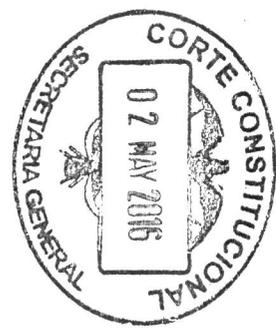


D-11407.
OK

Línea de Litigio de Alto Impacto
Grupo de Derecho de Interés Público (Polites)



Señores:
CORTE CONSTITUCIONAL
E.S.D.
Calle 12 No. 7-65 Palacio de Justicia
Bogotá D.C.

Asunto: Acción Pública de Inconstitucionalidad.

MARIA DEL MAR RAMÍREZ QUINTERO colombiana, mayor de edad identificada con cédula de ciudadanía N° 1.1144.068.667 de Cali, domiciliada y residente en Cali (Valle del Cauca), CARLOS ANDRÉS ECHEVERRY RESTREPO, colombiano, mayor de edad, identificado con la cédula de ciudadanía N° 10.024.650 de Pereira, domiciliado y residente en Pereira (Risaralda), JUAN CARLOS RIVEROS colombiano, mayor de edad, identificado con la cédula de ciudadanía N° 1.151.938.410 de Cali, domiciliado y residente en Cali (Valle del Cauca), HERNÁN DAVID SOTO RODRÍGUEZ colombiano, mayor de edad, identificado con la cédula de ciudadanía N° 1.144.068.450 de Cali, VALERIA CARÉ VARGAS colombiana, mayor de edad identificada con cédula de ciudadanía N° 1.107074522 de Cali, domiciliada y residente en Cali (Valle del Cauca), SEBASTIÁN VARGAS POVEDA colombiano, mayor de edad, identificado con la cédula de ciudadanía N° 1.107.085.756 de Cali, y todos los integrantes de la Línea de Litigio de Alto Impacto (vinculada al grupo de Derecho de Interés Público -Polites-) de la Pontificia Universidad Javeriana de Cali, de acuerdo con lo establecido en el artículo 4, en el numeral 6 del artículo 40, el numeral 4 del artículo 241 y el numeral 1 del artículo 242 de la Constitución Política de Colombia, nos dirigimos a ustedes para interponer una Acción Pública de Inconstitucionalidad contra el numeral 4 del artículo 14 de la Ley 1341 de 2009 por cuanto contradice disposiciones de la Constitución Nacional.

I. NORMA ACUSADA

LEY 1341 DE 2009
(Julio 30)

Por la cual se definen principios y conceptos sobre la sociedad de la información y la organización de las Tecnologías de la Información y las Comunicaciones -TIC-, se crea la Agencia Nacional de Espectro y se dictan otras disposiciones

(...)

Artículo 14. Inhabilidades para acceder a los permisos para el uso del espectro radioeléctrico. No podrán obtener permisos para el uso del espectro radioeléctrico:

(...)

4. Aquellas personas que hayan sido condenadas a penas privativas de la libertad, salvo cuando se trate de delitos políticos o culposos. (Negrilla y subrayado fuera de texto).

La norma acusada como inconstitucional es la del numeral 4 del artículo 14 de la Ley de 2009, transcrita, subrayada y resaltada en negrilla.





Pontificia Universidad
JAVERIANA
Cali

II. NORMAS CONSTITUCIONALES INFRINGIDAS

La normatividad constitucional infringida:

- **Artículo 1.** Colombia es un Estado social de derecho, organizado en forma de República unitaria, descentralizada, con autonomía de sus entidades territoriales, democrática, participativa y pluralista, fundada en el respeto de la dignidad humana, en el trabajo y la solidaridad de las personas que la integran y en la prevalencia del interés general.
- **Artículo 2.** Son fines esenciales del Estado: servir a la comunidad, promover la prosperidad general y garantizar la efectividad de los principios, derechos y deberes consagrados en la Constitución; facilitar la participación de todos en las decisiones que los afectan y en la vida económica, política, administrativa y cultural de la Nación; defender la independencia nacional, mantener la integridad territorial y asegurar la convivencia pacífica y la vigencia de un orden justo.
Las autoridades de la República están instituidas para proteger a todas las personas residentes en Colombia, en su vida, honra, bienes, creencias, y demás derechos y libertades, y para asegurar el cumplimiento de los deberes sociales del Estado y de los particulares.
- **Artículo 4.** La Constitución es norma de normas. En todo caso de incompatibilidad entre la Constitución y la ley u otra norma jurídica, se aplicarán las disposiciones constitucionales.
- **Artículo 13.** Todas las personas nacen libres e iguales ante la ley, recibirán la misma protección y trato de las autoridades y gozarán de los mismos derechos, libertades y oportunidades sin ninguna discriminación por razones de sexo, raza, origen nacional o familiar, lengua, religión, opinión política o filosófica.
El Estado promoverá las condiciones para que la igualdad sea real y efectiva y adoptará medidas en favor de grupos discriminados o marginados.
El Estado protegerá especialmente a aquellas personas que por su condición económica, física o mental, se encuentren en circunstancia de debilidad manifiesta y sancionará los abusos o maltratos que contra ellas se cometan.
- **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.
- **Artículo 75.** El espectro electromagnético es un bien público inajenable 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.





- **Artículo 93.** Los tratados y convenios internacionales ratificados por el Congreso, que reconocen los derechos humanos y que prohíben su limitación en los estados de excepción, prevalecen en el orden interno.
 Los derechos y deberes consagrados en esta Carta, se interpretarán de conformidad con los tratados internacionales sobre derechos humanos ratificados por Colombia (...)

- **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.

III. PETICIÓN

1. Se solicita a la Honorable Corte Constitucional declare inexecutable el numeral cuarto del artículo 14 de la ley 1341 de 2009, por las razones que se expondrán en el acápite de “Concepto y razones de violación”.
2. En caso que, al hacer el test de proporcionalidad y el test de igualdad, la Corte encuentre executable la disposición acusada, se solicita se condicione la declaratoria de constitucionalidad solo a aquellos delitos que conlleven una afectación de bienes jurídicos sensibles para la opinión pública (como los delitos contra la administración pública).
3. En caso de que no se cumplan a cabalidad los requisitos de claridad, certeza, especificidad, pertinencia y suficiencia, se ruega a la Corte Constitucional dar aplicación al principio *pro actione*.



Se desarrollaran los argumentos que justifican la inconstitucionalidad de la norma demandada, para esto se dividirá la demanda en cinco acápite. A) Sobre la libertad de fundar medios masivos de comunicación, B) El carácter de bien público del espectro electromagnético, C) Sobre las restricciones al derecho a la libertad de pensamiento y expresión, D) Test de Proporcionalidad, E) Test de igualdad.

A. Sobre la libertad de fundar medios masivos de comunicación

1. El artículo 20 de la Constitución Nacional consagra uno de los derechos que integran el principio de libertad de pensamiento y expresión, a saber el de fundar medios masivos de comunicación. La corte lo ha reiterado al indicar que:

“el artículo 20 de la Constitución contiene un total de once elementos normativos diferenciables, puesto que ampara siete derechos y libertades fundamentales específicos y autónomos (...) Estos derechos, libertades y prohibiciones son los siguientes:

(a) La libertad de expresar y difundir el propio pensamiento, opiniones, informaciones e ideas, sin limitación de fronteras y a través de cualquier medio de expresión –sea oral, escrito, impreso, artístico, simbólico, electrónico u otro de elección de quien se expresa, y el derecho a no ser molestado por ellas. Esta libertad fundamental constituye la libertad de expresión stricto sensu, y tiene una doble dimensión – la de quien se expresa, y la de los receptores del mensaje que se está expresando. (b) La libertad de buscar o investigar información sobre hechos, ideas y opiniones de toda índole, que junto con la libertad de informar y la de recibir información, configura la llamada libertad de información. (c) La libertad de informar, que cobija tanto información sobre hechos como información sobre ideas y opiniones de todo tipo, a través de cualquier medio de expresión; junto con la libertad de buscar información y la libertad de recibirla, configura la llamada libertad de información. (d) La libertad y el derecho a recibir información veraz e imparcial sobre hechos, así como sobre ideas y opiniones de toda índole, por cualquier medio de expresión. Junto con los anteriores elementos, configura la libertad de información. (e) La libertad de fundar medios masivos de comunicación (...)”¹ (Negrilla fuera del texto)

2. A su vez, la libertad de pensamiento y expresión está configurada por otros derechos subyacentes como: la libertad de fundar medios masivos de comunicación, la libertad de prensa, libertad de funcionamiento de medios masivos de comunicación, entre otros. De igual forma, la Corte constitucional ha indicado que

¹ Cfr. Corte Constitucional. Sentencia T-391 de 2007. M.P. Manuel José Cepeda Espinosa.



la “[L]ibertad de prensa incluye tanto la libertad de fundar medios masivos de comunicación como la libertad de estos medios de funcionar sin interferencias indebidas, de forma tal que puedan cumplir sus cruciales funciones dentro de la sociedad democrática”².

3. Tanto la doctrina como la jurisprudencia, han coincidido en afirmar que la libertad de información consiste en el derecho fundamental para publicar y difundir el mensaje informativo por cualquier medio, a su vez a este derecho se le tiene como una de las características más importantes de todo Estado democrático toda vez que hace posible el pluralismo político e ideológico. En este sentido, la libertad de expresión consolida todo tipo de libertades en una democracia, dando la posibilidad de que los individuos opinen, participen y creen medios masivos de comunicación, dando la posibilidad de que cualquier persona puede ser parte de los procesos de decisiones, por ello, cuando la libertad de expresión es limitada u obstaculizada se dice que *“la democracia pierde su dimensión social colectiva y permanente volviéndose un simple arreglo institucional formal en el cual la participación social no es efectiva”*³.
4. El derecho a fundar medios masivos de comunicación se encuentra ligado con el derecho a informar, ya que este último permite la observancia de derechos fundamentales como el derecho al libre desarrollo de la personalidad, la libertad de conciencia, la dignidad humana, entre otros, también permite a las personas realizar un control efectivo sobre el manejo de lo público y, a su vez, fortalecer los procesos democráticos propios de un Estado Constitucional. Es por esta razón que la Corte Constitucional le ha reconocido el carácter de fundamental al derecho de informar, señalando su naturaleza y alcance en la Sentencia C-488/93:

“Toda persona tiene el derecho de informar, para expresar su comunicabilidad y también para satisfacer el derecho que las demás personas tiene a estar informadas. En sentido estricto, cuando se asume como profesión el deber de informar, este derecho recae sobre un sujeto activo especializado. Es un derecho con un sujeto determinado, porque también la responsabilidad profesional es determinada y así se establece la proporcionalidad.”

5. En nuestro ordenamiento jurídico, el derecho a la libertad de pensamiento y expresión en su variante de posibilidad de crear o fundar medios masivos de comunicación, ha sido entendido como un derecho de carácter preferente necesario para el logro de **finés constitucionales valiosos** como el efectivo ejercicio de otras libertades, o el ensanchamiento del debate democrático a partir de la materialización

² Ibidem.

³ OEA – Informe Anual de la Relatoría para la libertad de expresión 2001 Párr. 1. Disponible en <http://www.oas.org/es/cidh/expresion/showarticle.asp?artID=137&IID=2>



Corte:

“Directamente ligado a la libertad de expresión, la Carta protege también de manera preferente la posibilidad de fundar medios masivos de comunicación (CP art. 20), tradicionalmente conocida como libertad de prensa, la cual goza también de una especial protección del Estado (CP art. 74), 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”⁴.

6. Asimismo, la Corte Constitucional, en Sentencia T- 460 de 2006⁵, dio cuenta de la doble dimensión (individual y social) del derecho de libertad de pensamiento y expresión que hacen que no se proteja solamente el derecho del individuo a opinar o informar, sino el derecho de la sociedad a recibir esa información u opinión y, su contribución para el fortalecimiento y profundización del principio democrático. En palabras de la Corte:

“la libertad de expresión, como ha sido señalado por esta Corporación en numerosas oportunidades, comprende una faceta individual y una social. La primera se refiere al derecho que tiene cualquier persona a expresar sus pensamientos y a utilizar cualquier medio para dar a conocerlo a otra. En este sentido, comprende la libertad de manifestarse, la libertad de pensamiento, la libertad de opinión, la libertad de informar, la libertad de prensa y la libertad de fundar medios masivos de comunicación. La segunda, por su parte, comprende el derecho a recibir informaciones y a conocer el pensamiento ajeno –derecho a ser informado”.

(...)

“En efecto, contribuye a la promoción de la democracia porque (i) hace posible la proyección de cada persona como sujeto individual y la realización de sus planes de vida –autonomía personal-; (ii) permite el flujo y confrontación constante de distintas ideas y opiniones –pluralismo informativo-, lo cual permite la formación de posturas críticas y avanzar en el conocimiento de uno mismo y del mundo; (iii) asegura que la sociedad cuente con información suficiente para la toma de decisiones –decisiones informadas-; (iv) es condición para que los partidos políticos, sindicatos, sociedades científicas y culturales y cualquier otra agrupación que pretenda

⁴ Cfr. Corte Constitucional. Sentencia T-391 de 2007. Manuel José Cepeda Espinosa.

⁵ “La Comisión y la Corte Interamericana han sostenido la existencia de dos dimensiones de la libertad de expresión, siendo tomado dichos pronunciamientos por la Corte Constitucional”

Periodistas (arts. 13 y 29 Convención Americana sobre Derechos Humanos). Opinión Consultiva OC-5/85 del 13 de noviembre de 1985. Serie A No. 5, párr. 31, disponible en: http://www.corteidh.or.cr/docs/opiniones/seriea_05_esp.pdf, CIDH, Informe No. 112/12, Caso 12.828, Fondo, Marcel Granier y otros, Venezuela, 9 de noviembre de 2012, párr. 116.



influir sobre la colectividad pueda alcanzar su cometido; (v) facilita a los ciudadanos el ejercicio de control político sobre los poderes públicos y privados; (vi) hace posible el principio de autogobierno, es decir, que los ciudadanos se gobiernen a sí mismos bien sea eligiendo a sus representantes o participando directamente en la toma de decisiones; y (vii) promueve la resolución racional y pacífica de los conflictos”⁶.

7. De acuerdo con lo anterior, tenemos que la libertad de fundar medios de comunicación se encuentra necesariamente ligada con las libertades de expresión e información, ya que tales medios se constituyen en instrumentos eficaces para difundir las ideas, las creencias, el pensamiento y la información. Respecto a este tema, es necesario remitirse a algunos pronunciamientos de la Corte, el primero hace referencia a la libertad de fundar medios masivos de comunicación como derecho fundamental de aplicación directa, y al tratamiento jurídico de carácter especial al que deben acogerse los medios de comunicación que hagan uso del espectro electromagnético, como ocurre con la radio, la televisión y en general los dispositivos tecnológicos. Al respecto, la Corte sostiene::

“(…) la libertad de fundar medios masivos de comunicación es, en principio, un derecho de aplicación inmediata por no establecer el artículo 20 de la carta ninguna reserva de ley, y no diferencia su artículo 85 entre los derechos contenidos en dicho artículo 20 al predicar de todos ellos su carácter de aplicación inmediata. No obstante, la naturaleza de las cosas impone establecer algunas distinciones entre los diversos medios masivos de comunicación con miras a armonizar el contenido de estos artículos con las demás normas de la constitución (...) En tal sentido la libertad de fundar estos medios sugeriría la libertad de transmitir o emitir información con independencia del medio utilizado para ello. No obstante, la modalidad del medio de comunicación no es irrelevante para el ejercicio de los derechos a expresar, opinar e informar. Mientras que en algunos casos solo es suficiente con disponer del recurso económico para difundir su pensamiento u opinión –prensa escrita-, en otros se deben utilizar bienes de uso público para ejercer los derechos propios de esa actividad. Esta distinción es importante en lo que respecta al reconocimiento del carácter de derecho de aplicación inmediata de la libertad de fundar medios masivos de comunicación, ya que los medios masivos de comunicación que utilizan el espectro electromagnético tienen un tratamiento jurídico especial”⁷.

8. Ahora bien, resulta pertinente despejar el siguiente interrogante ¿Cuál es la importancia de la libertad de fundar medios masivos de comunicación? En la palabras de la Corte constitucional “La importancia de la libertad de fundar medios masivos de comunicación exige, como ha indicado la Corte Interamericana de

⁶ Cfr. Corte Constitucional. Sentencia T-460 de 2006. M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra.

⁷ Cfr. Corte Constitucional. Sentencia T-081 de 1993. MP. Eduardo Cifuentes Muñoz



virtualmente abiertos a todos sin discriminación, más exactamente, que no debe haber individuos o grupos que, a priori, estén excluidos del acceso a tales medios; y (ii) que los medios de comunicación deben ser, en la práctica, verdaderos instrumentos de esa libertad y no vehículos para restringirla —ello se refleja en la prohibición de todo monopolio respecto de éstos, cualquiera sea la forma que pretenda adoptar, y la garantía de protección a la libertad e independencia de los periodistas. En adición, esta libertad demanda la intervención del Estado para facilitar la formación de tales medios. Ciertamente, aunque la libertad de expresión es un derecho de libertad, también comprende una dimensión positiva que corresponde al Estado garantizarla, es decir, la realización de ciertas actividades que posibiliten su ejercicio (...)"

9. De lo anterior, cabe resaltar que los medios de comunicación debe estar disponibles a aquellos individuos que tenga interés de hacer uso de su derecho a fundar medios masivos en conexidad con el derecho de información, libertad de prensa y demás derechos ligados al artículo 20 de la Carta, esto no quiere decir que dichos derechos no estén sujetos a restricciones, por el contrario, deben existir unos parámetros ajustados a la Constitución sin que éstos se conviertan en cargas desproporcionadas que impidan el ejercicio del derecho de creación de medios masivos de comunicación, es decir, no pueden ser medidas normativas sin un fin constitucionalmente legítimo. Asimismo, la Corte Interamericana de Derechos humanos se ha pronunciado al indicar que no debe haber discriminación para acceder a los medios masivos de comunicación, prohibiéndose la existencia de vehículos que restrinjan la libertad de expresión, siendo un derecho fundamental de carácter preferente.

En este sentido, la Convención Americana sobre Derechos Humanos, en su artículo 13 ha establecido que:

"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. (...)"

10. De conformidad con lo anterior, la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha indicado que mediante dicho artículo se protege el derecho a fundar medios masivos de comunicación con el fin de proteger la libertad de expresión de aquellas personas que tiene interés en crearlos, a su vez, el derecho a fundar medios másivos goza de las mismas garantías que protegen la libertad de expresión, por lo tanto cualquier vulneración o afectación al derecho en mención, estaría violando directamente la Convención Americana, que en virtud del bloque de constitucionalidad cuenta con la misma jerarquía de las normas constitucionales como lo ha señalado la Corte Constitucional en reiterados pronunciamientos:

“La Corporación definió entonces el bloque de constitucionalidad como aquella unidad jurídica compuesta “por...normas y principios que, sin aparecer formalmente en el articulado del texto constitucional, son utilizados como parámetros del control de constitucionalidad de las leyes, por cuanto han sido normativamente integrados a la Constitución, por diversas vías y por mandato de la propia Constitución. Son pues verdaderos principios y reglas de valor constitucional, esto es, son normas situadas en el nivel constitucional, a pesar de que puedan a veces contener mecanismos de reforma diversos al de las normas del articulado constitucional strictu sensu.”⁸

11. En observancia a esta definición y apoyándonos en doctrina ampliamente difundida, podemos resaltar tres efectos jurídicos principales que conlleva la aplicación del bloque de constitucionalidad a saber, 1) los tratados de derechos humanos que no son susceptibles de limitación en Estados de Excepción prevalecen sobre la legislación infra constitucional interna; 2) los tratados de derechos humanos pueden ser considerados como parámetros de constitucionalidad concurrentes con las normas constitucionales nacionales, por lo que un conflicto entre un tratado de derechos humanos y una ley interna puede derivar en una declaratoria de inconstitucionalidad; y 3) los derechos internacionalmente protegidos por los tratados de derechos humanos pueden ser invocados a través de las acciones nacionales destinadas a tutelar derechos constitucionales.

12. Es de resaltar el numeral 1 del artículo 13 de la Convención, cuando hace referencia a “toda persona” evidenciando que no está permitido, *prima facie*, hacer exclusiones ni discriminación de ninguna naturaleza ni condiciones a la hora de reconocer este derecho en sus diferentes variantes (libertad de pensamiento y expresión). De esto se deduce que toda ley que restrinja de alguna forma la libertad de expresión debe tener un propósito dirigido a proteger bienes jurídicos considerados de mayor valor, siendo dicha medida tan necesaria que no se puede alcanzar por otros medio menos.

⁸ Cfr. Corte Constitucional. Sentencia C-067 de 2003. M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra.



restricciones del derecho a libertad de expresión. Sobre este tema la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha manifestado que:

“En los términos de la Convención, las restricciones autorizadas para la libertad de expresión deben ser las “necesarias para asegurar” la obtención de ciertos fines legítimos, es decir que no basta que la restricción sea útil (supra 46) para la obtención de ese fin, esto es, que se pueda alcanzar a través de ella, sino que debe ser necesaria, es decir que no pueda alcanzarse razonablemente por otro medio menos restrictivo de un derecho protegido por la Convención”⁹

13. Pese a lo anterior, el numeral 4 del artículo 14 de la ley 1341 de 2009 impuso una inhabilidad desproporcionada para acceder a permisos de uso del espectro electromagnético. No se advierte un fin constitucionalmente legítimo que soporte el hecho de que las personas que han sido condenadas a penas privativas de la libertad no tengan la posibilidad de participar en un trámite administrativo dirigido a otorgar permiso para el aprovechamiento del espectro electromagnético con miras a, por ejemplo, crear una emisora o un canal de televisión, al contrario, la restricción resulta irrazonable por cuanto una persona que fue condenada a pena privativa de la libertad sí tendría derecho a crear, por ejemplo, un medio masivo de comunicación como un periódico pero en el caso de aquellos que requieren de utilización de franjas de frecuencia en el espectro electromagnético, a través de permisos, no podrían ejercer ese derecho.
14. Lo anterior produce una evidente vulneración del principio de igualdad, ya que se supone que la sanción penal tiene una función resocializadora, es decir, la persona que fue condenada debería gozar el mismo derecho de libertad de pensamiento y expresión, que las que no lo han sido, no obstante, si la persona que fue condenada desea crear un medio de comunicación que requiera del espectro electromagnético (v.gr. emisora) para controlar al poder público o privado, o para difundir sus creencias religiosas, a para exponer su opinión o creencias respecto a diversos temas, se encontraría con que la inhabilidad consagrada en el numeral 4 del artículo 14 de la Ley 1341 de 2009 impone una ‘pena perpetua’ que le impediría ejercer, en forma razonable, ese derecho a la libertad de pensamiento y expresión.

B. El carácter de bien público del espectro electromagnético y restricciones en su acceso

15. Como ya se mencionó en el acápite anterior, el derecho a la libre expresión ampara a toda persona para que pueda fundar un medio masivo de comunicación. No obstante, aquellos medios que utilizan el espectro electromagnético deben estar supeditados a una regulación transparente y, ante todo, democrática, garantizando que el mayor número de personas pueda acceder al uso del espectro electromagnético en igualdad de oportunidades.

⁹ Corte Interamericana de Derechos Humanos, Opinión Consultiva OC-5/ del 13 de noviembre de 1985. Párr.



16. En este orden de ideas, la Corte Constitucional, en Sentencia C- 555 de 2013, definió el espectro electromagnético, desde el punto de vista técnico 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. Se trata de un bien de importancia estratégica, en tanto permite “la expansión de las ondas hertzianas, mediante las cuales se desarrolla la radiodifusión, la televisión y la prestación de los servicios de telecomunicaciones, debido a su aptitud para transportar información e imágenes a corta y larga distancia”.

17. Por otra parte, la Constitución Política de 1991, en sus artículos 75 y 101, trata al espectro electromagnético de la siguiente forma:

“ARTICULO 75. El espectro electromagnético es un bien público inajenable 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.

(...)

ARTICULO 101. Los límites de Colombia son los establecidos en los tratados internacionales aprobados por el Congreso, debidamente ratificados por el Presidente de la República, y los definidos por los laudos arbitrales en que sea parte la Nación.

(...)

También son parte de Colombia, (...) el espectro electromagnético y el espacio donde actúa, de conformidad con el Derecho Internacional o con las leyes colombianas a falta de normas internacionales.”

18. De conformidad con los artículos mencionados, el espectro electromagnético: a) es un bien de uso público, b) que hace parte del territorio nacional, c) sujeto de regulaciones por parte del estado, d) y al ser viene de uso público, aplicaría lo establecido por el artículo 63 Superior para esta clase de bienes, esto es, su carácter de inalienable, imprescriptible e inalienable. Ahora bien, no se debe desconocer que la misma Constitución indica que está garantizada la igualdad de oportunidades a aquellas personas que quieran acceder al uso de este bien.

19. Con respecto al derecho a fundar medios de comunicación, cabe resaltar que esta prerrogativa se encuentra ligada al uso del bien público denominado ‘espectro electromagnético’ (en tratándose de la creación de aquellos medios de comunicación que requieran utilizar al espectro para la difusión de ondas sonoras o

SECRETARÍA DE DEC
DEPARTAMENTO DE
LIBRO DE EXAMENADO
SECRETARÍA DE
11
2011

normativas para su uso por parte de los particulares, quienes de esta manera deben someterse al control estatal antes de ejercer sus derechos a la libertad de expresión e información por medio de transmisiones de radio y televisión u otras, evitando abusos del derecho, interferencias o prácticas monopolísticas.

20. Sin embargo, la Corte Constitucional ha señalado que la intervención estatal, sobre el espectro electromagnético, no es ilimitada ya que podría anular la posibilidad de ejercer el derecho de libertad de pensamiento y expresión en su variante de crear medios masivos de comunicación:

“Los medios masivos de comunicación que requieren del espectro electromagnético, en vista de su carácter de bien público, inenajenable e imprescriptible, y en atención a su carácter limitado –lo cual se refleja en la existencia de un número limitado de frecuencias–, el constituyente quiso – artículo 75 superior- permitir su utilización por los particulares, pero sujeta a la gestión y control del Estado con miras a garantizar el acceso equitativo, su uso adecuado, el pluralismo informativo y el cumplimiento de las finalidades propias de los medios. Sin embargo, el referido requisito no puede llegar a convertirse ni en una forma de censura ni en un obstáculo desproporcionado al ejercicio del derecho”¹⁰. (Negrilla fuera del texto)

21. Se concluye de lo anterior, que las normas que deben regular el acceso al espectro electromagnético no pueden ser, de ninguna manera, un obstáculo desproporcionado al ejercicio del derecho a crear medios de comunicación. La norma demandada, en este caso, está imponiendo -de forma indiscriminada- una sanción a aquellas personas que hayan sido condenadas por delitos privativos de la libertad, teniendo en cuenta que dichas personas ya cumplieron una pena establecida por la ley como consecuencia de un delito, y lograron cumplir con la función de resocialización la pena, siendo esta:

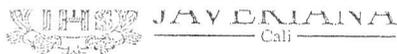
“la reintegración del individuo a la sociedad, también llamada resocialización. Esta finalidad ha sido reconocida por esta Corporación al señalar que la pena: “debe buscar la resocialización del condenado, obviamente dentro del respeto de su autonomía y dignidad, pues el objeto del derecho penal en un Estado social de derecho no es excluir al infractor del pacto social, sino buscar su reinserción en el mismo” (...) en torno al individuo y al respeto de su dignidad humana y no a su instrumentalización procesal”¹¹.

22. En otras palabras, la persona objeto de una pena privativa de la libertad no tiene porqué soportar una *pena perpetua*, siendo privadas de por vida a acceder a los mismos derechos de aquellas personas que no han cometido un hecho punitivo.

¹⁰ Cfr. Corte Constitucional. Sentencia T-460 de 2006. M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra.

¹¹ Cfr. Corte Constitucional Sentencia T-267 de 2015. M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub.





Sería un trato discriminatorio que va en contra del artículo 13 de la Constitución Política.

- 23. Ahora bien, en la Sentencia C-010 de 2000 se resume la postura histórica de la honorable Corte, en el sentido de que la intervención estatal no debe traducirse ni interpretarse como restricciones indiscriminadas, como así lo hace la norma demandada:

“El Estado tiene la facultad de intervenir en el espectro electromagnético, esta Corporación precisó que esa potestad no es ilimitada y que el legislador al regular la materia está sujeto a lo dispuesto a los tratados internacionales (CP art. 93) que garantizan los derechos fundamentales tanto del emisor como del receptor de la información, de suerte que quedan excluidas aquellas regulaciones que puedan constituir alguna especie de censura, figura proscrita en nuestro ordenamiento constitucional (CP art. 20)”

- 24. De igual forma, se puede agregar que la libertad de crear medios de comunicación, se encuentra también condicionada por los tratados Internacionales en los que Colombia se ha obligado con otros Estados a permitir el uso equitativo y técnicamente satisfactorio del espectro electromagnético y del espacio donde actúa, instrumentos jurídicos Internacionales que nuestro país no puede desconocer. Entre estos, tenemos a la Convención Americana sobre Derechos Humanos, el Convenio Internacional de Telecomunicaciones suscrito en Nairobi el 6 de noviembre de 1982, y el Reglamento de Radiocomunicaciones de la Unión Internacional de Telecomunicaciones, adoptado en Ginebra el 6 de diciembre de 1979, incorporado a la legislación colombiana por la ley 46 de 1985.

- 25. Así las cosas, considera la Corte Constitucional que la libertad de fundar medios masivos de comunicación a que alude el artículo 20 de la Constitución, no puede interpretarse en forma aislada e independiente de los demás preceptos del mismo ordenamiento. Por lo tanto, quien haga uso del derecho de libertad económica con el fin de fundar medios masivos de comunicación, está sujeto de la regulación del Estado, al estar de por medio un bien público como lo es el espectro electromagnético. Así lo ha manifestado la Corte en la Sentencia C-070/04:

“(...) cuando el artículo 20 superior garantiza a toda persona la “libertad de fundar medios masivos de comunicación”, ello no significa que el uso del espectro electromagnético pueda realizarse por los particulares sin limitación alguna, pues es claro que como se ha expuesto, el ejercicio de este derecho entratándose de la utilización de un bien de uso público no es libre y requiere por consiguiente, de la gestión y control estatal, con el objeto de preservar y desarrollar las finalidades inherentes al servicio público de televisión (artículo 365 CP.), y de la intervención por mandato de



la ley para evitar las prácticas monopolísticas a fin de garantizar el pluralismo informativo y la competencia (artículo 75 CP.)”.

26. Según la Corte, las restricciones o limitaciones al derecho a fundar medios de comunicación obedecen al “deber que tiene el Estado de organizar y asegurar la prestación regular, continua y eficiente de los servicios y funciones a su cargo, y también con la especialidad del régimen para la gestión de los bienes de uso público”¹². Sin embargo, dichas restricciones no pueden comprometer, hasta anular el núcleo esencial, el ejercicio del derecho a la igualdad y demás libertades del ordenamiento jurídico, por lo tanto “las condiciones que se impongan para acceder a éste, sólo pueden ser las estrictamente necesarias y proporcionales a la necesidad de lograr el funcionamiento eficaz y eficiente de tales derechos, sin contener restricciones desproporcionadas e irrazonables que las hagan impracticables”¹³. De esta forma no están permitidas aquellas restricciones que:

“Desborden las consideraciones técnicas, o conlleven la imposición de la censura o el establecimiento de responsabilidades previas y no posteriores, o que impliquen la creación de mecanismos indirectos, como el establecimiento de controles dirigidos a impedir o dificultar la libre difusión de las ideas y opiniones y la comunicación, o que, en general, racional y razonablemente no estén destinadas a asegurar el respeto de los derechos de los demás, la protección de la seguridad nacional, del orden público, la salud o la moral públicas”¹⁴.

27. La restricción que recae sobre aquellas personas que han sido privadas de la libertad, para acceder al espectro electromagnético, va también en contra de la libertad económica “entendida como la facultad que tiene toda persona de realizar actividades de carácter económico según sus preferencias o habilidades, con miras a crear, mantener o incrementar su patrimonio. Dicha libertad puede ser delimitada por la ley cuando así lo exijan el interés social, el ambiente y el patrimonio cultural de la Nación”¹⁵.

28. Aunque existen elementos que justifican una mayor intervención Estatal en el acceso al espectro electromagnético como lo es su carácter de recurso limitado y su naturaleza de plataforma fundamental en el desarrollo de actividades informativas, una de las bases de un Estado Social de Derecho, más allá de la importancia que sobre el particular adquiere la defensa de la igualdad material y de la libre competencia, es la consagración de valores democráticos que encuentran pleno lugar en la regulación de la información y su acceso. En las sociedades democráticas contemporáneas, la falta de reglamentación o la asignación arbitraria de los recursos que sirven de insumo en la actividad informativa, no sólo deplora la

¹² Cfr. Corte Constitucional. Sentencia C-070 de 2004. M.P. Clara Inés Vargas Hernández.

¹³ Cfr. Corte Constitucional Sentencia C-329/00. M.P. Antonio Barrera Carbonell.

¹⁴ Ibidem.

¹⁵ Cfr. Corte Constitucional. Sentencia 555 de 2013. M.P. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo.





Pontificia Universidad
JAVERIANA
Cali

igualdad en la prestación del servicio, sino también los más íntimos valores democráticos de determinada comunidad.

29. En la Sentencia C-815 de 2001, al estudiar la constitucionalidad del artículo 11 de la Ley 555 de 2000, “por la cual se regula la prestación de los Servicios de Comunicación Personal, PCS y se dictan otras disposiciones”, la Corte Constitucional dijo lo siguiente:

“Por virtud del derecho fundamental a la igualdad que se encuentra reconocido en el artículo 13 de la Constitución Política, todos los ciudadanos tienen la posibilidad (libertad) de acceder, en igualdad de condiciones a las oportunidades y beneficios que ofrece el Estado. Los efectos de la libertad de expresión sobre la democracia y el desarrollo son aún más evidentes cuando se habla de su manifestación de fundar medios masivos de comunicación, es decir, el derecho de cualquier persona que llene los requisitos legales razonables y proporcionados que imponga la normativa vigente —que no pueden llegar a constituir una forma de censura (...) Lo anterior en atención a la gran capacidad de penetración en todas las esferas de la sociedad que los medios masivos de comunicación poseen, al número considerable de receptores a los que pueden llegar, y al impacto inmediato que poseen sobre la formación de la opinión pública e, incluso, sobre los comportamientos y reacciones de los individuos”.

(...)

“todas las personas en principio toda persona puede hacer uso del derecho a fundar medios masivos de comunicación, con el fin de hacer efectivos derechos fundamentales “de opinión, información y expresión en la medida en que permiten la conformación de una opinión pública libre e informada y el cumplimiento de fines esenciales del Estado, como los de facilitar la participación de los ciudadanos en las decisiones que los afectan de la vida nacional, relativos a aspectos económicos, políticos, administrativos y culturales, así como adelantar la labor de control de las autoridades públicas en virtud del ejercicio de sus funciones”¹⁶. (Negrilla y subrayado fuera del texto)

30. De conformidad con lo anterior, existe una igualdad de condiciones que ha sido reconocida por la jurisprudencia de la Corte para aquellas personas que quieran acceder al derecho de fundar medios masivos de comunicación. Aun así no se debe desconocer las regulaciones de este derecho por parte del estado, teniendo en cuenta que dicho derecho implica el uso de un bien público como lo es el espectro electromagnético.

¹⁶ Cfr. Corte Constitucional. Sentencia C-815 de 2001. M.P. Rodrigo Escobar Gil





31. No obstante como se ha venido indicando en la demanda, estas regulaciones no pueden ser desproporcionadas o discriminatorias, por el contrario se busca que todo individuo pueda acceder bajo unos mínimos normativos estipulados por el Estado, a construir una opinión publica en caminata al cumplimiento de los fines esenciales (como la garantía de participar en las decisiones que nos afectan, artículo 2 de la Carta), motivo por el cual es menester resaltar que el derecho a la libertad de expresión no solo encuentra relación con el derecho a fundar medios masivos de comunicación, toda vez que el artículo 333 de la Constitución que establece la actividad económica, la iniciativa privada y la empresa como base del desarrollo, también se encuentra vulnerado al existir restricciones de crear empresa relacionada con el derecho a fundar medios masivos de comunicación, fruto de la iniciativa privada y de la actividad económica de cualquier persona que haya sido condenada a pena privativa de la libertad.

32. Cabe resaltar que las restricciones y regulaciones del uso del espectro electromagnético, deben estar encaminadas *“con el deber que tiene el Estado de organizar y asegurar la prestación regular, continua y eficiente de los servicios y funciones a su cargo, y también con la especialidad del régimen para la gestión de los bienes de uso público”*,¹⁷ sin desconocer la aplicación del derecho fundamental a la libertad de expresión, la creación de empresa, libertad económica e iniciativa privada que se deriva del artículo 333 de la Constitución y que permite a su vez la materialización de que cualquier individuo pueda fundar un medio masivo de comunicación.

C. Sobre las restricciones al derecho a la libertad de pensamiento y expresión

33. El artículo 13 numeral segundo, 29, literales *c* y *d*, y 32, numeral segundo de la Convención American sobre Derechos Humanos, aplica *“un juicio estricto de razonabilidad al evaluar la aceptabilidad de las medidas restrictivas de la libertad de expresión”*¹⁸, manifestando que:

“(…) la necesidad y, por ende, la legalidad de las restricciones a la libertad de expresión fundadas sobre el artículo 13.2, dependerá de que estén orientadas a satisfacer un interés público imperativo. Entre varias opciones para alcanzar ese objetivo debe escogerse aquélla que restrinja en menor escala el derecho protegido. Dado este estándar, no es suficiente que se demuestre, por ejemplo, que la ley cumple un propósito útil u oportuno; para que sean compatibles con la Convención las restricciones deben justificarse según objetivos colectivos que, por su importancia, preponderen claramente sobre la necesidad social del pleno goce del derecho que el artículo 13 garantiza y no limiten más de lo estrictamente necesario el derecho proclamado en el artículo 13. Es decir, la restricción debe ser proporcionada al interés que la justifica y ajustarse estrechamente al logro

¹⁷ Ibidem
¹⁸ Cfr. Corte Constitucional. Sentencia C-650 de 2003. M.P. Manuel José Cepeda Espinosa.





*de ese legítimo objetivo.*¹⁹ (Negrilla fuera del texto)

34. Según la Convención, las restricciones autorizadas para la libertad de expresión deben ser:

“las necesarias para asegurar la obtención de ciertos fines legítimos, es decir que no basta que la restricción sea útil (supra 46) para la obtención de ese fin, esto es, que se pueda alcanzar a través de ella, sino que debe ser necesaria, es decir que no pueda alcanzarse razonablemente por otro medio menos restrictivo de un derecho protegido por la Convención.”²⁰

35. De lo anterior surge los siguientes interrogantes: ¿Cuál es el fin, constitucionalmente legítimo, que se logra al prohibir a las personas que fueron condenadas con penas privativas de la libertad a no poder recibir permisos para utilizar el espectro electromagnético? ¿Es necesaria dicha restricción a la libertad de expresión para que la norma pueda alcanzar su propósito?

36. A la luz de la Convención Americana, la norma demandada sería una restricción desproporcionada que no persigue un fin legítimo, en este caso la jurisprudencia y la Corte Interamericana ha manifestado que *“si existe un medio alternativo menos restrictivo de la libertad, la medida se torna inconstitucional”²¹.*

37. Las libertades de expresar y difundir el pensamiento, de informar y recibir información, generan espacios de discusión, opinión pública y a la vez crea conocimiento, generando el ejercicios de derechos constitucionales, siendo las libertades de expresión, información, opinión y difusión del pensamiento herramientas importantes dentro de la Constitución y de los derechos fundamentales, *“en tanto su ejercicio garantiza las condiciones del debate abierto de la democracia política, científica, cultural, económica colombianas (art. 2° CP)”²².*

38. La jurisprudencia de la Corte Constitucional, bajo esta misma perspectiva, ha considerado como derechos preferentes, aquellos relacionados con la libertad de expresión, que en caso de conflicto con otros derechos se preferirán a los primeros. Lo anterior demuestra que se encuentran en un nivel superior dentro del ordenamiento jurídico al ser derecho relevantes en un Estado Social de Derecho. La jurisprudencia ha reconocido su carácter preferente al indicar que:

“La libertad de expresión ocupa un lugar preferente en el ordenamiento constitucional colombiano, no sólo por cuanto juega un papel esencial en el desarrollo de la autonomía y libertad de las personas (CP art. 16) y en el desarrollo del conocimiento y la cultura (CP art. 71) sino, además,

¹⁹ Ibidem
²⁰ Ibidem
²¹ Ibidem
²² Ibidem





Pontificia Universidad
JAVERIANA
Cali

constituye un elemento estructural básico para la existencia de una verdadera democracia participativa (CP arts. 1º, 3º y 40). Por ello, en numerosas decisiones, esta Corporación ha destacado la importancia y trascendencia de esta libertad, que protege no sólo la facultad de difundir y expresar opiniones e ideas, o libertad de expresión en sentido estricto, sino también la posibilidad de buscar, recibir y difundir informaciones de toda índole, o derecho y libertad de informar y ser informado”²³

39. Por otra parte, a Corte Interamericana de derechos humanos, en lo relativo a los alcances del artículo 13 de la convención interamericana de derechos humanos, ha sostenido que:

1. *“La libertad de expresión goza de una especial protección en el ordenamiento constitucional colombiano, ya sea bajo el aspecto de la libertad de información o bajo el aspecto de la libertad de opinión, pues ambos aspectos se conectan con el papel nuclear que desempeña la libertad de expresión en la vida social.*
2. *Cualquier restricción que se pretenda hacer al derecho a la libertad de expresión debe estar justificada y motivada por la aspiración de alcanzar fines compatibles con la democracia y con el respeto por la dignidad humana.*
3. *Las restricciones al derecho a la libertad de expresión no pueden ser distintas a las establecidas en el artículo 20 de la Constitución colombiana y a las consagradas por el artículo 13 de la Convención Interamericana de Derechos Humanos”²⁴.*

40. Asimismo, la Sentencia T-391 de 2007, establece tres presunciones que protege la libertad de expresión en su sentido amplio, que son:

- (i) *Presunción de cobertura de una expresión por el ámbito de protección del derecho constitucional;*
- (ii) *Presunción de primacía de la libertad de expresión frente a otros derechos, valores y principios constitucionales en casos de conflicto; y*
- (iii) *Sospecha de inconstitucionalidad de las limitaciones sobre la libertad de expresión y aplicación de un control de constitucionalidad estricto.*

41. Estas presunciones, demuestran que prima el derecho a libertad de expresión, en conjunto con los derechos que se deriva de este, como fundar medios masivos de comunicación. Esto demuestra el carácter preferente que tiene, el cual no puede estar sujeto a restricciones que no sean lo suficientemente necesarias para alcanzar el fin propuesto por una medida normativa.

²³ Corte Constitucional. Sentencia C-010 de 2000. M.P. Alejandro Martínez Caballero.

²⁴ Corte Constitucional sentencia T-679 de 2005. M.P. Humberto Antonio Sierra Porto.





Pontificia Universidad
JAVERIANA
Cali

42. Con el fin de realizar una ponderación de derechos, en el siguiente acápite se desarrollara el examen de proporcionalidad.

D. Test de Proporcionalidad

43. Para la Corte Constitucional “[E]l test de proporcionalidad es un instrumento hermenéutico que permite establecer si determinada medida resulta adecuada y necesaria para la finalidad perseguida, sin que se sacrifiquen valores, principios o derechos de mayor entidad constitucional para el caso concreto que se analiza”²⁵.

44. Existe una potestad por parte del legislador para crear, interpretar, modificar y derogar leyes, no obstante dicha capacidad no es plena, ya que la Corte Constitucional señala que la libertad de configuración del legislador tiene límites que se deben tener en cuenta momento de crear una ley. Por lo anterior, la Corte ha definido el test de proporcionalidad, con carácter de principio, para determinar cuándo una norma es desproporcionada:

“La jurisprudencia constitucional ha deducido este principio de proporcionalidad, entre otros, de los artículos 1 — de la concepción de Estado social de derecho y del principio de dignidad humana, 2 — del principio de efectividad de los principios, derechos y deberes consagrados en la Constitución, 5 — del reconocimiento del carácter inalienable de los derechos de la persona, 6 —del establecimiento de la responsabilidad de las autoridades por extralimitación de las funciones públicas —, y del 214 de la Constitución —que establece el requisito de proporcionalidad de las medidas adoptadas durante los estados de excepción”²⁶

45. El método utilizado en el test de proporcionalidad, es la ponderación, esto quiere decir, que se debe determinar los fines que persigue la norma y la afectación que puede tener estos fines en normas constitucionales. En la Sentencia C-916 de 2002 se sostuvo que:

“El método de aplicación del principio de proporcionalidad es la ponderación. Generalmente, el objeto de la ponderación son intereses enfrentados que han recibido alguna protección constitucional, la cual es mayor en el caso de intereses cobijados por derechos fundamentales. Los intereses ponderados también se concretan en medidas y fines estatales. Se pondera, por una parte, las medidas y los fines estatales y, por otra parte, la afectación de parámetros formales o materiales consagrados en la Constitución. Existe, por lo tanto, una clara relación conceptual entre la proporcionalidad y la ponderación. La primera es establecida mediante la segunda, puesto que siendo la primera un concepto relacional, los extremos de dicha relación han de ser comparados y sopesados, esto es, ponderados

²⁵ Cfr. Corte Constitucional. Sentencia C-695 de 2013. M.P. Nilson Pinilla Pinilla.

²⁶ Corte Constitucional. Sentencia C-822 de 2005. M.P. Manuel José Cepeda Espinosa.





con el fin de establecer si ellos mantienen el equilibrio, el balance o la medida debida o, por el contrario, se desconocen las prohibiciones de exceso o defecto”.

46. La jurisprudencia hace énfasis en cuatro elementos para determinar el test de proporcionalidad, el primero es determinar cuál es la finalidad de la medida, y si se encuentra dentro de los parámetros constitucionales, asimismo se indaga por el propósito que animó la expedición de esa norma. La Sentencia C-470 de 2011 ha establecido que en este primer elemento, se realiza un análisis que indique:

“El propósito que el precepto cuestionado persigue y los intereses que busca favorecer resultan relevantes, en cuanto si la medida implica alguna restricción o sacrificio de otros derechos o intereses, (...) la validez constitucional de esa limitación depende, entre otros criterios, de la importancia que el texto superior le reconozca al objetivo que la norma pretende alcanzar”

47. Una vez determinada la finalidad de la norma, el segundo elemento a establecer es su idoneidad, es decir si es o no adecuada para alcanzar la finalidad propuesta. Tercero debe mirarse lo relativo a la necesidad de la medida, esto es, si la misma resulta indispensable para el logro del objetivo propuesto, aspecto que normalmente se determina examinando la posibilidad de que se implemente otra medida menos gravosa, pero igualmente conducente al propósito esperado²⁷

48. Finalmente se analiza si la medida resulta proporcionada *stricto sensu*, “para lo cual se requiere establecer el balance existente entre los beneficios que su aplicación podría reportar y los costos o dificultades que ello ocasionaría”²⁸. De este modo, utilizando los pasos mencionados que deben ser considerados, es posible realizar un balance de los ‘costos y beneficios’ constitucionales que puede aportar una medida legislativa, “de forma que sea posible evidenciar si ésta se encuentra ajustada al ordenamiento superior al propender por una relación de costo-beneficio que, en general, resulta siendo favorable a los intereses constitucionales en controversia”²⁹.

49. En otras palabras, a través de la proporcionalidad ha resultado posible a la Corte ponderar entre los siguientes factores: (i) el establecimiento de una serie de medidas que tienen por finalidad la consecución de un objetivo constitucionalmente admisible, deseable o válido; (ii) la correlativa afectación que con la adopción de este tipo de medidas se puede generar; y (iii) la necesidad que existe de incurrir en dicha afectación, así como la imposibilidad de lograr esa finalidad por otros medios menos lesivos.

²⁷ Ver. Corte Constitucional. Sentencia C-470 de 2011. M.P. Nilson Pinilla Pinilla.

²⁸ Ibidem

²⁹ Ibidem





Pontificia Universidad
JAVERIANA
Cali

*Línea de Litigio de Alto Impacto
Grupo de Derecho de Interés Público (Polites)*

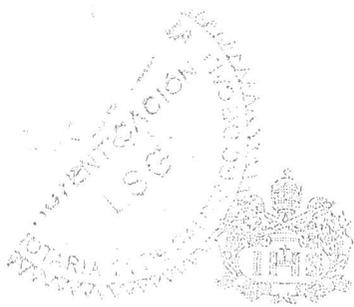
50. La Corte Constitucional ha definido el test de proporcionalidad como un medio de interpretación hermenéutico *"que se materializa a través del desarrollo de un juicio de valor que: (i) evalúa las repercusiones negativas que unas determinadas medidas que tiendan por la consecución de unos fines constitucionalmente deseables, puedan llegar a tener en otros intereses jurídicos de igual jerarquía; y (ii) tiene en cuenta la conducencia e idoneidad del medio escogido para obtener el fin deseado, de forma que le sea posible determinar al juzgador de la causa si los intereses jurídicos en balanza se encuentran nivelados o si, por el contrario, existe alguno que se esté viendo claramente desfavorecido"*³⁰.
51. Ahora bien, existen tres tipos de juicio que puede realizar la corte, los cuales se clasifican en leve, intermedio o estricto, la aplicación de cada juicio depende de la materia y los derechos que están sujetos al mismo. De acuerdo al juicio, se determina las etapas necesarias. Cuando el juicio es leve, basta con demostrar que el fin de la norma va conforme a la Constitución y que la medida es la adecuada para lograr dicho fin. El test intermedio no solo se debe demostrar que la medida es legítima, adecuada o apta, sino también que es conducente para lograr el fin que se haya propuesto y cuando se habla del juicio estricto se debe además demostrar que la norma es necesaria y proporcional.
52. El test de proporcionalidad, en su modalidad de control o juicio estricto, ha evidenciado -en la jurisprudencia de la Corte- ha sido utilizado para determinar la razonabilidad y proporcionalidad de las restricciones que afectan directamente a la libertad de expresión como derecho fundamental. Cabe resaltar que *"[l]a Corte Constitucional ha declarado ya en varias ocasiones la inconstitucionalidad de restricciones impuestas por ley a las libertades de expresión, pensamiento, opinión e información consagradas en el artículo 20 de la Constitución"*³¹. (Negrilla fuera del texto)
53. Así las cosas, el derecho a la libertad de expresión ha sido reconocido como un derecho fundamental preferente, aplicando en este caso el test de proporcionalidad. De acuerdo a esto, dicho derecho solo puede ser limitado sólo bajo los siguientes supuestos: *"i) por una 'necesidad social imperiosa' y la existencia de ese tipo de necesidad tan elevada, determina que ii) la medida no sólo deba ser útil, sino que al mismo tiempo debe ser 'razonable' u 'oportuna', y, iii) en el ejercicio último de análisis sobre la ponderación o proporcionalidad propiamente dicha de la medida, uno de los criterios en juego es, precisamente, la existencia de derechos preferentes que incrementan de modo serio el peso de una libertad sobre otra"*³².
54. Por otra parte, la Convención Americana sobre Derechos Humanos, enfatiza sobre la limitaciones de estos derechos: *"el orden público u otras razones especialmente valiosas, no deben equivaler a censura, no pueden ser discriminatorias ni proporcionalmente justificadas"*.

³⁰ Ibidem

³¹ Ibidem

³² Cfr. Corte Constitucional. Sentencia T-083 de 2002. M.P. Rodrigo Escobar Gil.





*discriminaciones, no pueden ser establecidas por medios indirectos, y en fin, como estándares de control sobre su legitimidad, deben ser aplicados los más exigentes*³³.

55. De lo anterior se infiere que la Convención Americana protege el derecho a libertad de expresión, en conexo con el derecho a fundar medios masivos de comunicación, estableciendo mínimas restricciones, con el fin de no vulnerar derechos fundamentales de individuos, es claro que los sujetos que son condenados con penas privativas de la libertad, están siendo privados de su derecho a libertad de expresión y demás derechos que se derivan de este.

56. Por otro lado, existen tres condiciones que se derivan del artículo 13 de la Convención Americana:

“(1) la limitación debe haber sido definida en forma precisa y clara a través de una ley formal y material;

(2) la limitación debe estar orientada al logro de objetivos imperiosos autorizados por la Convención Americana; y

*(3) la limitación debe ser necesaria en una sociedad democrática para el logro de los fines imperiosos que se buscan; idónea para lograr el objetivo imperioso que pretende lograr; y estrictamente proporcional a la finalidad perseguida. Asimismo, el sistema interamericano ha establecido que los tres requisitos deben cumplirse en simultáneo y que corresponde a la autoridad que impone las limitaciones demostrar que dichas condiciones han sido cumplidas*³⁴.

55. De igual forma, la Convención Americana ha estipulado que para que la restricción al derecho de la libertad de expresión sea legítima, debe perseguir uno de los siguientes fines: protección de los derechos de los demás, la protección de la seguridad nacional, del orden público o de la salud o moral pública.

56. Cuando se produce una restricción de la libertad de expresión correspondiente a proteger uno de los fines mencionados anteriormente, el estado tiene *“la carga de demostrar que efectivamente existe una amenaza cierta de que se ocasione un daño real que resulte indispensable prevenir a través de la restricción impuesta. Debe obedecer a causas reales y objetivamente verificables, que planteen una amenaza cierta y creíble de una perturbación potencialmente grave de las condiciones básicas para el funcionamiento de las instituciones democráticas. En consecuencia, no resulta suficiente invocar meras conjeturas sobre eventuales afectaciones del orden, ni circunstancias hipotéticas derivadas de interpretaciones de las*

³³ Ibidem

³⁴ CIDH. Informe Anual 2008. Volumen II: Informe Anual de la Relatoría Especial para la Libertad de Expresión, 135-136.





Pontificia Universidad
JAVERIANA
Cali

autoridades frente a hechos que no planteen claramente un riesgo razonable de disturbios graves (...). Una interpretación más amplia o indeterminada abriría un campo inadmisiblemente a la arbitrariedad y restringiría de raíz la libertad de expresión que forma parte integral del orden público protegido por la Convención Americana”³⁵

57. Si bien, “no hay fórmulas de aplicación general que permitan identificar a priori si una restricción es proporcionada o no”³⁶ la Corte Interamericana ha señalado que para “establecer la proporcionalidad de una restricción cuando se limita la libertad de expresión con el objetivo de preservar otros derechos, se deben evaluar tres factores: (i) el grado de afectación del otro derecho—grave, intermedia, moderada—; (ii) la importancia de satisfacer el otro derecho; y (iii) si la satisfacción del otro derecho justifica la restricción de la libertad de expresión”³⁷.
58. Aplicando lo anterior al caso en concreto, y teniendo en cuenta que se aplica el juicio estricto, consideramos que la norma demanda ni si quiera alcanza a cumplir con el primer punto del test de proporcionalidad, el cual implica determinar cuál es la finalidad constitucionalmente legítima de la inhabilitación contenida en el numeral 4 del artículo 14 de la ley 1341 de 2009.
59. Retomando las preguntas de ¿Cuál es el fin, constitucionalmente legítimo, que se logra al prohibir a las personas que fueron condenadas con penas privativas de la libertad a no poder recibir permisos para utilizar el espectro electromagnético? y ¿Es necesaria dicha restricción a la libertad de expresión, para que la norma pueda alcanzar su propósito? podemos decir que no son claras las intenciones del legislador al momento de establecer dicha restricción a las personas que han sido privadas de la libertad y ya cumplieron su pena. Se podría pensar que la finalidad de la norma, era establecer ciertos parámetros para acceder al espectro electromagnético, sin embargo la medida objeto de esta demanda no evidencia la existencia de algún fin constitucionalmente legítimo, además no se encuentra ajustada a los parámetros constitucionales, ni a la luz de la Convención Americana sobre Derechos Humanos.
60. Por el contrario la medida implica una restricción desproporcionada al derecho de libertad de expresión, y al derecho de fundar medios masivos de comunicación, yendo en contra de lo establecido por la Jurisprudencia al reconocerle carácter preferente.

³⁵ Ibidem párr. 75.

³⁶ Ibidem.

³⁷ Ibidem párr. 82.





E. Test de igualdad

61. El principio de igualdad conforma una de las bases fundamentales que debe regir en toda sociedad organizada y en todo Estado Constitucional. Este principio atribuye al Estado el deber de tratar a los individuos de tal manera que las cargas y las ventajas sociales inherentes a la vida en sociedad se distribuyan equitativamente entre ellos.
62. En lo referente al principio de igualdad, en aplicación al presente caso, la norma bajo estudio de la Corte Constitucional será analizada con el objeto de determinar, si el trato diferente que se da a *“aquellas personas que hayan sido condenadas a penas privativas de la libertad, salvo cuando se trate de delitos políticos o culposos”* como lo señala el artículo demandado, está prohibido, ordenado o permitido bajo los parámetros indicados bajo la luz del artículo 13 de la Constitución, ya que el legislador no está legitimado para atribuir cualquier contenido a las normas que expide, sino únicamente aquél que resulte de una fundamentación correcta, basada en la Constitución y, en general, en el Ordenamiento Jurídico.
63. Sin embargo, el problema consiste en precisar ¿De qué manera deben ser concretadas y fundamentadas correctamente las normas adscritas, mediante las cuales se determina el contenido normativo del principio de igualdad? ¿Cómo es posible establecer, de manera razonable, si un criterio de diferenciación utilizado por el Legislador -en este caso limitando el acceso a un bien de uso público- es constitucionalmente admisible? Por lo tanto para revisar si la norma acusada se ajusta o no a la Constitución es necesario recurrir al test de igualdad, para el estudio de la racionalidad de dicha norma que en palabras de la Corte es utilizado:

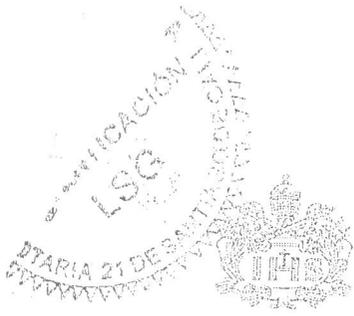
“Con el fin de establecer si en un caso determinado se justifica el establecimiento de diferencias en el trato que las autoridades dan a unos y otros individuos, esta corporación ha establecido la aplicación de un test de igualdad, para afrontar de la mejor manera posible la relatividad del concepto de igualdad.”³⁸

64. Asimismo, en la Sentencia C- 015 de 2014 la honorable Corte enunció detalladamente, las etapas que deben llevarse a cabo en el análisis de igualdad y a su vez los tres objetos que se deben analizar:

“El juicio integrado de igualdad tiene tres etapas de análisis: (i) establecer el criterio de comparación: patrón de igualdad o tertium comparationis, valga decir, precisar si los supuestos de hecho son susceptibles de compararse y si se compara sujetos de la misma naturaleza; (ii) definir si en el plano fáctico y en

³⁸ Cfr. Corte Constitucional. T-555 de 2011. M.P. Nilson Pinilla Pinilla.





Pontificia Universidad
JAVERIANA
Cali

el plano jurídico existe un trato desigual entre iguales o igual entre desiguales; y (iii) averiguar si la diferencia de trato está constitucionalmente justificada, es decir, si las situaciones objeto de la comparación ameritan un trato diferente desde la Constitución. El test de igualdad, que se aplica en el juicio integrado de igualdad, en su metodología busca analizar tres objetos: (i) el fin buscado por la medida, (ii) el medio empleado y (iii) la relación entre el medio y el fin. Según su grado de intensidad, este test puede tener tres grados: estricto, intermedio y leve.”

65. En el caso *sub examine*, consideramos que la Corte debe llevar a cabo un test de grado estricto a la norma acusada, ya que la diferenciación que hace la disposición acusada afecta de manera grave el goce de un derecho constitucional fundamental, además de carecer de racionalidad -la inhabilidad contenida en la norma acusada- según el objeto que se persigue con ella, máxime cuando dicha norma inhabilita sin plazo determinado, esto es, en forma perpetua, a las personas bajo el yugo del artículo controvertido, para acceder a los permisos para el uso del espectro radioeléctrico. En este sentido en la misma sentencia, el máximo tribunal en materia constitucional ha señalado que el objeto del mencionado test estricto es:

“establecer que si el fin es legítimo, importante e imperioso y si el medio es legítimo, adecuado y necesario, es decir, si no puede ser remplazado por otro menos lesivo. Este test incluye un cuarto objeto de análisis: si los beneficios de adoptar la medida exceden claramente las restricciones impuestas sobre otros principios y valores constitucionales.”

66. Como hemos argumentado y reiterado en la presente demanda, la medida que tomó el legislador en el numeral 4 del artículo 14 de la ley 1341 de 2009, afecta de manera directa el principio de igualdad toda vez que hace una discriminación injustificada sobre un minoritario grupo de la población, castigándolos de manera perpetua al impedirles el acceso a un bien de uso público al cual todos los Colombianos deben tener acceso en forma razonable y proporcionada.

R. Solicitud de exequibilidad condicionada.

67. En el eventual caso en que la Corte Constitucional determine que la inhabilidad consagrada en el numeral 4 del artículo 14 de la ley 1341 de 2009 sí alcanza un fin constitucionalmente legítimo, se solicita se condicione su declaratoria de exequibilidad en el sentido de que solamente aplicaría para las personas condenadas y privadas de la libertad por la comisión de ciertos delitos, esto es, de aquellos que afecten bienes jurídicos sensibles como, por ejemplo, los delitos contra la administración pública, pero que tal inhabilidad o restricción no se observe en tratándose de otros tipos penales como la injuria o algunos delitos ecológicos como la pesca o caza ilegal.





V. COMPETENCIA DE LA CORTE CONSTITUCIONAL

- El artículo 241 de la Constitución Política de 1991, establece que a la Corte Constitucional se le confía la guarda de la integridad y supremacía de la Constitución, en los estrictos y precisos términos de dicho artículo. Por lo tanto, en aras de dar cumplimiento a dicha norma, debe cumplir la función de *“Decidir sobre las demandas de inconstitucionalidad que presenten los ciudadanos contra las leyes, tanto por su contenido material como por vicios de procedimiento en su formación”*.
- El artículo 4º determina: *“La Constitución es norma de normas. En todo caso de incompatibilidad entre la Constitución y la ley u otra norma jurídica, se aplicarán las disposiciones constitucionales”*.
- El Decreto 2067 de 1991 señala los aspectos procesales de los procesos y actuaciones que deben surtirse ante la Corte Constitucional.

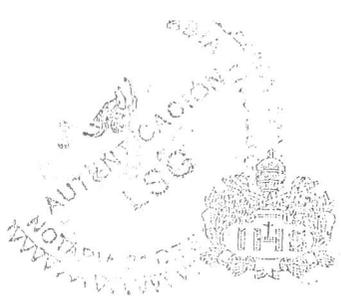
De acuerdo con lo anterior, son ustedes, honorables magistrados, competentes para conocer y fallar sobre el presente asunto.

VI. NOTIFICACIONES

- MARIA DEL MAR RAMÍREZ QUINTERO Calle 12 A # 55-20 Edificio Santa Ana de Guadalupe, apartamento 105 de la ciudad de Cali (Valle del Cauca) Celular 3207486388. Correo electrónico: marimar0294@hotmail.com
- CARLOS ANDRÉS ECHEVERRY RESTREPO Calle 22 b No. 121-110 de la ciudad de Cali (Valle del Cauca). Celular: 3173548861. Correo electrónico: carlosecheverry3@gmail.com
- JUAN CARLOS RIVEROS de la ciudad de Cali (Valle del Cauca) calle 6 oeste #10-85 de la ciudad de Cali (Valle del Cauca) Celular 3183919429. Correo electrónico: jcr1779@hotmail.com.

De la Honorable Corte,

Maria del Mar Ramirez
MARIA DEL MAR RAMÍREZ QUINTERO
CC: 1.144.068.667 de Santiago de Cali



Pontificia Universidad
JAVERIANA
Cali

*Línea de Litigio de Alto Impacto
Grupo de Derecho de Interés Público (Colites)*

CARLOS ANDRÉS ECHEVERRY RESTREPO
CC: 10.024.650 de Pereira

JUAN CARLOS RIVEROS
CC: 1.151.938.410 de Santiago de Cali

Hernán David Soto Rodríguez
HERNÁN DAVID SOTO RODRÍGUEZ
CC: 1.144.068.450 de Santiago de Cali

Sebastián Vargas
SEBASTIÁN VARGAS POVEDA
CC: 1.107.085.756 de Santiago de Cali

Valeria Caré Vargas
VALERIA CARÉ VARGAS
CC: 1.107.074.522 de Santiago de Cali