la concentración y la publicidad.”*. Así, las mencionadas finalidades que se persiguen con la realización de la audiencia preliminar convocada por el Despacho⁶ cumplen con las garantías constitucionales y convencionales señaladas.

2.4.- Dicho lo anterior, pasa el Despacho a abordar la solicitud de suspensión provisional solicitada.

3.- Las medidas cautelares en el Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo.

3.1.- Los artículos 229 y siguientes del CPAyCA instituyen un amplio y novedoso sistema de medidas cautelares en el procedimiento contencioso administrativo que son aplicables en aquellos casos en que se consideren “necesarias para proteger y garantizar, provisionalmente, el objeto del proceso y la efectividad de la sentencia”, conforme a las notas del mismo artículo, de donde se infiere que la institución cautelar es una manifestación legislativa concreta de la garantía de efectividad del derecho al acceso a

⁵ “Toda persona tendrá derecho a ser oída públicamente y con todas las garantías por un tribunal competente, independiente e imparcial, establecido por la ley, en la substanciación de cualquier acusación de carácter penal formulada contra ella o para la determinación de sus derechos u obligaciones de carácter civil”.

⁶ A esta argumentación se debe adicionar lo establecido en el inciso segundo del artículo 4º de la Ley 270 de 1996 que establece: “Las actuaciones que se realicen en los procesos judiciales deberán ser orales con las excepciones que establezca la ley. Esta adoptará nuevos estatutos procesales con diligencias orales y por audiencias, en procura de la unificación de los procedimientos judiciales, y tendrá en cuenta los nuevos avances tecnológicos.”



la administración de justicia⁷⁻⁸; comoquiera que se busca evitar que la duración del proceso afecte a quien que acude a la jurisdicción, a tal punto que para el momento de obtener una decisión favorable se torne en ilusorio el ejercicio del derecho reconocido, pues al decir de Chiovenda “la necesidad de servirse del proceso para conseguir la razón no debe convertirse en daño para quien tiene la razón”⁹.

3.2.- El anterior aserto se sustenta en que a través de la tutela cautelar se protege de manera provisional e inmediata una posición jurídica en concreto (bien sea particular o general) que es objeto de litigio ante la jurisdicción contenciosa administrativa y que encuentra en entredicho su ejercicio a plenitud en razón a la amenaza que supone, en general, la acción de la administración pública, bien sea a partir de una decisión administrativa, una acción u omisión, etc.; por citar algunas manifestaciones particulares del accionar de la administración. En otras palabras, al decir de Schmidt-Assmann, con la tutela cautelar “se pretende evitar “hechos consumados” y, así garantizar la temporalidad de la tutela judicial, aunque sólo sea de forma provisional.”¹⁰.

⁷ Al respecto la jurisprudencia ha sostenido que: 5.2. La Corte Constitucional ha señalado en repetidas oportunidades que las medidas cautelares tienen amplio sustento en el texto de la Constitución Política, puesto que desarrollan el principio de eficacia de la administración de justicia, son un elemento integrante del derecho de todas las personas a acceder a la administración de justicia y contribuyen a la igualdad procesal (CP arts. 13, 228 y 229). Han sido previstas como aquellos instrumentos con los cuales el ordenamiento protege, de manera provisional, y mientras dura el proceso, un derecho que está siendo controvertido dentro de ese mismo proceso, teniendo en cuenta el inevitable tiempo de duración de los procesos judiciales.” Corte Constitucional, Sentencia C-529 de 2009. En el mismo sentido C-490 de 2000.

⁸ “4. (...) el propósito de las medidas provisionales, en los sistemas jurídicos nacionales (derecho procesal interno) en general, es preservar los derechos de las partes en controversia, asegurando que la ejecución de la sentencia de fondo no se vea obstaculizada o impedida por las acciones de aquéllas, *pendente lite*”.

5. (...) en el Derecho Internacional de los Derechos Humanos las medidas provisionales tienen un carácter no sólo cautelar, en el sentido de que preservan una situación jurídica, sino fundamentalmente tutelar, por cuanto protegen derechos humanos, en la medida en que buscan evitar daños irreparables a las personas. Siempre y cuando se reúnan los requisitos básicos de la extrema gravedad y urgencia y de la prevención de daños irreparables a las personas, las medidas provisionales se transforman en una verdadera garantía jurisdiccional de carácter preventivo⁸.” Corte Interamericana de Derechos Humanos. Resolución de 22 de septiembre de 2006. Solicitud de medidas cautelares por parte de la Comisión IDH respecto de la República de Colombia a favor de Mery Naranjo y otros. En el mismo sentido véase: Caso Del Centro Penitenciario Región Capital Yare I y Yare II (Cárcel De Yare). Medidas Provisionales. Resolución de la Corte Interamericana de Derechos Humanos de 30 Marzo de 2006, considerando cuarto; Caso Del Internado Judicial De Monagas (“La Pica”). Medidas Provisionales. Resolución de la Corte Interamericana de Derechos Humanos de 13 de enero de 2006, considerando cuarto.

⁹ CHIOVENDA, Giuseppe. Istituzioni di diritto processuale civile, Edit. Jovene, 1960, vol. 1. P. 147.

¹⁰ SCHMIDT- ASSMANN Eberhard, La teoría general del derecho administrativo como sistema. Objetos y fundamentos de la construcción sistemática, Madrid, Barcelona, Marcial Pons - INAP, 2003, p. 237.



3.3.- Avanzando en la tipología desarrollada por el Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, se diferencia entre medidas cautelares *preventivas*, tendientes a operar como una suerte de acción impeditiva para que no se pueda consolidar una afectación a un derecho; *conservativas* que buscan mantener o salvaguardar un *statu quo ante*; *anticipativas*, en donde se pretende satisfacer por adelantado la pretensión perseguida por el demandante, mediante una decisión que propiamente correspondería al fallo que ponga fin al proceso y que se justifica en tanto que de no adoptarse se incurriría en un perjuicio irremediable para el actor, y de *suspensión* que corresponde a la medida tradicional en el proceso contencioso administrativo de privación temporal de los efectos de una decisión administrativa.

3.4.- Es preciso resaltar que el Código no establece un *numerus clausus* de medidas cautelares, por el contrario, se trata de un sistema innominado de medidas con el que se persigue adoptar unas decisiones inmediatas de cualquier tipo con el fin de responder a las necesidades que demande una situación específica; lo que se corrobora con una revisión al artículo 230 que establece que se puede: “ordenar que se mantenga la situación...”, “suspender un procedimiento o actuación administrativa...”, “suspender provisionalmente los efectos de un acto administrativo”; hasta llegar a aquellas en las cuales se permite “ordenar la adopción de una decisión administrativa, o la realización o demolición de una obra con el objeto de evitar o prevenir un perjuicio o la agravación de sus efectos” y, por último, “impartir ordenes o imponerle a cualquiera de las partes del proceso obligaciones de hacer o no hacer”.

3.5.- Por último, el Despacho pone de presente el carácter decididamente autónomo de la tutela cautelar a través de las denominadas “medidas cautelares de urgencia”, establecidas en el artículo 234 del Código y con las que se procura la adopción de una medida provisional de manera inmediata, en donde – dada la situación de inminente riesgo de afectación de los derechos del interesado – se prescinde del trámite de notificación a la contraparte y puede ordenarse la misma, inclusive, de manera previa a la notificación del auto admisorio de la demanda (conforme al artículo 229 del Código).



3.6.- Esta disposición constituye una protección reforzada al derecho convencional de toda persona de contar con un recurso judicial efectivo en caso de graves violaciones de derechos humanos¹¹, dejando la medida de ser accesoria y subordinada al proceso contencioso administrativo principal y adquiriendo unas características y particularidades diferenciadas, pues en sí misma constituye, a la luz del procedimiento contencioso, un recurso judicial *sui generis* de urgencia para la protección de los derechos de los asociados. Es en estos términos, como una medida autónoma garante de los Derechos Humanos, que se debe interpretar y aplicar, por parte de los Jueces Administrativos, la tutela cautelar de urgencia.

3.7.- Esta interpretación ha sido acogida favorablemente por la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado, que en reciente providencia fijó este alcance avanzado de las medidas cautelares, específicamente, de las denominadas de urgencia, señalando que este tipo de medidas pueden ser solicitadas con anterioridad a la presentación del escrito de demanda y de solicitud de conciliación prejudicial, cuando se exija tal requisito. La Sala Plena manifestó lo anterior en los siguientes términos:

“Huelga manifestar que casos como el presente, el juez podrá pronunciarse sobre la solicitud de la medida cautelar, inclusive sin haber admitido la demanda, supeditando la continuidad del proceso a que se demuestre el cumplimiento del requisito de procedibilidad, en los términos establecidos para el efecto, en virtud de que este mismo precepto lo autoriza cuando no sea posible agotar el trámite previsto en el artículo 233 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, es decir, proferir simultáneamente el auto admisorio de la demanda junto con la medida cautelar.

En ese orden, no escapa el hecho de que una cosa es que la conciliación extrajudicial constituye requisito de procedibilidad de la demanda, mas no de la solicitud de la medida cautelar. De suerte que, estamos en presencia de dos figuras diferentes y que se pueden estructurar en momentos distintos, sin que esto implique su incompatibilidad procesal.

Tal precisión conduce a que efectivamente es posible solicitar el decreto y práctica de la medida cautelar, aun sin haber agotado previamente el requisito de procedibilidad. De ahí que, esta alternativa materializa la prevalencia del derecho sustancial frente al formal, toda

¹¹ Ha dicho sobre este punto la Corte Interamericana de Derechos Humanos en la Opinión Consultiva sobre las Garantías Judiciales en Estados de Emergencia: “la inexistencia de un recurso efectivo contra las violaciones a los derechos reconocidos por la Convención constituye una transgresión de la misma por el Estado Parte en el cual semejante situación tenga lugar. En ese sentido debe subrayarse que, para que tal recurso exista, no basta con que esté previsto por la Constitución o la ley o con que sea formalmente admisible, sino que se requiere que sea realmente idóneo para establecer si se ha incurrido en una violación a los derechos humanos y proveer lo necesario para remediarla”. Corte Interamericana de Derechos Humanos, Garantías Judiciales en Estados de Emergencia (Arts. 27.2, 25 y 8, Convención Americana sobre Derechos Humanos), Opinión Consultiva OC-9/87 del 6 de octubre de 1987, Serie A No. 9, párr. 24.



vez que implica la adecuación e interpretación de la norma procesal con miras a la efectividad de los derechos sustanciales de los ciudadanos”¹².

3.8.- Con base en la anterior jurisprudencia, cabe comprender y reconocer a la institución cautelar como un procedimiento autónomo al proceso contencioso administrativo, de ahí, entonces, que se conciba como una garantía efectiva y material del acceso a la administración de justicia. Conforme a ello, para la procedencia de las medidas cautelares debe tenerse en cuenta presupuestos constitucionales, convencionales y legales, lo que lleva a decir que al Juez Administrativo le corresponde remover los obstáculos eminentemente formales que llegaren a impedir la adopción de estas medidas en los casos en que exista una seria y verdadera amenaza de vulneración de derechos, bienes o intereses jurídicos. Este argumento encuentra mayor peso, aún, en el caso de las denominadas medidas cautelares de urgencia, las cuales, conforme a la lectura dada por la Sala Plena, así como por la finalidad que están llamadas a satisfacer, implica que se concreten como verdaderas medidas preliminares cautelares de eficacia inmediata para la protección de los derechos¹³.

¹² Consejo de Estado, Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, sentencia de 5 de marzo de 2014, exp. 2013-06871.

¹³ Al respecto es valioso resaltar el hecho de que otras jurisdicciones han experimentado la adopción de este tipo de medidas preliminares, autónomas y de eficacia inmediata para la protección de los derechos de las personas, tal como se refleja en el sistema jurídico brasilero en donde se ha establecido la llamada “medida liminar” comentada por Berizonce en los siguientes términos “La medida liminar se dispone inaudita parte en el proveimiento inicial, salvo en el mandato colectivo donde solo puede otorgarse después de la audiencia de la persona jurídica de derecho público (art. 22 § 2°). El poder del juez no está limitado a la suspensión del acto impugnado; puede dictar medidas activas, de anticipación de la tutela, siempre que resulte indispensable para la efectividad del derecho que se invoca. Como se ha señalado, lo que autoriza el art. 7°, III, es un proveimiento de amplio espectro, que tanto puede configurar una medida cautelar, como también una satisfactiva, capaz de agotar incluso el objeto de la pretensión, como p.e. excepcionalmente la orden de provisión de medicamentos.” BERIZONCE, Roberto Omar. Tutela de urgencia y debido proceso. Hacia la reconstrucción del proceso de cognición y su articulación con las tutelas de urgencia. En: Revista del Instituto Colombiano de Derecho Procesal. No. 37. Disponible en el enlace web: <http://www.icdp.co/revista/articulos/37/RobertoOmarBerizonce.pdf> [sin numeración en el documento digital]. En similar sentido, el ordenamiento jurídico francés, desde el año 2000 (Ley No. 2000-597 de 30 de junio) ha conocido la formulación de los denominados réferé que corresponde a un conjunto de medidas de urgencias que pueden ser adoptadas por el “juge des référés” y consistente en i) un réferé de suspensión, mediante el cual se puede ordenar la suspensión de la ejecución de cierta decisión, y de ciertos efectos siempre que la urgencia así lo justifique (artículo 5°), ii) un réferé de libertad, mediante el cual el Juez puede ordenar las medidas que se consideren necesarias para dejar a salvo una libertad fundamental que está siendo afectada por una persona de derecho público o particular encargado de la gestión de un servicio público, siempre que sea un atentado grave y manifiestamente ilegal (artículo 6°) y iii) el réferé conservativo, dirigido a adoptar las “medidas útiles” en un procedimiento administrativo en donde aún no se ha adoptado una decisión por parte de la autoridad (artículo 7°). Para un comentario de tales medidas véase la intervención realizada por el señor Consejero de Estado francés Marc Durand-Viel a la ponencia de la Dra. Ruth Stella Correa Palacio sobre medidas cautelares en el marco del seminario franco-colombiano de reforma a la jurisdicción contenciosa administrativa. La memoria de dicho encuentro (págs. 157-159, c1) se encuentra disponible en el enlace web: <http://www.consejodeestado.gov.co/memorias/medidas%20cautelares.pdf> [Consultado el 6 de marzo de 2014] El texto de la Ley puede verse en el siguiente enlace web:



3.9.- Criterio de aplicación. Por otro lado, en cuanto a los criterios que debe seguir el juez contencioso administrativo para determinar la procedencia de una medida cautelar, es preciso reconocer que éste cuenta con un espacio de discrecionalidad para adoptarla así como para modular sus efectos en el caso concreto. En este contexto, debe el Juez tener en cuenta el principio de proporcionalidad como, de hecho, se desprende, además de las exigencias constitucionales y convencionales, de la normativa sobre las medidas cautelares al establecer como uno de los requisitos para el decreto de la cautela que “el demandante haya presentado los documentos, informaciones, argumentos y justificaciones que permitan concluir, **mediante un juicio de ponderación de intereses**, que resultaría más gravoso para el interés público negar la medida cautelar que concederla” (artículo 231 CPayCA) (Resaltado propio).

3.10.- Lo anterior quiere significar que el marco de discrecionalidad del Juez no debe entenderse como de arbitrariedad, razón por la cual le es exigible a éste la adopción de una decisión judicial suficientemente motivada, conforme a los materiales jurídicos vigentes y de acuerdo a la realidad fáctica que la hagan comprensible intersubjetivamente para cualquiera de los sujetos protagonistas del proceso y, además, que en ella se refleja la pretensión de justicia, razón por la cual es dable entender que en el escenario de las medidas cautelares, el Juez se enfrenta a la exposición de un razonamiento en donde, además de verificar los elementos tradicionales de procedencia de toda cautela, es decir el *fumus boni iuris* y el *periculum in mora*¹⁴, debe proceder a un estudio de ponderación y sus subprincipios integradores de idoneidad, necesidad y proporcionalidad stricto sensu, ya que se trata, antes que nada, de un ejercicio de razonabilidad¹⁵. Sobre la

<http://www.legifrance.gouv.fr/affichTexte.do?cidTexte=JORFTEXT000000204851&categorieLien=id> [Consultado el 6 de marzo de 2014].

¹⁴ Como ya se ha sostenido, estos principios del *periculum in mora* y el *fumus boni iuris* significan que “siempre se tendrá que acreditar en el proceso el peligro que representa el no adoptar la medida y la apariencia del buen derecho respecto del cual se persigue un pronunciamiento definitivo en la sentencia que ponga fin al litigio.” Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección C. Auto de 27 de febrero de 2013, exp. 45316 (entre otras decisiones similares).

¹⁵ En cualquier clase de decisiones jurídicas debe considerarse la razonabilidad de esta, que no solo se agota con la simple aplicación lógico-formal de la norma, sino que supone velar porque la decisión en el caso concreto consulte criterios de justicia material y no devenga en irrazonable, desproporcionada o, en suma, contraria a la constitución; se



aplicación de la proporcionalidad en escenarios de discrecionalidad, se ha sostenido en anteriores ocasiones:

“1.- La discrecionalidad, en cuanto fenómeno con trascendencia jurídica, se concibe como un margen permitido de acción a las autoridades de cualquiera de los poderes públicos, en los eventos en que debiendo adoptar una decisión, el marco de sujeción a su actuación establecido por el ordenamiento jurídico resulta a todas luces indeterminado, correspondiéndole construir la decisión y, por lo tanto, las consecuencias jurídicas de la misma, bajo consideraciones objetivas de acatamiento y respeto al orden jurídico y a sus principios estructurantes.

Conforme a este entendimiento de la discrecionalidad, sobra advertir, entonces, que en cualquier ordenamiento jurídico sustentado en la cláusula del Estado social y democrático de derecho¹⁶, se debe partir de un concepto de discrecionalidad sustentado en la idea de una simple “*habilitación*” normativa a la autoridad para la concreción del derecho bajo escenarios de indeterminación, sustrayendo, por lo tanto, cualquier explicación del fenómeno de la artificial y peligrosa argumentación de estar vinculada su existencia a un ámbito de “*libertad de selección*”, arbitraria, subjetiva o pasional del servidor público.

(...)

6.- Se trata, entonces, de una concepción realmente material, sustancial y positiva de la discrecionalidad en cuanto norma habilitante del juez administrativo para adoptar decisiones acordes con los preceptos del Estado social y democrático de derecho¹⁷, en contra de posturas estrictamente formales o negativas, desconocedoras de parámetros de racionalidad y justificación para la decisión discrecional, fundadas por fuera de la racionalidad¹⁸.

7.- El asunto resulta elemental: allí donde el juez administrativo no esté gobernado por reglas, lo más posible es que la actuación se soporte en principios o mandatos de

trata, entonces, de adoptar una decisión que satisfaga el criterio de aceptabilidad; y para lograr ello en buena medida contribuye la valoración de los principios constitucionales.

¹⁶ MELKEVIK, Bjarne. Rawls o Habermas. Un debate de filosofía del derecho. 1a ed. Universidad Externado de Colombia. Bogotá, 2006, p.141: En el otro extremo, y que cabe comprender también dentro del discurso de la modulación de la discrecionalidad se encuentra la tesis de Habermas acerca del estado de derecho democrático: “El Estado de derecho democrático no es simplemente un Estado de dominación, de amenaza, como lo había preconizado MAX WEBER. HABERMAS llega incontestablemente a una conclusión opuesta. En efecto, WEBER concibe el derecho como una dominación y sostiene así una concepción positivista del derecho ajena a toda cuestión de legitimidad. Por el contrario, HABERMAS, como lo habíamos mencionado, fusiona las nociones de legitimidad y de legalidad, lo cual es símbolo del paradigma democrático de la autolegislación que se efectúa por intermedio del proceso democrático que debe situarse dentro del corazón mismo del Estado moderno. Se desprende de lo anterior que el Estado no puede ser legítimo o legal sino en la medida en que respete al proceso democrático. Dicho de otra manera, el Estado democrático no puede ser sino el destinatario de la legitimidad y de la legalidad que le otorga el mencionado proceso. El respeto a los derechos, a las normas y a las instituciones seleccionadas, así como la institucionalización de la seguridad y de la estabilidad jurídicas reposan, en consecuencia, exclusivamente sobre los procesos democráticos. Esta es la razón por la cual el Estado de derecho democrático no puede en adelante estructurarse a partir del poder y de la dominación. No tiene otra fuente de legitimidad y de legalidad que aquella que le otorgan esos procesos democráticos”.

¹⁷ FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, Tomás Ramón. Del arbitrio y de la arbitrariedad judicial. Madrid, 2004, pp.79 a 86.

¹⁸ ALEXY, Robert. Teoría de la argumentación jurídica. 2a ed. 1a reimp. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales. Madrid, 2008, pp.208 y 209.



optimización¹⁹, luego la proporcionalidad y ponderación no son metodologías extrañas en la solución de conflictos y en la reconducción de la actividad de la jurisdicción contencioso administrativa al cumplimiento material de los postulados del Estado social de derecho. En todo caso, la proporcionalidad y la ponderación no representan ni la limitación, ni el adelgazamiento de los poderes del juez administrativo, sino que permiten potenciar la racionalidad y la argumentación como sustento de toda decisión judicial²⁰. Cabe, entonces, examinar cómo se sujeta la actividad discrecional del juez administrativo a las reglas de la ponderación, como expresión más depurada del principio de proporcionalidad.”²¹

3.11.- En consecuencia, la observancia de este razonamiento tripartito conlleva a sostener que en la determinación de una medida cautelar, que no es más que la adopción de una medida de protección a un derecho en el marco de un proceso judicial, el Juez debe tener en cuenta valoraciones de orden fáctico referidas a una estimación de los medios de acción a ser seleccionados, cuestión que implica **i)** que la medida decretada

¹⁹ ALEXY, Robert, “Deber ideal”, en BEADE, Gustavo A.; CLÉRICO, Laura (eds). Desafíos a la ponderación. 1ª ed. Universidad Externado de Colombia. Bogotá, 2011, p.14.

²⁰ STONE SWEET, Alec; MATTHEWS, Jud. Proporcionalidad y constitucionalismo. Un enfoque comparativo global. 1a ed. Universidad Externado de Colombia. Bogotá, 2013, pp.174 a 177 (Colección Serie de Teoría Jurídica y Filosofía del Derecho, No.64).

²¹ SANTOFIMIO GAMBOA, Jaime Orlando. El principio de proporcionalidad: Instrumento para la reconducción objetiva de la actividad judicial en escenarios de discrecionalidad. (próximo a ser publicado). El presente trabajo constituye un desarrollo de la línea de investigación en materia de aplicación del principio de proporcionalidad que se inició con los estudios que sobre la materia incorporé en mi tesis doctoral titulada “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”, dirigida por el Catedrático de Derecho Administrativo D. Luciano Parejo Alfonso, presentada y sustentada en el Departamento de Derecho Público del Estado de la Universidad Carlos III de Madrid (España) el 25 de febrero de 2010, la cual obtuvo la máxima calificación sobresaliente cum laude otorgada por el Tribunal respectivo. El artículo aborda de manera resumida el modelo metodológico que hemos adoptado para resolver los conflictos a que tiene que enfrentarse cualquier autoridad (administrativa, judicial o legislativa), en los casos en los que deba adoptar decisiones en escenarios de discrecionalidad. Este planteamiento teórico que utilicé para resolver los problemas jurídicos de mi tesis doctoral, lo he venido empleando en diferentes trabajos e investigaciones académicas publicados en los últimos tres años y relacionados en la siguiente forma: 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 presentada y sustentada en el Departamento de Derecho Público del Estado de la Universidad Carlos III de Madrid (España), 25 de febrero de 2010, dirigida por el Catedrático Luciano Parejo Alfonso, pp. 20,22, 29, 58, 67, 74, 78, 81, 240, 366, 369, 416 a 452, 454 a 476, 483, 490 a 498, 503 a 509, 515, 516, 519, 569, 591, 595 a 599, 606, 610, 612 y 615; Procedimientos administrativos y tecnología. 1ª ed. Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2011, pp.270; “La cláusula constitucional de la responsabilidad del Estado: estructura, régimen y el principio de convencionalidad como pilar de su construcción dogmática”, en BREWER-CARIAS, Allan R.; SANTOFIMIO GAMBOA, Jaime Orlando. Control de convencionalidad y responsabilidad del Estado, 1ª ed, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2013, pp.178, 180, 185, 187, 191, 207, 226, 256, 257, 261, 271, 279, 280 a 292, 324 y 330; “Aproximaciones a los procedimientos administrativos en la Ley 1480 de 2011. El Estatuto del Consumidor y sus relaciones con la Ley 1437 de 2011, Código de Procedimiento Administrativo y de lo contencioso administrativo”, en VALDERRAMA ROJAS, Carmen Ligia (Dir). Perspectivas del derecho del consumo. 1ª ed. Universidad Externado de Colombia. Bogotá. 2013; “Reflexiones en torno a la potestad administrativa sancionadora. El principio de proporcionalidad y su vincularidad a esta actividad administrativa”, Ponencia presentada en el XII Foro de Derecho Administrativo Latinoamericano, Arequipa (Perú) celebrado entre el 28 de octubre y el 1 de noviembre de 2013 (próximo a publicarse en Lima, Perú, y como libro en Bogotá por el Departamento de Derecho Minero y Energético de la Universidad Externado de Colombia en 2014); “El Contrato de Concesión de Servicios Públicos: Reglas para su debida estructuración”, en MATILLA CORREA, Andry; CAVALCANTI, Bruno (Coords). Estudios Latinoamericanos sobre concesiones y PPP. Ratio Legis, Madrid, 2013, pp.63 a 150 (próximo a publica en México como libro).



sea adecuada para hacer frente a la situación de amenaza del derecho del afectado (idoneidad); **ii**) que, habida cuenta que se trata de una decisión que se adopta al inicio del proceso judicial o, inclusive, sin que exista un proceso formalmente establecido, la medida adoptada sea la menos lesiva o invasora respecto del marco competencial propio de la administración pública (necesidad) y, por último, es necesario **iii**) llevar a cabo un razonamiento eminentemente jurídico de ponderación²², en virtud del cual se debe determinar de manera doble el grado de afectación o no satisfacción de cada uno de los principios contrapuestos²³ (pasos a y b) y, luego de ello, se procede a c) que ordena analizar si se encuentra *justificado* que la satisfacción de uno de los principios afecte al otro; aplicando las consideraciones vertidas en iii) en la materia que se está tratando, hay que decir que ello implica valorar si está justificada la adopción de la medida cautelar para la protección de un derecho en circunstancias de amenaza, en desmedro de la administración. El propio artículo 231 del CPAyCA da lugar a esta consideración imperativa en el numeral 4 literales a) y b) cuando prescribe como exigencia

“Que, adicionalmente, se cumpla con una de las siguientes condiciones:

- a) Que al no otorgarse la medida se cause un perjuicio irremediable, o
- b) Que existan serios motivos para considerar que de no otorgarse la medida los efectos de la sentencia serían nugatorios.”

3.12.- Es en los anteriores términos que se impone analizar el contenido y alcance, en general, de las medidas cautelares en el nuevo Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo.

4.- La suspensión provisional de los actos administrativos, como medida cautelar en el proceso contencioso administrativo.

4.1.- En el marco de las diversas medidas cautelares instauradas en el nuevo procedimiento contencioso administrativo se encuentra la figura de la suspensión

²² La ley de ponderación, siguiendo a Alexy, quiere decir que “Cuanto mayor es el grado de la no satisfacción o de afectación de uno de los principios, tanto mayor debe ser la importancia de la satisfacción del otro”. ALEXY, Robert. Teoría de los Derechos Fundamentales (Epílogo). 2ª edición, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales [Trad. Carlos Bernal Pulido] 2008, p. 529.

²³ A través de una escala tríadica de leve, medio o intenso.



provisional de los actos administrativos prevista en el artículo 238 de la Constitución Nacional y desarrollada por los artículos 231 y siguientes del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo. La suspensión provisional constituye un importante instrumento de naturaleza cautelar, temporal y accesoria, tendiente a evitar que actos contrarios al ordenamiento jurídico puedan continuar surtiendo efectos mientras se decide de fondo su constitucionalidad o legalidad en el proceso donde se hubiere decretado la medida, como producto de una solicitud fundamentada que en consideración del juzgador sea procedente en razón de la claridad de la infracción. En consecuencia, es presupuesto básico de la medida que el acto esté produciendo sus efectos jurídicos²⁴. En este sentido, su finalidad no puede ser otra que la de evitar, transitoriamente, que el acto administrativo surta efectos jurídicos, en virtud de un juzgamiento provisorio del mismo, salvaguardando los intereses generales y el Estado de derecho²⁵.

4.2.- De acuerdo con los anteriores argumentos, cabe afirmar que la suspensión provisional como medida cautelar diseñada para el procedimiento contencioso administrativo procede, a petición de parte, “cuando tal violación surja del análisis del acto demandado y su confrontación con las normas superiores invocadas como violadas o del estudio de pruebas allegadas con la solicitud”, figura que ha sido ampliamente definida en cuanto a su contenido y procedencia por la jurisprudencia de la Sala Plena de esta Corporación²⁶, precedente vigente para entender el alcance de la Ley 1437 de 2011 en esta materia, en los siguientes términos:

“... En efecto, la figura de la suspensión provisional es una medida cautelar de raigambre constitucional, de estricto carácter provisional, objetivo y accesorio, inherente a las funciones de control preventivo de la constitucionalidad y legalidad de los actos administrativos, atribuida a la jurisdicción de lo contencioso administrativa que impide, previa decisión motivada de la autoridad judicial competente, que los actos de esta

²⁴ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera. Sentencia del 18 de julio de 2002, exp. 22477, C.P. Alir Eduardo Hernández Enríquez: “La jurisprudencia ha precisado que, por tratarse de una medida cautelar, su procedencia quedará obstaculizada cuando el acto se ha cumplido y sus efectos –y por consiguiente el perjuicio- se han consumado”.

²⁵ SANTOFIMIO GAMBOA, Jaime Orlando, Tratado de derecho administrativo. Contencioso Administrativo, T.III, 3ª reimp., Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2007, p.482.

²⁶ Consejo de Estado, Sala Plena de lo Contencioso Administrativo. Auto del 22 de marzo de 2011, CP. Jaime Orlando Santofimio Gamboa. Exp. 38.924.



naturaleza que sean manifiestamente contrarios al orden jurídico continúen produciendo efectos mientras se decide de fondo en el proceso correspondiente sobre su constitucionalidad o legalidad, previniendo de esta manera el peligro que tal situación implica para el interés general de las instituciones y en particular para los asociados,²⁷ por lo tanto, instrumento vital de carácter material consolidador de los presupuestos de la cláusula constitucional del Estado social de derecho...”

Es provisional porque su existencia es precaria toda vez que el pronunciamiento de la decisión final normalmente la extingue, sin olvidar que puede ser modificada o levantada en presencia de las circunstancias previstas por la ley; objetiva porque la decisión que la adopte debe fundarse en estrictas consideraciones de clara y evidente contradicción entre el acto administrativo y el ordenamiento jurídico superior, y no en consideraciones personales o subjetivas del juzgador; accesorio porque no constituye el centro del debate procesal y está sujeta a lo que disponga el fallo que ponga fin al proceso; y, finalmente, motivada porque siendo una decisión judicial, la garantía del debido proceso y el deber del sometimiento del juez al imperio de la ley, exigen una adecuada y suficiente exposición,²⁸ argumentación y reflexión de las razones en que se fundamenta²⁹ la manifiesta y ostensible infracción del ordenamiento jurídico por el acto administrativo impugnado.

En consecuencia, tal como lo ha sostenido esta Corporación,³⁰ el hecho de exigirse una violación manifiesta para la procedencia de la suspensión provisional, no excluye en manera alguna la interpretación de la ley ni la debida y suficiente motivación por parte del juez de lo contencioso administrativo.

Ahora, la realización de esta actividad garantística de motivación no implica romper las fronteras de una medida cautelar para incursionar en la decisión de fondo.

De otro lado, esa manifiesta infracción debe establecerse a partir de la aplicación de alguna, o de ambas, de las metodologías indicadas en el inciso 2 del artículo 152 del Código Contencioso Administrativo, esto es, de la confrontación directa del acto administrativo impugnado con el ordenamiento jurídico superior invocado como infringido, o también, mediante la confrontación del acto administrativo impugnado con el texto de los documentos aducidos con la solicitud que por sus características o contenidos normativos permitan establecer lo manifiesto de la infracción al ordenamiento jurídico.

En síntesis, para la procedencia de la suspensión provisional de un acto administrativo resulta imprescindible que la vulneración del ordenamiento jurídico sea evidente, ostensible o notoria, vulneración que se pone en evidencia por medio de cualquiera de las dos metodologías antes mencionadas, esto es, el juez debe llegar a esa conclusión realizando un cotejo directo entre el acto administrativo demandado y las normas que se invocan como transgredidas o mediante el análisis de los documentos presentados con la solicitud.

Finalmente, entre la norma que se dice vulnerada y el acto administrativo acusado debe existir una situación de subordinación jurídica, pues de no existir, la medida cautelar se tornaría improcedente ya que no se configuraría la manifiesta infracción a la que se refiere expresamente el artículo 152.2 el C. C. A.”

²⁷ Corte Constitucional. Sentencia C-977 de 1992.

²⁸ Corte Constitucional, Sentencia T-064 de 2010.

²⁹ Artículo 303 del C. P. C. que desarrolla los artículos 29, 228 y 230 de la Constitución, aplicable por remisión del artículo 267 del C. C. A.

³⁰ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Auto del 27 de Mayo de 2009, (Expediente 36.476).



4.3.- En relación con este aspecto de la necesaria motivación de toda providencia que resuelva la solicitud de suspensión provisional debidamente solicitada dentro de un proceso contencioso administrativo en esta misma providencia se hace énfasis en lo siguiente:

“La Sala considera que la interpretación y la argumentación son imprescindibles e inescindibles en la actividad judicial.

En efecto, los jueces están conminados de manera permanente y continúa a interpretar las normas, incluso cuando se considera que una determinada disposición jurídica es clara y unívoca, pues en estos eventos el Juez, previamente, ha desarrollado un ejercicio hermenéutico para arribar a tal conclusión.

Afortunadamente, ya hace mucho tiempo que se superaron las concepciones formalistas y deductivistas de la interpretación, según las cuales la actividad judicial se limitaba a la simple verificación del derecho y a su aplicación automática a unos determinados hechos y, en consecuencia, el Juez sería simplemente “la boca que pronuncia las palabras de la ley; unos seres inanimados que no pueden moderar ni la fuerza, ni el rigor de aquella.”³¹

Pretender que el Juez no desarrolle ningún ejercicio hermenéutico ni argumentativo ante una expresión legal (Como por ejemplo la incluida en el artículo 152 del C. C. A: “manifiesta infracción de las disposiciones invocadas como fundamento de la misma”), sino que aplique sin consideración alguna la disposición, es desconocer abiertamente la necesaria relación entre interpretación, argumentación, actividad judicial y el deber de los jueces de motivar sus decisiones, postulado propio de toda sociedad enmarcada en los preceptos del Estado social y democrático de derecho.”³²

4.4.- Su procedencia está determinada por la violación al ordenamiento jurídico mediante la subsunción de un acto administrativo con el universo normativo de principios y valores al cual está sujeto, y la necesidad de proteger provisionalmente la legalidad en sentido amplio mientras se profiere la decisión definitiva respecto del acto administrativo demandado.

4.5.- Esto significa que la suspensión provisional, como toda medida cautelar, debe estar siempre debidamente sustentada en los dos pilares fundamentales sobre los cuales se edifica todo sistema cautelar, a saber: los principios del *periculum in mora* y del *fumus boni iuris*, en virtud de los cuales siempre se tendrá que acreditar en el proceso el peligro

³¹ Montesquieu, Charles Louis de Secondat. Del Espíritu de las leyes. Primera Parte, Libro XI, Capítulo 6.

³² Consejo de Estado, Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, auto de 22 de marzo de 2011, C.P.: Jaime Orlando Santofimio Gamboa. Exp. 38924.



que representa el no adoptar la medida y la apariencia del buen derecho respecto del cual se persigue un pronunciamiento definitivo en la sentencia que ponga fin al litigio.

4.6.- Ahora bien, para arribar a la conclusión de que la norma demandada atenta contra el orden jurídico debe el juez necesariamente hacer un proceso de interpretación del derecho y materializarlo en una debida y suficiente motivación, sin romper las fronteras que implica la medida cautelar para incursionar en la decisión de fondo.

4.7.- También debe el juez establecer que entre la norma que se dice vulnerada y el acto administrativo acusado exista una situación de subordinación jurídica, pues de no existir la medida cautelar se tornaría improcedente, ya que no se configuraría la subsunción que se exige para configurar la infracción que demanda la medida de suspensión provisional.

4.8.- Requisitos de la solicitud de suspensión provisional.

El Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo regula la figura de la suspensión provisional de los actos administrativos, en los siguientes términos:

“Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo. Artículo 231. Cuando se pretenda la nulidad de un acto administrativo, la suspensión provisional de sus efectos procederá por violación de las disposiciones invocadas en la demanda o en la solicitud que se realice en escrito separado, cuando tal violación surja del análisis del acto demandado y su confrontación con las normas superiores invocadas como violadas o del estudio de las pruebas allegadas con la solicitud. Cuando adicionalmente se pretenda el restablecimiento del derecho y la indemnización de perjuicios deberá probarse al menos sumariamente la existencia de los mismos.
(...)”

4.9.- De la normativa en cita, se deducen como requisitos para la procedencia de dicha medida cautelar que i) sea solicitada por el demandante, ii) procede cuando existe una violación que surja del análisis del acto demandado y su confrontación con las normas superiores invocadas como violadas o del estudio de las pruebas allegadas con la solicitud y, iii) si se trata de un medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho



debe acreditarse, de manera sumaria los perjuicios que se alegan como causados por los actores.

4.10.- Ahora bien, bajo los supuestos legales referidos y para determinar sobre la procedencia de la medida cautelar de suspensión provisional del aparte acusado se procederá a efectuar el respectivo análisis de cada uno de los cargos invocados por el actor, para así determinar si en el presente asunto se vislumbra una infracción evidente u ostensible de las normas superiores cuya transgresión se alega.

5.- Los cargos esgrimidos por el actor.

5.1.- La parte demandante elevó la solicitud de suspensión provisional respecto del párrafo del artículo 13 de la Resolución No. 759 de 5 de agosto de 2013.

5.2.- Consideró que debía tenerse como título suficiente el acto administrativo de asignación de frecuencias (de que trata el artículo 11 de la Resolución) para permitirse la radiodifusión de la señal, esto es, para ejercer la libertad de información dispuesta en el artículo 20 de la Constitución. Ello por cuanto para el momento posterior en que se dicta el acto de asignación la Agencia Nacional del Espectro – ANE y la Autoridad Nacional de Televisión – ANTV “ya han ejercido plenamente sus potestades y verificado el cumplimiento de los requisitos exigidos, tanto de vista material como formal”.

5.3.- Así, considera que no existiendo fundamento para dicha restricción (comunicación que autorice el inicio de operaciones) el párrafo del artículo 13 de la Resolución No. 759 de 2013 “somete al capricho de la ANTV el ejercicio de la libertad de información sin siquiera establecer un plazo o condición para el efecto”.

5.4.- Por consiguiente, el aparte respecto del cual se solicita la suspensión provisional de efectos viola el artículo 29 de la Ley 182 de 1992 que “faculta al concesionario a utilizar las frecuencias, sin permisos o autorizaciones previas”.



5.5.- Del mismo modo, apuntó la parte demandante que el establecimiento de “autorizaciones que no solo no están contempladas, sino que están prohibidas por la ley, es claramente una restricción al derecho de expresión por vía indirecta”, citando para el efecto el contenido del artículo 13 de la convención Americana de Derechos Humanos.

5.6.- Remató la parte recordando que sin esa autorización el Estado sigue conservando sus competencias de intervención y de gestión y control sobre las frecuencias del espectro y, además, que una eventual declaratoria de suspensión provisional de efectos “no tendrá ningún efecto negativo sobre el interés público; por el contrario, se reivindicará el carácter supremo que tiene en un Estado de Derecho la libertad de información”.

6.- El escrito de oposición a la prosperidad de la medida cautelar.

6.1.- La Autoridad Nacional de Televisión – ANTV, en escrito de 30 de abril de 2015 (fls 7-28, c1), solicitó se denegara la medida cautelar.

6.2.- Luego de un recuento normativo relacionado con la competencia del Estado respecto de la regulación, vigilancia y control en la prestación del servicio de televisión, la ANTV consideró que la medida no estaba llamada prosperar dado que la regulación dictada se ajusta a la legalidad, además de recordar que el párrafo del que se pide la suspensión debe ser leído en conjunto con lo dispuesto en el artículo 13 y la Resolución íntegramente. Así lo señaló el demandado:

“Así las cosas, habiendo quedado establecido en la reglamentación en comento que el inicio de operaciones está sujeto a la emisión de un concepto de viabilidad por parte de la ANE, y la autorización expedido (sic) por la ANTV, y siendo estos organismos los encargados de cumplir las funciones establecidas en la Ley 1507 de 2012 en materia de gestión, administración y control del espectro radioeléctrico, es decir mediante la normatividad que las creó les fueron asignadas funciones en relación con la intervención del Estado frente al espectro radioeléctrico empleado en la prestación del servicio de televisión radiodifundida, no existe razón alguna para considerar que el referido párrafo se puede considerar violatorio “del artículo 29 de la Ley 182 de 1995 y del artículo 13 de la Convención Americana de Derechos Humanos, también denominado Pacto de San José, suscrita en San José de Costa Rica el 22 de noviembre de 1969 y adoptada por Colombia mediante Ley 16 de 1972” (fl 18, cdno cautelares).



7.- Problema jurídico

7.1.- Planteados como quedaron los términos del asunto a decidir, el problema jurídico que debe ser resuelto en esta oportunidad se contrae a si en sede cautelar resulta procedente suspender los efectos del parágrafo del artículo 13 de la Resolución No. 759 de 5 de agosto de 2013 dictada por la Autoridad Nacional de Televisión – ANTV en cuanto que el mismo es aparentemente contrario al ordenamiento jurídico, para el caso, a los artículos 13 de la Convención Americana de Derechos Humanos, 20 de la Constitución Política y 29 de la Ley 182 de 1995.

7.2.- Para resolver lo pertinente el Despacho, retomando la problemática jurídica propuesta por los actores, precisará el alcance de los conceptos adoptados como *ratio decidendi* para sustentar su decisión: (1) control de convencionalidad, al cual se acude por parte del demandante al citar el artículo 13 de la Convención Americana de Derechos Humanos, (2) el contenido y alcance del derecho a la libertad de expresión en el marco jurídico convencional y constitucional, (3) el espectro electromagnético como vehículo de recepción, emisión y difusión de información. Intervención del Estado a través de la Ley, (4) La intervención del Estado en la economía y particularmente en lo concerniente a los medios de comunicación en tanto empresas (Alcance del artículo 29 de la Ley 182 de 1995 conforme al artículo 333 de la Constitución), (5) el contenido y alcance del aparte respecto del que se solicita la suspensión provisional de efectos, (6) caso en concreto. Consideraciones que fundamentan la *ratio decidendi* del caso.

8.- Control de convencionalidad.

8.1.- El control de convencionalidad³³ 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

³³ 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



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.”³⁴

8.2.- Si bien, como construcción jurídica, el control de convencionalidad parece tener su origen en la sentencia proferida en el “caso Almonacid Arellano y otros vs Chile,”³⁵ lo cierto es que desde antes del 2002,³⁶ e incluso en la jurisprudencia de los años noventa de la Corte Interamericana de Derechos, ya se vislumbraban ciertos elementos de este control de convencionalidad.

8.3.- Se trata, además, de un control que está dirigido a todos los poderes públicos del Estado,³⁷ aunque en su formulación inicial se señalaba que eran los jueces los llamados a ejercerlo.

8.4.- Sin perjuicio de lo anterior, cabe destacar cómo en el “caso Almonacid Arellano y otros vs. Chile,” la Corte Interamericana de Derechos Humanos proyecta el control de convencionalidad, pues allí se afirma que constituye una obligación en cabeza del poder judicial ya que “cuando el Legislativo falla en su tarea de suprimir y/o no adoptar leyes contrarias a la Convención Americana, el Judicial permanece vinculado al deber de

³⁴ “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].

³⁵ Corte Interamericana de Derechos Humanos, caso Almonacid Arellano y otros vs. Chile, sentencia de 26 de septiembre de 2006.

³⁶ “[...] 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].

³⁷ 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 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”.



garantía establecido en el artículo 1.1 de la misma³⁸ y, consecuentemente, debe abstenerse de aplicar cualquier normativa contraria a ella.”³⁹

8.5.- Lo anterior indica claramente que el juez nacional no sólo está llamado a aplicar y respetar su propio ordenamiento jurídico, sino que también debe realizar una “interpretación convencional” para determinar si aquellas normas son “compatibles” con los mínimos previstos en la Convención Americana de Derechos Humanos y en los demás tratados y preceptos del derecho internacional de los derechos humanos y del derecho internacional humanitario.⁴⁰

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

“[...] La Corte es consciente que los jueces y tribunales internos están sujetos al imperio de la ley y, por ello, están obligados a aplicar las disposiciones vigentes en el ordenamiento jurídico. Pero cuando un Estado ha ratificado un tratado internacional como la Convención Americana, sus jueces, como parte del aparato del Estado, también están sometidos a ella, lo que les obliga a velar por que los efectos de las disposiciones de la Convención no se vean mermadas por la aplicación de leyes contrarias a su objeto y fin, y que desde un inicio carecen de efectos jurídicos. En otras palabras, el Poder Judicial debe ejercer una especie de “control de convencionalidad” entre las normas jurídicas internas que aplican en los casos concretos y la Convención Americana de Derechos Humanos. 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.”⁴¹

³⁸ “[...] 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].

³⁹ Corte Interamericana de Derechos Humanos, caso Almonacid Arellano y otros vs. Chile, sentencia de 26 de septiembre de 2006, párrafo 123.

⁴⁰ “[...] 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].

⁴¹ Corte Interamericana de Derechos Humanos, caso Almonacid Arellano y otros vs. Chile, sentencia de 26 de septiembre de 2006, párrafo 124. En opinión de Ferrer MacGregor: “Si observamos los alcances del “control difuso de convencionalidad”, podemos advertir que en realidad no es algo nuevo. Se trata de una especie de “bloque de constitucionalidad” derivado de una constitucionalización del derecho internacional, sea por las reformas que las propias Constituciones nacionales han venido realizando o a través de los avances de la jurisprudencia constitucional que la han aceptado. La novedad es que la obligación de aplicar la CADH y la jurisprudencia convencional proviene



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

8.8.- Esta afirmación se fundamenta no sólo en la prohibición que tiene todo Estado parte de un tratado de no oponer su derecho interno para incumplir los acuerdos internacionales,⁴² 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.

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

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

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].

⁴² Se trata del artículo 27 de la Convención de Viena de 1969 sobre el derecho de los tratados, que establece: “El derecho interno y la observancia de los tratados. Una parte no podrá invocar las disposiciones de su derecho interno como justificación del incumplimiento de un tratado. Esta norma se entenderá sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 46.”



“[...] El juez nacional encargado de aplicar, en el marco de su competencia, las disposiciones del Derecho comunitario, está obligado a garantizar la plena eficacia de dichas normas dejando, si procede, inaplicarlas, por su propia iniciativa, cualesquiera disposiciones contrarias de la legislación nacional, aunque sean posteriores, sin que esté obligado a solicitar o a esperar la derogación previa de éstas por vía legislativa o por cualquier otro procedimiento constitucional”⁴³

8.11.- En tanto que en el derecho europeo de los derechos humanos, se encuentra que la Corte Europea de Derechos Humanos ha venido aplicando el control de convencionalidad, operándolo tanto frente Constituciones, como respecto de leyes de los Estados miembros de la Convención Europea de Derechos Humanos. En ese sentido se puede citar los siguientes casos: a) *Partie communiste unifié de Turquie*, sentencia de 20 de noviembre de 1998; b) caso *Zielinski et Pradal et Gonzalez et autres*, sentencia de 28 de octubre de 1999⁴⁴; c) caso *Open Door y Dublin Well Woman*⁴⁵

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

8.13.- Y justamente esta Corporación ya ha hecho eco de la aplicabilidad oficiosa e imperativa del control de convencionalidad conforme a la cual ha sostenido el deber de los funcionarios en general, y en particular de los jueces, de proyectar sobre el orden interno y dar aplicación directa a las normas de la Convención y los criterios jurisprudenciales de la Corte Interamericana de Derechos Humanos; tales cuestiones han sido abordadas en aspectos como los derechos de los niños, la no caducidad en hechos

⁴³ 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.

⁴⁴ Puede verse en: SUDRE, Frédéric, *Droit européen et international des droits de l’homme*, 8eme ed, Paris, PUF, 2006, p.191-2.

⁴⁵ Puede verse: RUIZ MIGUEL, Carlos, *La ejecución de las sentencias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos*, Madrid, Tecnos, 1997, p.42.



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 asuntos⁴⁶.

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

9.1.- Desde el marco convencional universal⁴⁷ y regional⁴⁸ se reconoce a la libertad de expresión, pensamiento y opinión como derecho humano. En este mismo sentido la

⁴⁶ 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 1° de febrero de 2012 (exp. 21274), sentencia de 18 de julio de 2012 (19345), sentencia de 22 de octubre de 2012 (exp. 24070), sentencia de 19 de noviembre de 2012 (exp. 25506), sentencia de 27 de febrero de 2013 (exp. 24734), sentencia de 20 de junio de 2013 (exp. 23603), sentencia de 24 de octubre de 2013 (exp. 25981), sentencia de 12 de febrero de 2014 (exp. 40802), sentencia de 12 de febrero de 2014 (exp. 26013), sentencia de 12 de febrero de 2014 (exp. 25813), sentencia de 3 de marzo de 2014 (exp. 47868), sentencia de 26 de marzo de 2014 (exp. 29129), sentencia de 8 de abril de 2014 (exp. 28330), sentencia de 8 de abril de 2014 (exp. 28318), sentencia de 14 de mayo de 2014 (28618), sentencia de 9 de julio de 2014 (exp. 30823), sentencia de 9 de julio de 2014 (exp. 28318), sentencia de 12 de julio de 2014 (exp. 28433), sentencia de 28 de agosto de 2014 (exp. 26251), sentencia de 20 de octubre de 2014 (exp. 31250), sentencia de 12 de noviembre de 2014 (exp. 28505), sentencia de 3 de 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.

⁴⁷ 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.

⁴⁸ 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.



Constitución Política instituye, en el artículo 20⁴⁹, el derecho fundamental de toda persona a expresar y difundir su pensamiento, opiniones, informar y recibir información.

9.2.- El peso jurídico que adquiere la libertad de expresión, opinión e información⁵⁰ en el sistema jurídico colombiano se debe a su rol preponderante en la construcción, conservación y ampliación del principio democrático⁵¹, entendido en términos sustantivos y deliberativos⁵²; 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 democracia⁵³⁻⁵⁴, cuya satisfacción no se agota en una fase eminentemente

⁴⁹ 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.

⁵⁰ “El derecho a la información, que sobra advertir, no sólo se reduce a su esfera de protección en el artículo 20⁵⁰ 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 reciben⁵⁰.” Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección C. Sentencia de 19 de noviembre de 2012, exp. 25506.

⁵¹ “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.

⁵² 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.

⁵³ “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. 3º edición, 2001, Madrid, Trotta, p. 376.

⁵⁴ “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 practicas 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



“decisionista o electoral”⁵⁵ sino que persigue la pretensión de estar rodeado de las garantías necesarias⁵⁶ (a partir de los derechos constitucionales fundamentales y específicamente de los derechos políticos) para asumir un proceso de suficiente interacción y discusión democrática, participativa, plural⁵⁷ y diversa frente al ejercicio del poder político⁵⁸.

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

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.

⁵⁵ “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.

⁵⁶ 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.

⁵⁷ “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).

⁵⁸ Sobre esto la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en el caso Manuel Cepeda Vargas c. Colombia ha resaltado la importancia de las “voces de oposición” para el verdadero debate democrático: “173. (...) es de resaltar que **las voces de oposición resultan imprescindibles para una sociedad democrática, sin las cuales no es posible el logro de acuerdos que atiendan a las diferentes visiones que prevalecen en una sociedad. Por ello, la participación efectiva de personas, grupos y organizaciones y partidos políticos de oposición en una sociedad democrática debe ser garantizada por los Estados, mediante normativas y prácticas adecuadas que posibiliten su acceso real y efectivo** a los diferentes espacios deliberativos en términos igualitarios, pero también mediante la adopción de medidas necesarias para garantizar su pleno ejercicio, atendiendo la situación de vulnerabilidad en que se encuentran los integrantes de ciertos sectores o grupos sociales.” Corte Interamericana de Derechos Humanos, sentencia de 26 de mayo de 2010 (Fondo, reparaciones y costas) (Resaltado propio)..



9.4.- Ahora bien, en cuanto a los elementos integradores del derecho a la libertad de expresión se reitera en esta oportunidad el recién pronunciamiento de la Sala de Subsección C de esta Corporación donde, a partir de una estricta lectura convencional y constitucional, se perfiló la existencia de los derechos de la libertad de opinión y de expresión⁵⁹.

9.5.- Así, en dicha oportunidad se sostuvo:

3.3.1. Se trata, en primer lugar, de la libertad de opinión que consiste en el derecho que tiene toda persona para emitir sus opiniones, ideas o creencias, sin ser molestado o sancionado, bien sean estas, entre otras, de naturaleza política, económica, científica, cultural, religiosa, académica, derecho este que lleva consigo, para su satisfacción y efectivo ejercicio, la posibilidad de difundir y de hacer llegar a la mayor cantidad posible de personas sus juicios de valor.⁶⁰

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 desproporcionadas⁶¹ y generen una estigmatización y hagan nugatorio este derecho.

En casos particulares, como los concernientes a las opiniones sobre personajes públicos⁶² o asuntos de interés general (como por ejemplo el manejo del Estado), se ha

⁵⁹ “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.

⁶⁰ 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).

⁶¹ “[E]l temor a una sanción civil desproporcionada puede ser a todas luces tan o más intimidante e inhibitor 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.

⁶² “[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.



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.⁶³

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,⁶⁴ derecho a reservarse las fuentes de la información así como el derecho a acceder en igualdad de condiciones al uso del espectro electromagnético.⁶⁵⁻⁶⁶

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 informativo⁶⁷ -lo que se opone a una excesiva concentración de medios de información en pocas manos⁶⁸-, así

⁶³ “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.

⁶⁴ 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.

⁶⁵ Conforme al artículo 75 de la Constitución Política. El espectro electromagnético es un bien público inenajenable (sic) e imprescriptible sujeto a la gestión y control del Estado. Se garantiza la igualdad de oportunidades en el acceso a su uso en los términos que fije la ley. // Para garantizar el pluralismo informativo y la competencia, el Estado intervendrá por mandato de la ley para evitar las prácticas monopolísticas en el uso del espectro electromagnético. Sobre este punto, la Corte Constitucional ha precisado: “Corresponde, entonces, al legislador y a la Comisión Nacional de Televisión administrar de tal manera el uso de un bien público, con calidad de escaso, que asegure verdaderamente -al Estado como a los particulares- la posibilidad de acceder a su utilización, en condiciones que garanticen los principios de competencia y pluralismo consagrados expresamente por el Constituyente.” Corte Constitucional, sentencia C-445 de 1997.

⁶⁶ 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 le 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.

⁶⁷ “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.

⁶⁸ “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



como el derecho a una información de calidad, esto es que sea oportuna, completa, veraz⁶⁹ e imparcial.⁷⁰

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,*”⁷¹ 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 exclusiva⁷²) 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.⁷³

9.6.- Para el problema jurídico que es objeto del presente pronunciamiento, conviene señalar que los medios de comunicación, en tanto empresas destinadas a la difusión de contenidos escritos, radiales, visuales o digitales gozan del derecho a la libertad de

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.

⁶⁹ 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.

⁷⁰ 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].

⁷¹ Corte Constitucional, sentencias T-403/1992, T-530/1992, C-640/2010 y C-540/2012.

⁷² 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.

⁷³ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección C. Sentencia de 12 de noviembre de 2014, exp. 28505.



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

9.7.- Sobre este punto vale detenerse en lo preceptuado en el artículo 13.3 de la Convención Americana de Derechos Humanos donde se dispone que la libertad de expresión no puede restringirse por vías o medios indirectos, esto es, aquellos que *prima facie* no parecerían suponer obstáculo para el ejercicio de este derecho. Seguidamente el artículo enlista, a título enunciativo, medidas tales como “el abuso de controles oficiales o particulares de papel para periódicos, de frecuencias radioeléctricas o, de enseres y aparatos usados en la difusión de información o por cualesquiera otros medios encaminados a impedir la comunicación y la circulación de ideas y opiniones”.

9.8.- En este orden de ideas, supondría una contradicción en sus propios términos reconocer el derecho a la libertad de expresión pero afirmar que se priva a los sujetos activos de los mecanismos o soportes físicos, lógicos, técnicos o digitales para la recepción, emisión y difusión de lo que se desea comunicar o compartir a la audiencia receptora. Sería tanto como un derecho carente de contenido y, por tanto, que no protege a quien funge como comunicador. Como lo precisó la Corte Interamericana de Derechos Humanos en *La Última Tentación de Cristo c. Chile* “la libertad de expresión no se agota en el reconocimiento teórico del derecho a hablar o escribir, sino que comprende además, inseparablemente, el derecho a utilizar cualquier medio apropiado para difundir el pensamiento y hacerlo llegar al mayor número de destinatarios (...) la expresión y la difusión del pensamiento y de la información son indivisibles”⁷⁴.

9.9.- A este respecto vale traer a colación lo sostenido por la Corte Constitucional en sentencia T-081 de 1993 cuando recordó que “La potestad estatal de intervenir en materia

⁷⁴ Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso *La Última Tentación de Cristo c. Chile*, sentencia de 5 de febrero de 2001.



del uso del espectro electromagnético no es ilimitada. El legislador al regular la materia está sujeto a lo dispuesto en los tratados internacionales (CP art. 93) que garantizan los derechos fundamentales tanto del emisor como del receptor de la información”. Dicho con otras palabras, el régimen de regulación del espectro electromagnético, al tener una estrecha relación con la libertad de expresión, deviene en convencional.

9.10.- Corolario de lo dicho, fluye que conforme a los parámetros de protección del derecho a la libertad de expresión las restricciones de carácter legal (nunca administrativas) para acceder o usar los soportes que sirven de vehículo de comunicación deben satisfacer la prueba de idoneidad, estricta necesidad y proporcionalidad en el marco de una sociedad democrática⁷⁵.

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

10.1.- La Corte Constitucional ha definido al espectro electromagnético como “una franja de espacio alrededor de la tierra a través de la cual se desplazan las ondas radioeléctricas que portan diversos mensajes sonoros o visuales.”⁷⁶. La importancia de este bien se encuentra en que es útil para el transporte de información e imágenes.

⁷⁵ “**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,⁷⁵ ulterior⁷⁵ y especial⁷⁵, 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,⁷⁵ todo ello siempre y cuando se compruebe que éste tipo de limitantes se justifica de acuerdo con un criterio de proporcionalidad estricta⁷⁵ 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*”⁷⁵ 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.⁷⁵ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección C. Sentencia de 12 de noviembre de 2014, exp. 28505.

⁷⁶ Corte Constitucional, sentencia T-081 de 1993.



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

10.3.- Así, se verifica que el artículo 75 de la Constitución Política establece que “El espectro electromagnético es un bien público inenajenable e imprescriptible sujeto a la gestión y control del Estado. Se garantiza la igualdad de oportunidades en el acceso a su uso en los términos que **fije la ley**. // Para garantizar el pluralismo y la competencia, el Estado intervendrá por **mandato de la ley** para evitar las prácticas monopolísticas en el uso del espectro electromagnético” (Resaltado propio). Sobre ello, la Sala Plena Contenciosa de esta Corporación, ha considerado que el acceso al espectro electromagnético “debe darse por medios no discriminatorios, sustancialmente ligados a la concurrencia, por lo tanto la participación amplia de interesados para su acceso, pero también, a la competencia entre los agentes del mercado interesados en su utilización.”⁷⁷ 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 comunicación⁷⁸⁻⁷⁹, en aras de

⁷⁷ Consejo de Estado, Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, sentencia de 14 de febrero de 2012, exp. 38924.

⁷⁸ “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.” *Ibíd.*

⁷⁹ “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.



garantizar la diversidad y el equilibrio informativo y expresivo, todo dentro del marco establecido por el legislador y no por la administración unilateralmente.

10.4.- Igualmente, la jurisprudencia constitucional ha precisado que las finalidades de la intervención del Estado, a través de la Ley, en el espectro electromagnético hacen relación con la preservación de la finalidad social de los medios de comunicación audiovisuales, el uso técnicamente adecuado del espectro, la igualdad de oportunidades en su acceso y evitar la conformación de monopolios⁸⁰.

10.5.- 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”⁸¹; del mismo modo, la Relatoría para la Libertad de Expresión de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos ha enfatizado en que “los requisitos administrativos, económicos y técnicos que se exijan para el uso de licencias sean los estrictamente necesarios para garantizar su funcionamiento, que estén previstos en la regulación de modo claro y preciso, y que no puedan ser modificados de manera injustificada mientras dura la licencia”⁸², 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.

10.6.- En este orden de ideas, tiene claro el Despacho que la administración del espectro electromagnético por parte del Estado, en tanto bien público, impone la aplicación de

⁸⁰ “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.

⁸¹ 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.

⁸² 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.



criterios estrictamente necesarios, claros, objetivos y expresamente establecidos en la ley de modo tal que se garantice, de manera real, la posibilidad a los interesados de acceder a su uso o concesión en ejercicio de su derecho humano fundamental a la libertad de expresión.

10.7.- Por consiguiente, se opone a la libertad de expresión las exigencias adicionales en materia de acceso al espectro electromagnético que no encuentran soporte en la Ley o, inclusive, aquellas que aún estando allí consagradas no consulten los criterios de idoneidad, estricta necesidad y proporcionalidad. Dicho con otras palabras, se trata de una competencia que ineludiblemente debe ser acompañada con parámetros convencionales y constitucional en materia de libertad de expresión⁸³.

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

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

⁸³ 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.”



constitucionales y convencionales, nada menos que la libertad de expresión y el acceso y la difusión de información.

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

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

11.2.- así, se tiene que el Constituyente de 1991 eligió un sistema de economía social de mercado, según el cual, la dirección de la misma corresponde al Estado, a quien le compete intervenir a fin de evitar o corregir las denominadas fallas del mercado, garantizar el pleno empleo de las fuerzas económicas, preservar la libre competencia de quienes concurren al mercado, el mejoramiento de la calidad de vida de los habitantes, etc, de acuerdo a los postulados vertidos en los artículos 333⁸⁴ y 334⁸⁵ de la Constitución Política, tal como ha sido advertido por la jurisprudencia constitucional:

⁸⁴ 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.

⁸⁵ 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.



“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 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.”⁸⁶

11.3.- En este contexto, debe decirse que el referente constitucional del artículo 333, dirigido a garantizar la libertad de empresa e iniciativa económica, vinculado estrechamente con la protección y garantía del derecho a la propiedad y el libre desarrollo de la personalidad, supone, para los particulares, la libertad de emprender cualquier tipo de actividad comercial y/o empresarial, de manera libre y autónoma; advirtiendo que este derecho, como todos los demás de raigambre constitucional y legal, puede ser limitado por el Estado⁸⁷, en ejercicio de la cláusula competencial habilitante del mismo artículo, al señalar que “la ley determinará el alcance de la libertad económica cuando así lo exijan el interés social, el ambiente y el patrimonio cultural de la Nación.”

11.4.- Por lo tanto, la intervención del Estado en la economía reviste un carácter restrictivo, razón por la cual, la regla general, como se explicó, consiste en la garantía de la libertad de empresa e iniciativa privada⁸⁸, cuestión que se entiende claramente cuando se verifica el inciso primero del artículo 333, ya mencionado, que dispone: “La actividad

⁸⁶ Corte Constitucional, Sentencia C-865 de 2004.

⁸⁷ 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**.⁸⁷ 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.

⁸⁸ 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 proscriba 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.



económica y la iniciativa privada son libres, dentro de los límites del bien común. **Para su ejercicio nadie podrá exigir permisos previos ni requisitos, sin autorización de la ley.**” (Resaltado propio).

11.5.- Es por tal razón que la economía social de mercado, establecida en la Constitución de 1991, supone, para el particular un derecho general de libertad⁸⁹, 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”⁹⁰, 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 competencia⁹¹, 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

⁸⁹ Una formulación del derecho general de libertad se encuentra en Robert Alexy cuando dice que éste se explica de la siguiente manera: (2) Si x es una acción (hacer u omisión) y no está prohibida por una norma jurídica formal y materialmente constitucional, entonces está permitida la realización de x”. ALEXY, Robert. Teoría de los Derechos Fundamentales. 1ª edición, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 1993, p, 337.

⁹⁰ 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.

⁹¹ “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.



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 jurídico⁹²

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 neoliberales⁹³, 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 desaparecerla⁹⁴.

(...)

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.”⁹⁵

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

⁹² PAREJO ALFONSO. Estudio preliminar al libro Libertad de empresa en el Estado social de derecho, cit., p. 25.

⁹³ HAYEK. Camino de servidumbre, cit., p. 37.

⁹⁴ PAREJO ALFONSO. Estudio preliminar al libro Libertad de empresa en el Estado social de derecho, cit., p. 28.

⁹⁵ 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.



11.7.- Sobre tal cuestión la Sala de Subsección C se pronunció recientemente destacando el alcance convencional de economía social de mercado y los medios de comunicación en cuanto 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 artículos 13, relativo a la libertad de expresión y 21, sobre propiedad privada, de la Convención Americana de Derechos Humanos.”⁹⁶ (Resaltado propio).

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

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

12.1.- Es a la luz de los anteriores parámetros convencionales y constitucionales alusivos a la libertad de expresión que este Despacho abordará la lectura del párrafo del artículo 13 de la Resolución No. 759 de 2013 dictada por la Autoridad Nacional de Televisión –

⁹⁶ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección C. Sentencia de 12 de noviembre de 2014, exp. 28505.



ANTV; sin embargo, para una comprensión integral de dicho apartado precisa esta judicatura de una revisión general de lo regulado en el acto administrativo en mención.

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

12.3.- En cuanto al trámite, el artículo 8º dispone que, en primera medida, corresponde a la ANTV la evaluación de la solicitud donde se verificará que esta cumpla los requisitos establecidos en los artículos precedentes. De ser favorable esta valoración la ANTV remitirá a la Agencia Nacional del Espectro (artículo 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-”.

12.4.- Surtida la anterior etapa el Comité Evaluador de la ANTV analizará la información elaborada por la ANE y “presentará a la Junta Nacional de Televisión el informe de Evaluación de la Solicitud y la recomendación correspondiente”, debiendo la junta decidir dentro de los ocho (8) días siguientes a la presentación de tal informe (artículo 10) si emite acto administrativo de asignación de frecuencia (artículo 11). Finalmente la ANTV comunicará la asignación de la frecuencia a la ANE “para que ésta actualice el Registro de Frecuencias de que trata el artículo 27 de la Ley 182 de 1995” (artículo 12).

12.5.- Seguidamente, en el artículo 13, la Resolución dispone que “expedido el acto administrativo de asignación de frecuencia, el concesionario deberá, con una antelación mínima de tres (3) meses al inicio de operaciones, presentar la información técnica



complementaria de la estación de televisión establecida en los siguientes numerales, la cual tendrá que estar conforme al Cuadro de Características Técnicas de la Red – CCTR- establecido en el acto administrativo de asignación de la frecuencia.”

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

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

12.8.- Si el solicitante no subsana su solicitud o ésta no se ajusta a lo requerido la ANE emitirá concepto de no viabilidad y remitirá lo actuado a la ANTV. Esta última entidad así lo informará al concesionario “y este no podrá iniciar operaciones, y quedará en la obligación de presentar la información técnica complementaria ajustada al CCTR dentro de los dos (2) meses siguientes, contados a partir del recibo de la comunicación. En caso de no hacerlo dentro de dicho plazo o de presentar información que no cumpla con los requisitos previstos, la ANTV quedará facultada para recuperar la frecuencia o canal radioeléctrico asignado”.

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

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

12.10.- En consecuencia, el párrafo reitera que el inicio de operaciones sólo puede tener lugar luego de la autorización que para tal efecto expida la ANTV. Con otras



palabras, no le basta al concesionario con obtener acto administrativo de asignación de frecuencias sino que la reglamentación comentada demanda que previo al inicio de actividades esté acreditado el cumplimiento de los requerimientos técnicos conforme al Cuadro de Características Técnicas de la Red – CCTR –, que es establecido por la ANE en cada caso.

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

12.12.- Así, por atribución de una banda de frecuencias se entiende la “inscripción en el Cuadro de atribución de bandas de frecuencia, de una banda de frecuencias determinada, para que sea utilizada por uno o varios servicios de radiocomunicación terrenal o espacial o por el servicio de radioastronomía en condiciones especificadas. Este término se aplica también a la banda de frecuencias considerada”⁹⁷.

12.13.- A su turno, se comprende por adjudicación de una frecuencia o canal radioeléctrico la “inscripción de un canal determinado de un plan, adoptado por una conferencia competente, para ser utilizado por una o varias administraciones para un servicio de radiocomunicación terrenal o espacial en uno o varios países o zonas geográficas determinados y según condiciones especificadas”⁹⁸.

12.14.- Y, finalmente, se entiende por asignación de una frecuencia o de un canal radioeléctrico la “autorización que da una administración para que una estación radioeléctrica utilice una frecuencia o un canal radioeléctrico determinado en condiciones especificadas”⁹⁹.

⁹⁷ 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].

⁹⁸ *Ibíd.*, p. 9

⁹⁹ *Ibíd.*, p. 9.



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

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

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

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

13.3.- Igualmente, reconociendo que el espectro electromagnético es un bien público de la Nación pero que constituye el vehículo para el ejercicio de la libertad de información y expresión de medios de comunicación tales como la radio y la televisión, los parámetros



convencionales y constitucionales establecen la competencia del Estado para regular su acceso precisando que tal intervención deben dirigirse a velar por el uso técnicamente adecuado, garantizando el acceso en condiciones de igualdad de los potenciales usuarios, evitando el monopolio de su uso y teniendo en consideración la finalidad social de los medios de comunicación. Igualmente, debe tratarse de criterios de intervención objetivos, claros y, sobre todo, establecidos en la Ley.

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

13.5.- Por consiguiente, entiende el Despacho que el análisis del caso involucra dos bienes jurídicos convencional y constitucionalmente protegidos como son la libertad de expresión y opinión así como la libre iniciativa económica. Es a la luz de este preciso marco jurídico protector que se pasa a verificar si el contenido del parágrafo del artículo 13 de la Resolución No. 759 de 2013 denota contradicción con los contenidos del ordenamiento jurídico al cual se encuentran sujetos y, por tanto, demanda la suspensión provisional de sus efectos.

13.6.- Por tanto, téngase en cuenta que el artículo 13 de la Resolución No. 759 de 2013 se encarga de regular un procedimiento administrativo posterior a la asignación de frecuencias que busca, puntualmente, verificar el cumplimiento de la información técnica complementaria de la estación de televisión conforme al Cuadro de Características Técnicas de la Red – CCTR – como requisito previo para el inicio de operaciones de la



frecuencia asignada. Es en ese marco procedimental que el párrafo de dicho artículo establece que: **“Bajo ninguna circunstancia el concesionario podrá radiodifundir señales desde la estación de televisión, hasta que la ANTV le informe mediante comunicación escrita al concesionario, que se encuentra autorizado para iniciar operaciones”** (resaltado propio).

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

13.7.1.- Por cuanto se establece la exigencia de un permiso o autorización previa a los concesionarios para desarrollar sus actividades económicas sin competencia ni autorización legal de ninguna naturaleza, desconociendo los perentorios mandatos del artículo 333 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 párrafo 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 exclusiva¹⁰⁰ reserva de Ley al tiempo que la Constitución Política fija perentoriamente en el artículo 84 que “Cuando un derecho o una actividad hayan sido reglamentados de manera general, las autoridades públicas no podrán establecer ni exigir permiso, licencias o requisitos adicionales para su ejercicio”.

¹⁰⁰ Cfr. Artículos 13 de la Convención Americana de Derechos Humanos y artículo 19 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.



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 creó un procedimiento que envuelve, directamente, el ejercicio de la libertad de expresión y la operatividad de los medios de comunicación en tanto empresas, es decir, no se trata de una regulación que atiende a cuestiones internas de la ANTV sino que involucra, irremediabilmente, los derechos de los asociados a la libertad de expresión y la libre iniciativa privada, sin autorización legal. Por consiguiente, aparece que la accionada se arroga competencias que la Constitución o la Ley no le establecen violando con ello el principio de reserva de Ley, pues no debe olvidarse que de acuerdo con el artículo 13 de la Convención Americana de Derechos Humanos y los artículos 20 y 333



de la Constitución Política de Colombia se exige dicha reserva para la restricción de las libertades de expresión y de iniciativa privada.

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

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

(...)

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

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

4.3.1.2.- Así las cosas, la Sala advierte que tanto la jurisprudencia¹⁰¹ como la doctrina especializada¹⁰² han señalado que la competencia de establecer los procedimientos administrativos, con independencia de que éstos sean generales o especiales, corresponde de forma exclusiva al legislador y no a la autoridad administrativa, conclusión a la que se ha llegado a partir del estudio del artículo 150 de la Constitución, pues éste asigna como competencia exclusiva al legislador la expedición de códigos y, por tanto, los procedimientos administrativos contenidos en disposiciones especiales se consideran parte integrante del Código Contencioso Administrativo.”¹⁰³ (Resaltado propio).

¹⁰¹ CONSEJO DE ESTADO, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Sentencia del 14 de abril de 2010. C.P.: Enrique Gil Botero, Expediente: 36054. Véase también, CORTE CONSTITUCIONAL, Sentencias Sentencia C – 252 de 1994. En igual sentido, la Sentencia C – 229 de marzo 18 de 2003.

¹⁰² SANTOFIMIO GAMBOA, Jaime Orlando. *Op., cit.*, pp. 182 a 190.

¹⁰³ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección C. Sentencia de 21 de marzo de 2012, exp. 39477.



Así las cosas, sin mayor esfuerzo este Despacho encuentra una contradicción analítica inicial protuberante entre el párrafo en comento, como parte integrante del artículo 13 de la Resolución No. 759 de 2013, y la normativa convencional y constitucional relativa a la libertad de expresión y la libertad económica, oposición que se hace patente una vez se advierte la violación al principio de reserva de Ley y la institucionalización de permisos y procedimientos administrativos que guarda relación intrínseca con los derechos convencionales y constitucionales ya citados.

13.7.6.- Lo dicho precedentemente no se agota en un simple problema formal de competencias, por el contrario el Despacho entiende que tal regulación de la administración comprende un quiebre medular a las cláusulas de Estado Democrático y de Derecho como normativamente se rotula el Estado colombiano, al auto-atribuirse la ANTV competencias que son exclusivas del legislador, las cuales encuentran su respaldo en el profundo peso que tienen tales bienes jurídicos convencionales y constitucionales en la sociedades contemporáneas. Además, con la usurpación de funciones legislativas ocurre que se presenta una violación al principio democrático por cuanto se desconoce la competencia del Congreso de la República como creador y regulador de los procedimientos administrativos así como encargado de concretar la intervención estatal en la economía, conforme a los artículos 333 y 334 de la Constitución Política.

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

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



conlleva la carga para el Juez de decretar la suspensión provisional de efectos del acto, si ello ha sido solicitado.

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

13.10.- Siendo lo anterior así, se sigue inexorablemente el decreto de la medida de suspensión provisional de los efectos del párrafo del artículo 13 de la Resolución No. 759 de 2013 dictada por la Autoridad Nacional de Televisión – ANTV.

En mérito de lo expuesto,

RESUELVE

DECRETAR la suspensión provisional de los efectos del párrafo del artículo 13 de la Resolución No. 759 de 5 de agosto de 2013 expedida por la Autoridad Nacional de Televisión – ANTV, por las razones expuestas en esta providencia.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

JAIME ORLANDO SANTOFIMIO GAMBOA