



Bogotá, agosto de 2019.
Honorable Magistrados y Magistradas
Corte Constitucional

Ref. Acción pública de inconstitucionalidad contra los artículos 1, 8, 9, 10, 11, 13, numerales 6, 23, 25, 26 y 30 del artículo 14, 21, 22, 24 y 36 de la Ley 1978 de 2019 por medio de la cual *“Por la cual se moderniza el Sector de las Tecnologías de la Información y las Comunicaciones -TIC, se distribuyen competencias, se crea un Regulador Único y se dictan otras disposiciones”* por vulnerar los artículos 1, 13, 20, 75, 113, 152 y 153 de la Constitución Política.

GUSTAVO GALLÓN GIRALDO, JULIÁN GONZÁLEZ ESCALÓN, JUAN OSPINA RENDÓN y DAVID FERNANDO CRUZ, director y abogados del área de incidencia nacional de la Comisión Colombiana de Juristas (CCJ), **EMMANUEL VARGAS**, asesor de la dirección de la Fundación para la Libertad de Prensa (FLIP), y **CAROLINA BOTERO, LUCIA CAMACHO GUTIÉRREZ y VICTOR PRÁXEDES SAAVEDRA RIONDA**, directora y abogados de la Fundación Karisma, identificados como aparece al pie de las firmas, presentamos ante la Honorable Corte Constitucional la presente **acción pública de inconstitucionalidad** contra los artículos 1, 8, 9, 10, 11, 13, 14 (numerales 6, 23, 25, 26 y 30), 21, 22, 24 y 36 de la Ley 1978 de 2019 *“Por la cual se moderniza el Sector de las Tecnologías de la Información y las Comunicaciones -TIC, se distribuyen competencias, se crea un Regulador Único y se dictan otras disposiciones”* por vulnerar los artículos 1, 13, 20, 75, 113, 152 y 153 de la Constitución Política.

NORMAS DEMANDADAS

Artículos 1, 8, 9, 10, 11, 13, 14 (numerales 6, 23, 25, 26 y 30), 21, 22, 24 y 36 de la Ley 1978 de 2019 por medio de la cual *“Por la cual se moderniza el Sector de las Tecnologías de la Información y las Comunicaciones -TIC, se distribuyen competencias, se crea un*

Regulador Único y se dictan otras disposiciones”, la cual fue publicada en el diario oficial No. 51.025 de jueves 25 de julio de 2019.

Las normas se transcriben en cada uno de los apartes de la demanda para su mejor comprensión.

NORMAS CONSTITUCIONALES VULNERADAS

A continuación, se transcriben las normas constitucionales vulneradas:

Artículo 10. 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 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 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 informativo y la competencia, el Estado intervendrá por mandato de la ley para evitar las prácticas monopolísticas en el uso del espectro electromagnético.

Artículo 113. Son Ramas del Poder Público, la legislativa, la ejecutiva, y la judicial. Además de los órganos que las integran existen otros, autónomos e independientes, para el cumplimiento de las demás funciones del Estado. Los

diferentes órganos del Estado tienen funciones separadas pero colaboran armónicamente para la realización de sus fines.

Artículo 152. Mediante las leyes estatutarias, el Congreso de la República regulará las siguientes materias:

- a) Derechos y deberes fundamentales de las personas y los procedimientos y recursos para su protección;
- b) Administración de justicia;
- c) Organización y régimen de los partidos y movimientos políticos; estatuto de la oposición y funciones electorales;
- d) Instituciones y mecanismos de participación ciudadana.
- e) Estados de excepción.
- f) La igualdad electoral entre los candidatos a la Presidencia de la República que reúnan los requisitos que determine la Ley.

Artículo 153. La aprobación, modificación o derogación de las leyes estatutarias exigirá la mayoría absoluta de los miembros del Congreso y deberá efectuarse dentro de una sola legislatura. Dicho trámite comprenderá la revisión previa, por parte de la Corte Constitucional, de la exequibilidad del proyecto. Cualquier ciudadano podrá intervenir para defenderla o impugnarla.

COMPETENCIA

La Corte Constitucional es competente para conocer la presente demanda con fundamento en el numeral 4º del artículo 241 de la Constitución Política.

SÍNTESIS DE LA DEMANDA

Esta demanda está dividida en cuatro partes: La primera de estas explica algunos asuntos preliminares que consideramos relevantes para el análisis que adelantará la Corte y las tres siguientes presentan y desarrollan tres cargos de inconstitucionalidad contra las normas demandadas.

En los asuntos preliminares, se iniciará con una explicación de la relevancia de las Tecnologías de la Información y las Comunicaciones (En adelante TIC) para el Estado social de derecho y la democracia constitucional. Una sociedad democrática requiere del correcto funcionamiento de sus instituciones, siendo una de estas el amplio y robusto ejercicio de los derechos a la libertad de expresión y prensa. Esto se fundamenta en que, a través del ejercicio de estos derechos, la ciudadanía tiene oportunidades para influenciar las decisiones públicas. Para esto último, las TICs cumplen un rol facilitador del libre intercambio de ideas y opiniones, por lo que el

Estado debe adelantar gestiones para que dichas tecnologías puedan promover la pluralidad, el debate y la deliberación democrática.

Posteriormente, se desarrollará en los asuntos preliminares la idea de protección constitucional y jurisprudencial del espectro electromagnético. En este aparte, se plantea que, a través de una interpretación sistemática de la Constitución, especialmente de los artículos 1, 13, 20 y 75, existe una finalidad constitucional de proteger eficazmente la participación ciudadana plural, en igualdad de condiciones y oportunidades, en el uso del espectro electromagnético. A partir de esto, se desprenden varias obligaciones estatales con respecto a la administración del espectro, como el acceso a su uso en igualdad de oportunidades, y la facultad del legislador para intervenir en el espectro electromagnético a partir de un deber de mantener el pluralismo informativo y evitar la concentración monopolística, pública o privada, de los medios de comunicación, entre otros.

Frente a los cargos de inconstitucionalidad, el primero plantea la vulneración por parte del legislador de la reserva de ley estatutaria, establecida en los artículos 152 y 153 de la Constitución Política, para la expedición de los artículos 8 y 9 demandados. Esto toda vez que dichos artículos contienen disposiciones que regulan derechos fundamentales, pues impactan de modo significativo el alcance de los mismos, por lo que están reservadas al trámite establecido para las leyes estatutarias. Para el planteamiento del impacto de las disposiciones sobre los derechos fundamentales, en el cargo se explican los elementos esenciales del derecho a la libertad de expresión, establecido en el artículo 20 de la Constitución, planteando que dichos elementos se materializan a través de las TIC y, se presenta la relación intrínseca entre el derecho a la libertad de expresión y el uso plural del espectro electromagnético.

El segundo cargo plantea la vulneración del principio de separación de poderes y pluralidad informativa de los artículos 8, 9, 10, 13, 14, 17, 19, 21 y 22 demandados. En nuestro concepto, dichas disposiciones otorgan una serie de facultades al Ministerio de Tecnologías de la Información y las Comunicaciones (en adelante MinTIC) concernientes al uso del espectro radioeléctrico que vulnera el principio de separación de poderes consagrado esencialmente en el artículo 113 de la Constitución en tanto dicha facultad debe recaer en un órgano autónomo del poder ejecutivo y, adicionalmente, crean un modelo de autonomía, que consideramos artificial, de la Comisión de Regulación de Comunicaciones (en adelante CRC).

Finalmente, el tercer cargo presenta los argumentos que soportan la vulneración de la cláusula general de igualdad de los artículos 1, 8, 20 y 23 demandados, teniendo en cuenta que crean un trato igual entre desiguales: los ciudadanos y los prestadores de servicios de telecomunicaciones, y como esta situación también vulnera la libertad de expresión y el acceso a la información.

ESTRUCTURA DE LA DEMANDA

1. Asuntos preliminares	6
1.1. <i>Relevancia de las tecnologías de la información y la comunicación para la democracia constitucional.....</i>	<i>6</i>
1.2. <i>Ámbito de protección constitucional del espectro electromagnético y la jurisprudencia constitucional.....</i>	<i>8</i>
2. Cargo por vulneración de la reserva de ley estatutaria	10
2.1. <i>Transcripción normativa de los artículos 8 y 9.....</i>	<i>11</i>
2.2. <i>Argumento contra los artículos 8 y 9 de la ley 1978 por violar la reserva estatutaria....</i>	<i>13</i>
3. Cargo por la vulneración del principio de separación de poderes y pluralidad informativa 17	17
3.1. <i>Argumento contra expresiones de los artículos 8,9 (de forma subsidiaria al cargo 1), 10, 13 y 14 de la ley 1978 de 2019.....</i>	<i>17</i>
3.2. <i>Transcripción normativa y argumentos particulares</i>	<i>24</i>
3.2.1. Examen de los artículos 8 y 9	24
Artículo 9	26
3.2.2. Examen del artículo 10.....	29
3.2.3. Examen del artículo 13.....	31
3.2.4. Examen del Artículo 14	32
3.3. <i>Artificialidad de la independencia de la Comisión de Regulación de Comunicaciones. ..</i>	<i>34</i>
3.3.1. <i>Actores que participan en el sector TIC: antes y después de la ley 1978 de 2019 .</i>	<i>35</i>
3.4. <i>Cargo contra los artículos 17 y 19 de la ley 1978 de 2019.....</i>	<i>36</i>
3.4.1. Examen del artículo 17.....	39
3.4.2. Examen del artículo 19.....	47
3.5. <i>Inconstitucionalidad de la adscripción del Fondo Único de Tecnologías de la Información y las Comunicaciones al MinTIC.....</i>	<i>52</i>
3.5.1. <i>Argumento contra los artículos 21 y 22 de la ley 1978 de 2019</i>	<i>52</i>
3.5.2. Examen artículo 21.....	53
3.5.3. Examen del artículo 22.....	55
4. Cargo por la vulneración a la cláusula general de igualdad	58
4.1. <i>Argumento contra los artículos 1, 20 y 27 de la ley 1978 de 2019</i>	<i>58</i>
4.2. <i>Transcripción de normas que vulneran la igualdad</i>	<i>60</i>
4.3. <i>Criterio de comparación.....</i>	<i>61</i>
4.4. <i>Trato igual entre desiguales.....</i>	<i>62</i>
4.5. <i>Inconstitucionalidad del trato igual</i>	<i>64</i>
4.5.1. El fin que busca la ley TIC	65
4.5.2. Medio empleado	65
4.5.3. Relación entre el medio y el fin.....	67
4.5.4. Conclusión del Test Integrado de igualdad	68

1. Asuntos preliminares

A continuación, de forma preliminar al desarrollo de los cargos de inconstitucionalidad, se aborda la relevancia de las tecnologías de la información y la comunicación para la democracia constitucional, así como el ámbito de protección constitucional del espectro electromagnético dentro de la Constitución Política de 1991, con el objetivo de sentar los pilares argumentativos que dan coherencia al enfoque promovido en esta acción pública de inconstitucionalidad.

1.1. Relevancia de las tecnologías de la información y la comunicación para la democracia constitucional

La libertad de expresión constituye uno de los baluartes de la democracia constitucional¹. En su ejercicio se condensan dos visiones de la libertad: la negativa, que implica la ausencia de barreras y obstáculos para su ejercicio; y la positiva, que implica el reconocimiento y promoción de las condiciones necesarias para su desarrollo. En consecuencia, su regulación debe ser cuidadosa y estar orientada a satisfacer ambas visiones de la libertad, en tanto de su adecuado tratamiento depende el saludable funcionamiento de una democracia².

A diferencia de otros sistemas de gobierno, las democracias constitucionales se fundan en el correcto funcionamiento de sus instituciones³. De acuerdo a Tom Ginsburg & Aziz Z., la salud de la democracia constitucional gravita alrededor de tres arreglos institucionales: (i) un sistema electoral democrático que celebre elecciones justas, periódicas y libres; (ii) el amplio y robusto ejercicio de los derechos a la libertad de expresión y prensa; y (iii) la integridad del principio de legalidad. Ninguno de estos arreglos puede funcionar correctamente si los otros dos son suprimidos o fuertemente limitados. De tal forma que, si la regulación en el ejercicio de los derechos a la libertad de expresión y prensa resulta desproporcionada o subordina el interés público a los intereses de pequeños grupos o del Gobierno, cercenaría también el saludable funcionamiento del sistema electoral y generaría desbalances en la aplicación del principio de legalidad. En otras palabras, con la afectación de alguna de estas instituciones se pone el riesgo la seguridad de toda la democracia constitucional.

¹ Resulta importante resaltar que la democracia constitucional contiene dos tradiciones e ideales políticos de medular importancia durante el siglo XX: por un lado, contiene el ideal democrático de que la soberanía popular descansa en el pueblo (en Colombia reside en el artículo 3 de la Constitución) y, por el otro, la limitación al poder político y al principio de mayorías como mecanismo prevalente de decisión, que son componentes básicos del constitucionalismo.

² Isaiah Berlin, *Liberty*, New York: Oxford University Press, 2002, p. 32.

³ Tom Ginsburg & Aziz Z., *How to Save a Constitutional Democracy*, Chicago: Chicago University Press, 2018, p. 9.

La relación intrínseca y necesaria que guarda el ejercicio de la libertad de expresión con la democracia constitucional, se sostiene en que fundamenta la igualdad política. Como argumenta Robert A. Dahl, la igualdad política tiene como base la idea de que los ciudadanos tienen las mismas oportunidades para influenciar las decisiones públicas, así como de promover por diferentes medios sus propias ideas y expresiones⁴. Estas oportunidades se materializan a través de los diferentes medios que establece el Estado para cumplir este propósito, así como en las vías que emergen de acuerdo al desarrollo de nuevas Tecnologías de la Información y la Comunicación (en adelante TIC) en la sociedad. La relevancia de las TIC ha llevado a importantes reflexiones en dentro de la academia nacional e internacional, a tal punto que autores como Yascha Mounk han afirmado que resulta imposible entender la democracia actual sin tener en cuenta el desarrollo e influencia de las TIC en los ciudadanos⁵.

Asegurar que a través de las TIC, para utilizar el símil de John Stuart Mill y John Milton⁶, se consolide un mercado de ideas como espacio fértil para el intercambio de posiciones de toda índole dentro del marco legal, resulta un imperativo de la democracia constitucional en la era informática. Pues, como argumenta Cass R. Sunstein:

“Una Sociedad heterogénea se beneficia de las experiencias compartidas, muchas de ellas producidas por los medios. Estas experiencias proveen una suerte de pegamento social, facilitando los esfuerzos para resolver problemas comunes, alentando entre las personas el compañerismo y la ciudadanía, y algunas veces ayudando a asegurar la capacidad de respuesta ante genuinos problemas y necesidades, e incluso ayudando a identificarlos como tal. Una especial virtud de las exposiciones no buscadas a información es que incluso si los individuos frecuentemente no ganan mucho de esta información, ellos les dirán a otros acerca de esta, y es ahí donde la información resulta beneficiosa” (traducción propia).⁷

⁴ Robert A. Dahl, *On Political Equality*, New Haven: Yale University Press, 2006, p. 156.

⁵ Yascha Mounk, *The People Vs. Democracy, Why Our Freedom is in Danger and How to save it*. Cambridge: Harvard University Press, 2018, p. 477.

⁶ John Stuart Mill, *On liberty*, New Heaven: Yale University Press, 2003, p. 137; John Milton. *Areopagitica*. London: Arc Manor LLC, 2008, p. 65.

⁷ Cass R. Sunstein, *Divided Democracy in The Age of Social Media*, New Jersey: Princeton University Press, 2017, p. 275-276. El texto original es el siguiente “A heterogeneous society benefits from shared experiences, many of them produced by the media. These shared experiences provide a kind of social glue, facilitating efforts to solve shared problems, encouraging people to view one another as fellow citizens, and sometimes helping to ensure responsiveness to genuine problems and needs, and even helping to identify them as such. A special virtue of unsought exposures to information is that even if individuals frequently do not gain much from that information, they will tell other people about it, and it is here that the information will prove beneficial.”

8

En estos tiempos, en consecuencia, el Estado no solo debe mantener estrictos márgenes para respetar la libertad de expresión de sus ciudadanos, sino que debe adelantar las gestiones necesarias para que las TIC sean efectivamente apropiadas por la ciudadanía promoviendo la pluralidad de la información, el debate y la deliberación democrática.

1.2. **Ámbito de protección constitucional del espectro electromagnético y la jurisprudencia constitucional**

La Constitución Política en los artículos 1, 13, 20 y 75 establece el principio de participación y democracia, la cláusula general de igualdad, la cláusula de libertad de expresión y prensa, y califica al espectro electromagnético como bien público inalienable e imprescriptible sujeto a la gestión y control del Estado. El compendio de normas, bajo una interpretación sistemática⁸ del cuerpo de la Constitución, persigue el mismo fin que es la efectiva protección de la participación plural, en igualdad de condiciones y oportunidades, frente al uso del espectro electromagnético⁹. La Corte Constitucional ha favorecido esta posición desde 1994 fortaleciendo una jurisprudencia pacífica sobre el interés público que suscita el uso del espectro electromagnético dentro de una democracia constitucional. En palabras de la Corte:

“Este bien público [haciendo referencia al espectro electromagnético] que forma parte del espacio Colombiano es inenajenable e imprescriptible, y está sujeto a la gestión y control del Estado, quien debe garantizar el acceso a su uso en igualdad de oportunidades y en los términos que fije el legislador. El Estado puede intervenir por mandato de la ley para garantizar el pluralismo informativo y la competencia y evitar las prácticas monopolísticas en el uso del citado bien. (arts. 63, 75, 76, 101 y 102 de la Carta)”¹⁰.

Esta posición es reforzada y ampliada en jurisprudencia más reciente: en la sentencia C 403 de 2010, por ejemplo, la Corte precisó que la facultad del legislador para intervenir en el espectro electromagnético se sustenta en mantener el pluralismo informativo y evitar la concentración de los medios de comunicación en prácticas monopolísticas que sirvan al interés de un solo grupo o a los designios del gobierno. Cuando la intervención tiene efectos diferentes de aquellos expresamente indicados en el artículo 75 de la Carta, configuraría una vulneración no solo frente a este artículo,

⁸ Entendemos por una interpretación sistemática la necesidad de que el operador judicial entienda la Constitución, no como un compendio de normas individuales, sino como un todo singular conjunto de disposiciones.

⁹ En forma de definición se utiliza el Ministerio de Tecnologías de la Información y Comunicación: “el conjunto de ondas electromagnéticas que existen en el universo ordenadas en función de sus frecuencias o longitudes de onda, o de la energía que transportan”. Ministerio de Tecnologías de la Información y de las Comunicaciones: <http://archivo.mintic.gov.co/mincom/faces/?id=1844&page=1>

¹⁰ Corte Constitucional, Sentencia C 189 de 1994, M.P. Carlos Gaviria Díaz.

sino a unos los siguientes ejes medulares de la Constitución, como lo son: i) los principios de soberanía popular, democracia participativa y participación democrática¹¹; ii) el marco democrático y participativo en materia política que orienta el funcionamiento del Estado¹²; y iii) la libre expresión, como una condición necesaria para el mantenimiento de la salud de la democracia constitucional. En palabras de la Corte:

“En este escenario, el sacrificio de los principios de igualdad de oportunidades y libre competencia, es desproporcionado en términos del riesgo de afectación del pluralismo informativo y de concentración de los medios de comunicación y de prácticas monopolísticas y del hecho que en todo caso, la asignación de las bandas mediante procedimientos de selección objetiva, permite alcanzar los mismos objetivos, sin sacrificar otros valores constitucionales”¹³.

Posteriormente, en la sentencia C 555 de 2013, la Corte reafirmó que la regulación del espectro electromagnético está sujeta a un criterio especial que impide que el uso de dicho campo este orientado, de manera absoluta, por “el régimen de libre iniciativa”¹⁴ pues esto puede mermar los objetivos que el constituyente identificó al momento de categorizar al espectro electromagnético como un bien público dentro de la Constitución, relativos al pluralismo informativo, la libertad de expresión y de información. En palabras de la Corte:

“excluidas las regulaciones que favorezcan la concentración de los medios o la ocurrencia de prácticas monopolísticas en el uso de dicho bien público, dado que la garantía de su acceso, en igualdad de condiciones, es a su vez, condición necesaria para asegurar bienes constitucionales especialmente valiosos como lo son, entre otros, el pluralismo informativo, la libertad de expresión y la de información”¹⁵

El carácter de bien público del espectro electromagnético también ha sido objeto de pronunciamiento por parte de la Corte Constitucional. En la sentencia C 298 de 1999, por ejemplo, la Corte indicó que los bienes públicos tienen la doble finalidad de sacar el bien del mercado privado; así como de hacer prevalente el objetivo por el cual el bien se categorizó, por el constituyente, como público. De esta forma, en el caso del espectro electromagnético, la intervención del Estado debe servir para garantizar la prestación del servicio público, así como limitar prácticas monopolísticas.

¹¹ Corte Constitucional, Sentencia C 303 de 2010, M.P. Luis Ernesto Vargas Silva.
¹² Corte Constitucional, Sentencia C 577 de 2014, M.P. Maria Victoria Sáchica Mendez.
¹³ Corte Constitucional, Sentencia C 403 de 2010, M.P. Luis Enrique Sedano.
¹⁴ Corte Constitucional, Sentencia C 555 de 2013, M.P. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo.
¹⁵ *Ibidem*.

En otras palabras, al Estado se le confía la guarda del espectro electromagnético con el objetivo de procurar que los servicios públicos que son inherentes a su uso se realicen de acuerdo a un estándar constitucional que permita la pluralidad de información y la salvaguarda de la libertad de expresión y de prensa. En palabras de la Corte:

“Intervención que tiene por objeto asegurar, de un lado, el carácter de bien público, inenajenable e imprescriptible que tiene el espectro electromagnético, y de otro, las finalidades inherentes a este servicio público, su prestación eficiente, establecer requisitos y restricciones que garanticen un manejo más adecuado de dicho servicio, evitar las prácticas monopolísticas y procurar el desarrollo y ejecución de los planes y programas del Estado en el servicio de televisión, sin menoscabo de las libertades reconocidas por la Constitución”¹⁶.

Para lograr este objetivo el Estado debe adoptar una posición de neutralidad que le permita administrar el espectro electromagnético. En consecuencia, la entidad –o entidades– encargada de cumplir con dicha tarea –es decir el órgano u órganos reguladores– debe mantener autonomía jurídica, administrativa y presupuestal de otros órganos del Estado; aún más de aquellas instituciones cuya dirección obedece a elecciones democráticas (Presidencia, Congreso, alcaldías, etc.), así como de otros órganos cuyo objetivo es el diseño e implementación de políticas públicas impulsadas por un mandato electoral (ministerios y secretarías). Esta autonomía permite alejar a la entidad encargada o al órgano regulador de la marea electoral, mitigando el riesgo de que sea cooptada por los intereses del Gobierno y salvaguardando la integridad del sistema democrático.

En orden internacional, la jurisprudencia interamericana ha sido enfática en que la facultad del Estado para establecer reglamentaciones sobre procedimientos y políticas relacionadas con el uso del espectro electromagnético debe siempre apearse a las pautas que protegen la libertad de expresión¹⁷. Esto, de acuerdo a la Corte Interamericana de Derechos Humanos, sucede porque *“la adopción o renovación de una concesión en materia de radiodifusión no puede ser equiparable a la de otros servicios públicos”¹⁸*, precisamente por su importancia para el mantenimiento de la salud democrática.

2. Cargo por vulneración de la reserva de ley estatutaria

¹⁶ Corte Constitucional, Sentencia C 298 de 1999, M.P. María Victoria Sáchica Méndez, V. Consideraciones de la Corte.

¹⁷ Corte IDH. Caso Granier y otros (Radio Caracas Televisión) Vs. Venezuela. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 22 de junio de 2015. Serie C No. 293. Par 165.

¹⁸ *Ibidem*.

((

A continuación, se presentan los apartes normativos que vulneran los artículos 152 y 153 de la Constitución Política, ya que los artículos 8 y 9 de la ley 1978 de 2019 regulan el ejercicio de derechos fundamentales y por ende debieron ser sometidos al procedimiento de trámite y aprobación de las leyes estatutarias. Dada la extensión de los apartes normativos relacionados con este cargo, se adoptará la siguiente metodología de exposición: en primer momento, se transcriben los artículos acusados de violar la reserva estatutaria y, posteriormente, se presenta el argumento constitucional contra dichas disposiciones, evidenciado como las disposiciones acusadas afectan el ejercicio de los derechos fundamentales a la libertad de expresión, la libertad de prensa y la pluralidad informativa (artículo 20 de la C.N.), siendo acreedoras de reserva estatutaria.

2.1. Transcripción normativa de los artículos 8 y 9

Artículo 8. Modifíquese el artículo 11 de la ley 1341 de 2009, el cual quedará así:

Artículo 11. Acceso al uso del espectro radioeléctrico. El uso del espectro radioeléctrico requiere permiso previo, expreso y otorgado por el Ministerio de Tecnologías de la Información y las Comunicaciones.

El permiso de uso del espectro respetará la neutralidad en la tecnología siempre y cuando esté coordinado con las políticas del Ministerio de Tecnologías de la Información y -las Comunicaciones, no generen interferencias sobre otros servicios, sean compatibles con las tendencias internacionales del mercado, no afecten la seguridad nacional, y contribuyan al desarrollo sostenible. El Ministerio de Tecnologías de la Información y las Comunicaciones adelantará mecanismos de selección objetiva, que fomenten la inversión en infraestructura y maximicen el bienestar social, previa convocatoria pública, para el otorgamiento del permiso para el uso del espectro radioeléctrico y exigirá las garantías correspondientes. En aquellos casos, en que prime la continuidad del servicio, el Ministerio de Tecnologías de la Información y las Comunicaciones podrá otorgar los permisos de uso del espectro de manera directa, únicamente por el término estrictamente necesario para asignar los permisos de uso del espectro radioeléctrico mediante un proceso de selección objetiva.

En la asignación de las frecuencias necesarias para la defensa y seguridad nacional, el Ministerio de Tecnologías de la Información y las Comunicaciones tendrá en cuenta las necesidades de los organismos de seguridad del Estado. El trámite, resultado e información relativa a la asignación de este tipo de frecuencias tiene carácter reservado. El Gobierno nacional podrá establecer bandas de frecuencias de uso libre de acuerdo con las recomendaciones de la UIT. Así mismo, podrá establecer bandas exentas del pago de contraprestaciones para programas sociales del Estado que permitan la ampliación de Cobertura en zonas rurales.

Parágrafo 1º. Para efectos de la aplicación de presente artículo, se debe entender que 'la neutralidad tecnológica implica la libertad que tienen los proveedores de redes y

servicios de usar las tecnologías para la prestación de todos los servicios sin restricción distinta a las posibles interferencias perjudiciales y el uso eficiente de los recursos escasos.

Parágrafo 2°. Los permisos para el uso del espectro radioeléctrico podrán ser cedidos hasta por el plazo del permiso inicial o el de su renovación, previa autorización del Ministerio de Tecnologías de la Información y las Comunicaciones en los términos que este determine sin desmejora de los requisitos, calidad y garantías del uso, acceso y beneficio común del espectro previamente establecidos en el acto de asignación del mismo. Se deberá actualizar la información respectiva en el Registro Único de TIC. La cesión de los permisos de uso del espectro radioeléctrico solo podrá realizarse siempre y cuando el asignatario, a la fecha de la cesión, esté cumpliendo con todas las obligaciones dispuestas en el acto de asignación, dentro de los plazos definidos en el mismo, incluyendo la ejecución de obligaciones de hacer cuando estas hayan sido establecidas. El Ministerio de Tecnologías de la Información y las Comunicaciones incorporará en el acto que autoriza la cesión las condiciones técnicas y económicas de mercado, que se evidencien al momento de la autorización.

El Gobierno nacional reglamentará la materia teniendo en cuenta criterios, entre otros, como el uso eficiente del espectro, el tipo de servicio para el cual se esté utilizando el espectro radioeléctrico objeto del permiso, y las condiciones específicas del acto de asignación del permiso para el uso del espectro radioeléctrico a ceder e igualmente, un término mínimo a partir del cual se podrá realizar la cesión.

Parágrafo 3°. Se entiende como maximización del bienestar social en el acceso y uso del espectro radioeléctrico, principalmente, la reducción de la brecha digital, el acceso universal, la ampliación de la cobertura, el despliegue y uso de redes e infraestructuras y la mejora en la calidad de la prestación de los servicios a los usuarios. Lo anterior, de acuerdo con las mejores prácticas internacionales y las recomendaciones de la UIT. En cualquier caso, la determinación de la maximización del bienestar social en el acceso y uso del espectro radioeléctrico estará sujeta a valoración económica previa.

Artículo 9. Modifíquese el artículo 12 de la Ley 1341 de 2009, el cual quedará así:

Artículo 12. Plazo y renovación de los permisos para el uso del espectro radioeléctrico. El permiso para el uso del espectro radioeléctrico tendrá un plazo definido inicial hasta de veinte (20) años, el cual podrá renovarse a solicitud de parte por períodos de hasta veinte (20) años. Para determinar las condiciones y el periodo de renovación, el Ministerio de Tecnologías de la Información y las Comunicaciones tendrá en cuenta, entre otros criterios, la maximización del bienestar social, los planes de inversión, la expansión de la capacidad de las redes de acuerdo con la demanda del servicio que sea determinada por el Ministerio de Tecnologías de la Información y las Comunicaciones, así como la cobertura y la renovación tecnológica de conformidad con las necesidades que para tal fin identifique el Ministerio de Tecnologías de la Información y las Comunicaciones. Los planes que presente el interesado deberán ser proporcionales al periodo de renovación solicitado, razones de interés público, el reordenamiento nacional del espectro radioeléctrico, o el

63

cumplimiento a las atribuciones y" disposiciones internacionales de frecuencias. Esta determinación deberá efectuarse mediante acto administrativo motivado.

El Ministerio de Tecnologías de la Información y las Comunicaciones, establecerá las condiciones de la renovación, previa verificación del cumplimiento de las condiciones determinadas en el acto administrativo de otorgamiento del permiso de uso del espectro radioeléctrico por parte del interesado, lo que incluye el uso eficiente que se ha hecho del recurso, el cumplimiento de los planes de expansión, la cobertura de redes y servicios y la disponibilidad del recurso, teniendo en cuenta los principios del artículo 75 de la Constitución Política.

La renovación de los permisos de uso del espectro radioeléctrico incluirá condiciones razonables y, no discriminatorias que sean compatibles con el desarrollo tecnológico futuro del país, la continuidad del servicio y los incentivos adecuados para la inversión.

La renovación no podrá ser gratuita, ni automática. El Ministerio de Tecnologías de la Información y las Comunicaciones establecerá las condiciones de calidad, servicio y cobertura, así como el valor de la contraprestación económica que deberá pagarse con ocasión de la renovación, previo análisis de las condiciones del mercado. El interesado deberá manifestar en forma expresa su intención de renovar el permiso con seis (6) meses de antelación a su vencimiento, en caso contrario, se entenderá como no renovado.

Parágrafo: Los permisos para el uso del espectro radioeléctrico vigentes a la fecha de entrada en rigor de la presente Ley, incluidos aquellos permisos para la prestación del servicio de televisión abierta radiodifundida y de radiodifusión sonora, podrán renovarse a solicitud de parte por periodos de hasta veinte (20) años. Para determinar las condiciones y el periodo de renovación, se aplicarán las reglas previstas en el presente artículo.

2.2. Argumento contra los artículos 8 y 9 de la ley 1978 por violar la reserva estatutaria

El constituyente estableció una distinción normativa entre diferentes tipos de ley con el objetivo de que ciertas materias, de especial relevancia para el mantenimiento del régimen democrático, tuvieran un trámite más exigente en el órgano legislador y se sometieran al control de la Corte Constitucional de forma automática sin que previamente mediara una acción pública de inconstitucionalidad. En palabras de la Corte:

“El artículo 152 de la Constitución establece que la regulación de ciertas materias debe hacerse mediante ley estatutaria, como una categoría normativa sujeta a un procedimiento más exigente que el ordinario, dispuesto en el artículo 153 de la Carta. Así, el Congreso de la República debe tramitar mediante leyes estatutarias, las normas sobre: (i) los derechos y deberes fundamentales de las

personas y los procedimientos y recursos para su protección; (ii) la administración de justicia; (iii) la organización y régimen de los partidos y movimientos políticos, el estatuto de la oposición y funciones electorales; (iv) las instituciones y mecanismos de participación ciudadana; (v) los estados de excepción; y (vi) la igualdad electoral entre los candidatos a la Presidencia de la República que reúnan los requisitos que determine la ley”¹⁹(subrayado propio).

La jurisprudencia constitucional ha sido reiterativa en el entendimiento de la reserva estatutaria. Por un lado, ha señalado que la cualificación especial de este tipo de ley está soportada por la importancia que tienen para el constituyente aquellas materias que efectivamente regulan, por lo que implica un eje de protección democrático. Sin embargo, la Corte también especificó que los temas de reserva estatutaria se deben interpretar de forma restrictiva, ya que si se utilizara una interpretación extensiva se corre el riesgo de vaciar de contenido las competencias que el constituyente le asignó al legislador ordinario. Esto también se refuerza en el entendido que las leyes ordinarias y el principio de mayorías son las reglas generales por las que se rige la democracia, mientras que la reserva estatutaria al ser una excepción a esta regla de debe interpretar de forma restrictiva.

La interpretación restrictiva de la reserva de ley estatutaria implica lo siguientes tres puntos: i) no cualquier regulación que se ocupe de las materias contempladas en el artículo 152 de la Constitución adquiere por sí misma el rango de estatutaria; ii) el tipo de desarrollo y el grado de detalle que la Constitución exige al legislador estatutario dependen de la clase de materia que intentan regular²⁰, por lo que resulta necesario un examen constitucional específico en cada situación dentro de las materias que cubija la reserva estatutaria; y iii) en el caso de los derechos fundamentales o los recursos para su ejercicio, la normas que de alguna forma toquen el núcleo esencial del derecho fundamental o aquellas que tengan la pretensión de regular estructuralmente su ejercicio se entenderán cubiertas por la reserva estatutaria. En palabras de la Corte:

“Sobre este particular la Jurisprudencia ha señalado que resulta imperativo tramitar por la vía de las leyes estatutarias aquellas disposiciones que contengan cláusulas que desde el punto de vista material afecten, restrinjan, limiten o condicionen de modo significativo el alcance de los derechos fundamentales, o contengan una regulación integral de los mismos. Y, en este contexto cabe precisar que, por el contrario, no están sujetas a esa reserva especial aquellas disposiciones procesales cuyo objeto no consista en establecer limitaciones o restricciones a derechos fundamentales garantizados por la Carta, y en particular al debido proceso, sino que, por el contrario, se orienten a establecer,

¹⁹ Corte Constitucional, Sentencia C 007 de 2017, M.P. Gloria Stella Ortiz Delgado. Núm. 3

²⁰ Corte Constitucional, Sentencia C 053 de 2019, M.P. Cristina Pardo Schlesinger.

*en un caso concreto, los mecanismos adecuados para la efectividad de un deber que se deriva de la propia Constitución*²¹ (Subrayado propio).

En este sentido, aquellas disposiciones que materialmente afecten de modo significativo el alcance de los derechos fundamentales son acreedoras de reserva estatutaria.

En el caso del derecho fundamental a la libertad de expresión contenido en el artículo 20 de la Constitución, la Corte ha desarrollado una amplia jurisprudencia en donde se han identificado sus elementos esenciales, se ha delimitado su núcleo esencial y se ha planteado la conexión que tienen con el uso del espectro magnético en condiciones de igualdad. Los elementos esenciales de dicho derecho son los siguientes: i) tiene un carácter fundamental, *“ya que se trata de uno de los pilares sobre los cuales está fundamentado el ordenamiento constitucional, puesto que como derecho universal, debe ser protegido en todo tiempo y en todo lugar”*²²; ii) comprende la garantía fundamental de informar y ser informado veraz e imparcialmente, es decir que tiene una dimensión social de especial relevancia para la consolidación de un mercado de ideas, lo que incluye dentro de su ámbito de protección a la libertad de prensa y la pluralidad informativa; y iii) tiene como objetivo que la persona juzgue la realidad con conocimiento suficiente sobre los hechos de su interés, lo que es necesario y deseable para el mantenimiento mismo de la democracia.

Estos tres elementos componen el núcleo esencial de la libertad de expresión, es decir aquellos aspectos que no son negociables dentro de la estructura dogmática que constituye este derecho y, por ende, el Estado está obligado a garantizarlos en cumplimiento de la Constitución y de los amplios desarrollos jurisprudenciales sobre la materia. En el estado actual de desarrollo tecnológico, cada uno de estos elementos se materializa a través de las Tecnologías de la Información y el Conocimiento (TIC), en tanto gran parte de las manifestaciones de la libertad de expresión se producen a través de los mecanismos de comunicación que permiten estas tecnologías. De tal forma que el uso de las TIC adquiere un lugar privilegiado dentro del manto de protección del derecho a la libertad de expresión. A su vez, a través de estas manifestaciones, se consolidan dentro del flujo de información de las TIC un mercado de ideas que fundamentan la pluralidad informativa, en donde la libertad de prensa constituye un eje medular para su adecuado funcionamiento. Únicamente a través de la consolidación de la pluralidad informativa es que el último elemento del derecho se protege, es decir la capacidad de que la persona fundamente un conocimiento informado sobre la realidad; lo que, de fondo, está conectado con otros derechos fundamentales como lo es el libre desarrollo de la personalidad.

²¹ Corte Constitucional, Sentencia C 910 de 004, M.P. Rodrigo Escobar Gil, párr. 2 Núm. 5.4.2.

²² Corte Constitucional, Sentencia T 1032 de 2017, M.P. Jorge Iván Palacio Palacio, Núm.

Otro punto protagónico dentro de la jurisprudencia constitucional es la relación que tiene el derecho a la libertad de expresión con el uso plural del espectro electromagnético. La Corte, desde una jurisprudencia temprana, ha identificado la relación que mantienen el uso del espectro electromagnético con el desarrollo de los tres elementos que componen el derecho a la libertad de expresión sobre el argumento que la libre y plena circulación de ideas e informaciones diversas coincide con el uso plural del espectro electromagnético. Tal coincidencia se fundamenta en un punto esencial: que las políticas de asignación de uso del espectro electromagnético no se tornen en barreras de entrada para el ejercicio pleno de la libertad de expresión, ni se conviertan en formas de censura²³ que puedan afectar la pluralidad de información.

En este orden de ideas, resulta importante afirmar que la relación entre la libertad de expresión con el desarrollo de las TIC es tan estrecha en el punto actual de desarrollo tecnológico, que resultan inescindibles materialmente. A través de las TIC se ejerce la libertad de expresión en los elementos materiales que ha identificado la Corte Constitucional, pues las TIC proveen una serie de herramientas necesarias para el ejercicio pleno del mencionado derecho en la realidad tecnológica contemporánea; más aún, si se tiene en cuenta que el dominio sobre estas tecnologías durante los últimos años se ha complejizado y trasladado de los grandes conglomerados económicos a los ciudadanos, que a través de algunos insumos ejercen actos de libertad de expresión, fundan y gestionan redes comunitarias de información e incluso producen nuevos mecanismos de transmisión de conocimiento.

Por ende, en reconocimiento de esta nueva realidad tecnológica, algunos aspectos de los cuerpos normativos que reglamentan las TIC al tener una incidencia directa sobre el ejercicio del derecho fundamental a la libertad de expresión adquieren reserva estatutaria. Más específicamente, aquellos apartes normativos que reglamentan el uso plural del espectro electromagnético, al tener una incidencia sobre el ejercicio material del derecho fundamental de la libertad de expresión, adquieren la cualificación de reserva estatutaria, lo que cubre específicamente a los artículos 8 y 9 de la ley 1978 de 2019.

El artículo 8 de la ley 1978 de 2019 faculta al MinTIC para otorgar permisos de uso al espectro radioeléctrico. La relación que tiene el uso del espectro radioeléctrico con el ejercicio pleno de la libertad de expresión en la realidad tecnológica contemporánea, supone que el mecanismo de asignación de uso deba ser reglamentado a través de los requisitos necesarios para aprobar una norma estatutaria, atendiendo a las condiciones legislativas de gestación y control constitucional necesarias de una norma de este carácter, como las mayorías absoluta requeridas en el Congreso y la revisión previa y automática de la Corte Constitucional; pues de este particular contenido normativo se desprende el uso del espectro radioeléctrico, que es el bien público del

²³ Corte Constitucional, Sentencia C 634 de 2016, M.P. Luis Ernesto Vargas Silva.

cual depende efectivamente la concreción material de los elementos que de acuerdo a la Corte Constitucional constituyen el núcleo esencial del derecho fundamental a la libertad de expresión.

En consecuencia, el artículo 8 de la ley 1978 de 2019 resulta inconstitucional ya que el legislador lo tramitó bajo el procedimiento de una ley ordinaria a pesar de que su contenido tiene una incidencia directa en la regulación y ejercicio del derecho fundamental a la libertad de expresión contando entonces con la reserva de ley estatutaria.

Por su lado, el artículo 9 de la ley 1978 de 2019 establece una potestad análoga a la de otorgar permisos para el uso del espectro radioeléctrico, como lo es la potestad de renovarlos. Dada esta similitud funcional entre la facultad de otorgar y de renovar permisos de uso se sustenta el cargo de inconstitucional, en tanto, en ambos casos, se mantienen efectos homólogos sobre el ejercicio del derecho fundamental a la libertad de expresión con el artículo precedente (artículo 8 de la ley 1978 de 2019), por lo que entre ambos no sólo comparten una unidad de sentido normativo sino que tienen los mismos efectos sobre el ejercicio del derecho fundamental a la libertad de expresión, haciendo extensible la reserva estatutaria al contenido particular del artículo 9 y fundamentando un examen unitario sobre el contenido de ambos postulados normativos.

3. Cargo por la vulneración del principio de separación de poderes y pluralidad informativa

A continuación, se presentan los apartes normativos que vulneran los artículos 1, 20, 75 y 113 de la Constitución al otorgar facultades al MinTIC concernientes al uso del espectro radioeléctrico, así como los apartes normativos que hacen artificial la autonomía de la Comisión de Regulación de Comunicaciones (en adelante CRC). Dado la extensión de los apartes normativos relacionados con este cargo se adoptará la siguiente metodología de exposición: en un primer momento se presenta el contenido del cargo evidenciando cómo resulta inconstitucional la facultad que el legislador en los apartes relacionados le otorga al MinTIC, a la luz de una interpretación sistémica de los artículos constitucionales mencionados; posteriormente se transcriben cada uno de los preceptos normativos subrayando las expresiones inconstitucionales y se concreta el argumento general a cada uno de estos. Esta misma metodología se replica para mostrar la artificialidad de la autonomía del CRC.

3.1. Argumento contra expresiones de los artículos 8,9 (de forma subsidiaria al cargo 1), 10, 13 y 14 de la ley 1978 de 2019

Uno de los pilares del constitucionalismo es el principio de división de poderes. En su versión clásica, dicho principio predica que el poder público debe dividirse en razón de las funciones del Estado con el objetivo de prevenir la concentración del poder y, al contrario, fragmentarlo para que, como decía Montesquieu, este se controle a sí mismo. Sin embargo, el modelo de división del poder público en las tres ramas, es decir ejecutivo, legislativo y judicial, ha resultado insuficiente para un ponderado funcionamiento del aparato estatal, por lo que, en la experiencia comparada y nacional, se han incluido dentro del diseño del aparato público instituciones de carácter autónomo que cumplen funciones por fuera del marco de acción de las tres ramas del poder tradicionales.

Una de las primeras instituciones de carácter autónomo a la división tripartita del poder público fue el *Ombudsman*²⁴. La institución tiene su origen en Suecia, históricamente se remonta al año 1713 cuando rey Carlos XII la estableció “para controlar a los funcionarios de su gobierno en su ausencia”²⁵. Sin embargo, el desarrollo de la institución decantó en un órgano autónomo al Gobierno, encargado de la protección de los derechos de la ciudadanía en contra de los actos de la administración pública. La autonomía, en este escenario, tiene una virtud esencial para la democracia en tanto permite sustraer de la dinámica política una función pública que tenía el riesgo de ser frustrada por intereses de diferentes grupos de poder.

De tal forma, la autonomía se convirtió en un mecanismo para dinamizar los modelos democráticos y se expandió como un elemento clave para los procesos de diseño constitucional. Como argumenta John M. Ackerman:

*“En los últimos años, una de las vías más importantes para dinamizar los sistemas democráticos ha sido la formación y diseño de nuevos organismos autónomos. Ello ha ocurrido a tal grado que bien podríamos sostener que, en la actualidad, el mundo democrático se encuentra en medio de una transformación de la tradicional división tripartita del poder”.*²⁶

la arquitectura de la democracia contemporánea, en consecuencia, vivió un proceso de reestructuración a finales del siglo XX que impactó en el diseño del Estado. En Latinoamérica, diversos países han adoptado una nueva visión del principio de separación de poderes admitiendo dentro de este, la consolidación de órganos autónomos dedicados a ámbitos determinados que protejan derechos fundamentales

²⁴ El término Ombudsman es de origen sueco y significa representante, mediador, agente, y guardián. De acuerdo a Francisco Berlín Valenzuela, la expresión completa es *Justitie-Ombudsman*, lo que se puede traducir como comisionado de justicia.

²⁵ Mireya Castañeda, *La Protección No Jurisdiccional de los Derechos Humanos en México*, México D.F.: CNDH, 2011, p. 15.

²⁶ John M. Ackerman, *Autonomía y Constitución: El Nuevo Estado Democrático*, México D.F.: Universidad Nacional Autónoma de México, 2016, p. 2.

y que permiten el mantenimiento de las condiciones para consolidar una democracia robusta²⁷. De esta forma, en los desarrollos constitucionales contemporáneos latinoamericanos proliferaron órganos autónomos orientados a cumplir esta doble finalidad²⁸.

En Colombia, desde la Constitución de 1991, se integró la categoría de los órganos autónomos dentro del principio de separación de poderes en el artículo 113 de la Constitución, que reza de la siguiente forma:

Artículo 113. *Son ramas del Poder Público, la legislativa, la ejecutiva, y la judicial. Además de los órganos que las integran existen otros, autónomos e independientes, para el cumplimiento de las demás funciones del Estado.*

Los diferentes órganos del Estado tienen funciones separadas pero colaboran armónicamente para la realización de sus fines (subrayado de los autores)

Los órganos que originalmente tenían el carácter de autónomos en la Constitución de 1991 eran el Banco de la República (artículo 371 de la C.P.); Las Corporaciones Autónomas Regionales (artículo 150-7 y 331 de la C.P.); las Universidades Oficiales (Artículo 69 de la C.P.); la organización fiscalizadora o de Control conocida como la Contraloría General de la República (artículo 267 a 271 de la C.P.); la organización electoral, es decir el Consejo Nacional Electoral y la Registraduría Nacional (artículo 120 y 258-66 de la C.P.); La Comisión Nacional del Servicio Civil, pues a pesar que en la Constitución no está expresamente reconocida como autónoma,²⁹ en la sentencia C 372 de 1999 la Corte concluyó que debe ser organizada por el legislador como una persona jurídica de derecho público que cuente con el atributo de la autonomía tanto patrimonial como técnica; el Ministerio Público, que tiene la doble función de

²⁷ De acuerdo a Bruce Ackerman hay tres formas de entender el principio de separación de poderes: i) el primero relacionado con un criterio orgánico de separación del poder público en instituciones; ii) el segundo relacionado con la legitimidad de un gobierno que fracciona el poder público; y iii) finalmente, una visión de principio de separación de poderes que la liga con la protección de derechos fundamentales. Esta última idea cobija la inclusión de órganos autónomos como unos mecanismos idóneos para el mantenimiento y fortaleza de los derechos humanos.

²⁸ En México, desde 1996 se le han otorgado autonomía a constitucional al Instituto Federal Electoral (IFE) (ahora Instituto Nacional Electoral, INE), a la Comisión Nacional de los Derechos Humanos (CNDH), al Banco de México (BM), y más recientemente al Instituto Nacional de Estadística y Geografía (INEG), al Instituto Nacional de Transparencia, Acceso a la Información y Protección de Datos Personales (INAI), a la Comisión Federal de Competencia Económica (COFECE) y al Instituto Federal de Telecomunicaciones (IFETEL). Asimismo, se han creado organismos semiautónomos, como el Consejo de la Judicatura Federal (CJF) y la Comisión Nacional de Hidrocarburos (CNH). También se ha incrementado significativamente la autonomía de otros órganos, como la Auditoría Superior de la Federación (ASF).

²⁹ La Constitución sobre la Comisión Nacional del Servicio Civil indica lo siguiente: "Habrá una Comisión Nacional del Servicio Civil responsable de la administración y vigilancia de las carreras de los servidores públicos". Por lo que expresamente no establecía que debía ser autónoma.

disciplinar a los funcionarios públicos y de velar por el la protección de los derechos humanos de la sociedad (artículos 275-284 de la C.P.); y por último, la Comisión Nacional de Televisión, consagrada por el constituyente originario como un órgano independiente, con personería jurídica y autonomía administrativa y técnica con el mismo estatus que el Banco de la República.

Cada una de estos órganos tiene como fin constitucional regular aspectos de la función pública, tales como la organización de comicios electorales y la celebración de concursos de empleo público que, para el correcto funcionamiento de la democracia, resulta riesgoso que queden bajo la titularidad de las ramas del poder público, y más aún del poder ejecutivo, cuya figura tiene tanta potencia dentro de los países latinoamericanos que amenaza la autonomía de las otras ramas del poder público.³⁰

Ahora bien, en el caso La Comisión Nacional de Televisión, si bien fue reformada por el Acto legislativo 02 de 2011³¹, la Corte Constitucional expresó en providencias anteriores a la reforma la importancia de la función que le fue asignada dentro el sistema democrático colombiano y la necesidad de que dicha función se cumpliera de forma autónoma. En palabras de la Corte:

“En el caso particular del servicio de televisión, la intervención estatal en el espectro electromagnético, de acuerdo con los artículos 76 y 77 de la Constitución Política, está a cargo de un organismo de derecho público con personería jurídica, autonomía administrativa, patrimonial y técnica, sujeto a un régimen propio, que de conformidad con la ley 182 de 1995, es la Comisión Nacional de Televisión. La autonomía entregada a esa entidad, tiene como propósito fundamental evitar que la televisión sea controlada por grupos políticos o económicos, tratando siempre de conservar su independencia en beneficio del bien común; dicha intención se expresó en las diferentes discusiones que sobre el tema adelantó la Asamblea Nacional Constituyente, que coincidieron en la necesidad de crear un organismo de intervención en la televisión, independiente y autónomo.

La Carta Política, al disponer la creación de lo que hoy es la Comisión Nacional de Televisión, en ningún momento pretendió aislar a la entidad de otros órganos del Estado que por naturaleza manejan la política del servicio de

³⁰ Diversos académicos han calificado a esto como el fenómeno de hiperpresidencialismo. En Latinoamérica el trabajo de Guillermo O'Donnell ha cobijado el concepto del hiperpresidencialismo dentro de lo que llama democracia delegativa, es decir aquellos sistemas políticos en los que la elección presidencial autoriza a quien la gana a gobernar como le parezca. Esto permite la construcción de relaciones cada vez más verticales entre quienes son gobernados y quien gobierna.

³¹ En la sentencia C 170 de 2012 la Corte se pronunció sobre la modificación de la Comisión Nacional de Televisión, buscando indagar si comportaba un vicio de competencia del poder constituyente derivado, es decir del Congreso.

telecomunicaciones a nivel general, como lo es, en primer término el Ministerio de Comunicaciones, más aún, cuando las funciones de gestión y control del espectro electromagnético asignado por la Constitución Política al Estado, la ejerce también el Ministerio de Comunicaciones. (subrayados de los autores)³²

Por ende, la autonomía del órgano encargado de regular el uso del espectro electromagnético es calificada por la Corte Constitucional como fundamental, a pesar que solo se refiere a la necesidad de que la televisión sea un medio con pluralidad informativa, sin vislumbrar que el avance tecnológico en las décadas siguientes fomentaría el desarrollo de nuevas TIC, cuyo democratización y uso ha moldeado los fenómenos sociales y políticos que definen nuestros tiempos, así como la fortaleza de la democracia. La importancia de las TIC en la sociedad, acrecienta la preocupación que manifestó el constituyente frente a la autonomía del órgano encargado de regular el uso del espectro electromagnético y las inscribe en la saludable calibración del principio de separación de poderes.

En jurisprudencia reciente la Corte resaltó la importancia del principio de separación de poderes en la Constitución de 1991 calificándolo como un eje axial y definitivo para la identidad constitucional³³. Su importancia es de tal relevancia para la democracia constitucional que supone la garantía de los derechos fundamentales, así como la carta de navegación de las autoridades públicas en el ejercicio de sus funciones. En palabras de la Corte:

“En términos de la jurisprudencia constitucional, la separación de poderes cumple dos funciones esenciales: (i) garantizar las libertades y derechos de los ciudadanos, a través de la protección frente a la conformación de poderes públicos omnímodos; y (ii) racionalizar la actividad del Estado y el ejercicio de ese poder político, mediante la instauración de órganos especializados, autónomos, independientes y con competencias definidas por la Constitución y la Ley. Estas funciones se cumplen a partir de un arreglo institucional que mantenga contenidos los poderes públicos, de modo que ninguno esté en la posibilidad de vaciar de contenido las facultades y competencias de otro, objetivos que se satisfacen a través de un sistema de controles interorgánicos que hagan efectivos los frenos y contrapesos entre ellos. A su vez, ese mismo modelo debe contar con herramientas que faciliten la acción coordinada de tales poderes, por medio de la colaboración armónica y con el objeto de cumplir con los fines esenciales del Estado” (Subrayado propio)³⁴.

³² Corte Constitucional, Sentencia C-310 de 1996, M.P. Vladimiro Naranjo Mesa VII. Consideraciones de la Corte, Núm. 2 Análisis de los Cargos, Primer cargo.

³³ Corte Constitucional, Sentencia C 551 de 2003, M.P. Eduardo Montealegre Lynett; Corte Constitucional, Sentencia C 288 de 2012, M.P. Luis Ernesto Vargas Silva.

³⁴ Corte Constitucional, Sentencia C 332 de 2017, M.P. Antonio José Lizarazo, núm. 8 Premisa Mayor.

La independencia de los órganos que regulan el espectro electromagnético ha sido destacada por diferentes instancias internacionales. Entre esas, la Observación General 34 del Comité de Derechos Humanos de las Naciones Unidas ha indicado que *“Se recomienda que los Estados partes que no lo hayan hecho aún establezcan un órgano independiente y público encargado de las licencias de emisión de radio y televisión, facultado para examinar las solicitudes y otorgar las licencias”*³⁵.

En términos similares, la Declaración Conjunta sobre Diversidad en la Radiodifusión establece que *“La regulación de los medios de comunicación con el propósito de promover la diversidad, incluyendo la viabilidad de los medios públicos, es legítima sólo si es implementada por un órgano que se encuentre protegido contra la indebida interferencia política y de otra índole, de conformidad con los estándares internacionales de derechos humanos.”* (subrayado propias)³⁶.

En *Granier y otros v Venezuela*, la Corte Interamericana de Derechos Humanos estableció que las regulaciones sobre medios de comunicación que hacen uso del espectro electromagnético deben tener suficientes salvaguardas y garantías que permitan *“evitar el abuso de controles oficiales y la generación de posibles restricciones indirectas”*³⁷. Posteriormente, dicho Tribunal consideró que hubo una violación de la libertad de expresión de las alegadas víctimas del caso porque *“se hizo uso de una facultad permitida del Estado con el objetivo de alinear editorialmente al medio de comunicación con el gobierno”*³⁸.

Complementariamente, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos ha dicho que *“al regularse la forma de integración de las autoridades de aplicación de la norma, o los procedimientos de acceso o revocación de licencias, o las facultades de las autoridades públicas, la redacción de la norma debería procurar evitar vaguedades o ambigüedades que favorezcan potenciales actos de arbitrariedad que impliquen la discriminación de una persona, grupo o sector en la radiodifusión”*³⁹. En el mismo sentido, la Comisión ha indicado que las reglas sobre creación y funcionamiento de

³⁵ Naciones Unidas. Comité de Derechos Humanos. Observación General N° 34 - Artículo 19 Libertad

³⁶ Relator Especial de Naciones Unidas sobre Libertad de Opinión y de Expresión, Representante de la OSCE sobre Libertad de los Medios de Comunicación, Relator Especial de la OEA sobre Libertad de Expresión y Relatora Especial de la CADHP (Comisión Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos) sobre Libertad de Expresión y Acceso a la Información, Declaración Conjunta sobre Diversidad en la Radiodifusión. 2007.

³⁷ Corte IDH. Caso Granier y otros (Radio Caracas Televisión) Vs. Venezuela. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 22 de junio de 2015. Serie C No. 293. Par 171.

³⁸ Corte IDH. Caso Granier y otros (Radio Caracas Televisión) Vs. Venezuela. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 22 de junio de 2015. Serie C No. 293. Par 198 y 199.

³⁹ CIDH. Relatoría Especial para la Libertad de Expresión. Estándares de libertad de expresión para la transición a una televisión digital abierta, diversa, plural e inclusiva. párr. 11.

los órganos reguladores deben brindar “*garantías funcionales, orgánicas y administrativas para no obedecer ni a los imperativos de las mayorías políticas eventuales ni a los intereses de los grupos económicos*”⁴⁰.

La relevancia de la autonomía de estos organismos entre muchas razones, radica especialmente en el poder comunicacional que tienen los medios de comunicación que utilizan el espectro. A manera de ejemplo se puede ver lo dicho por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, que ha indicado que los medios audiovisuales tienen un efecto más inmediato y poderoso que otros medios, dada su capacidad para expresar mensajes a través de sonidos e imágenes⁴¹. En esta línea, el Tribunal ha dicho que los medios de este tipo tienen un impacto aún más grande por ser fuentes de información en espacios muy íntimos y en regiones alejadas⁴². La Corte Constitucional se ha expresado en un sentido similar al afirmar que los medios masivos de comunicación tienen una gran capacidad de penetración en todas las esferas de la sociedad, en vista del número de receptores que tienen y el impacto que causan sobre la formación de la opinión pública⁴³.

Como efecto de este poder de los medios audiovisuales, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha considerado que las situaciones en las que cualquier grupo económico o político tenga la posibilidad de obtener una posición de poder y de ejercer presiones frente a estos medios causarían un grave detrimento al rol de la libertad de prensa en la democracia⁴⁴.

En este sentido, si bien el legislador es competente para definir los contornos de la administración pública, su competencia encuentra límite en la matriz que dispuso el constituyente para organizar el poder público, es decir en el principio de separación de poderes. En este sentido la actividad legislativa no puede sobrepasar la racionalización del constituyente sobre la función pública, ni suprimir o vaciar de las competencias que fundamentan la división tripartita del poder público, ni la funcionalidad de los órganos autónomos. Esto fue estudiando en el tema del espectro electromagnético en la Sentencia C 170 de 2011, en la cual la Corte precisó la relación del principio de separación de poderes con el carácter autónomo de la entidad encargada de regular la televisión. En palabras de la Corte:

“Con todo, aún cuando el sistema de frenos y contrapesos, la garantía de realización de los derechos y el carácter democrático y pluralista del Estado son elementos estructurales de la Constitución, no se ve cómo su vigencia dependa

⁴⁰ CIDH. Informe Anual 2009. Informe de la Relatoría Especial para la Libertad de Expresión. Capítulo VI (Libertad de expresión y radiodifusión). OEA/Ser.L/V/II. Doc. 51. 30 de diciembre de 2009. Párr. 52.

⁴¹ Tribunal Europeo de Derechos Humanos. Case of Manole and others. Párr. 97.

⁴² *Ibidem*.

⁴³ Corte Constitucional. Sentencia T 460 de 2006. M.P.: Luis Ernesto Vargas Silva.

⁴⁴ Tribunal Europeo de Derechos Humanos. Case of Manole and others. Párr. 98.

en exclusiva de una entidad con autonomía administrativa, patrimonial y técnica encargada de regular la televisión, y menos aún que al eliminarse su naturaleza constitucional la Carta Política de 1991 pierda su esencia para transformarse en una completamente diferente.

La creación de un ente con las características anotadas es una de las formas de asegurar los principios democrático y de separación de poderes, pero no significa que sea la única alternativa. Así, los principios a los que se ha hecho referencia no comprenden el inevitable reconocimiento constitucional y la inmutable presencia de una entidad a cargo del servicio de televisión cuando se utiliza el espectro electromagnético, sino que reclaman un número plural de instituciones, ellas sí autónomas e independientes, sujetas a reglas de colaboración armónica y a controles internos y externos que aseguren un reparto equilibrado en el ejercicio del poder público”(Subrayado de los autores).⁴⁵

Con base en lo expuesto, el legislador en los apartes demandados que a continuación se transcriben vulneró el principio de separación de poderes, reconocido por la Corte como eje esencial de la Constitución, al consagrar en el MinTIC funciones relativas a la regulación y administración del espectro electromagnético, cuya titularidad debe recaer en uno o varios órganos de carácter autónomo, como lo previó originalmente el constituyente y lo confirma la jurisprudencia constitucional. Esta vulneración se presenta en dos sentidos: i) por un lado, al otorgarle esta función al MinTIC el legislador incurre en un riesgo inadmisiblemente constitucionalmente para la garantía de las libertades y derechos ciudadanos al supeditar los permisos de uso del espectro electromagnético a un órgano que depende del poder ejecutivo, lo que supone un peligro para el mantenimiento de la pluralidad informativa y para el uso ciudadano de las TIC, pues merma la efectividad material de derechos como la libertad de expresión y la libertad de prensa que, dada la realidad tecnológica, se manifiestan por este tipo de medios; y ii) el legislador con esta medida vació la competencia de un órgano autónomo al transferir esta función al MinTIC, lo que va en contra de la racionalización en la actividad del Estado y de la función pública que estableció el constituyente en el principio de separación de poderes, escapando de la órbita de competencia de Congreso.

A continuación, se transcriben los apartes normativos y de forma particular se exponen las razones de su inconstitucionalidad teniendo como base el argumento precedente.

3.2. Transcripción normativa y argumentos particulares

3.2.1. Examen de los artículos 8 y 9

⁴⁵ Corte Constitucional, Sentencia C 170 de 2012, M.P. Jorge Iván Palacio Palacio. 6.1.5.

Artículo 8.

Modifíquese el artículo 11 de la Ley 1341 de 2009, el cual quedará así:

Artículo 11. Acceso al uso del espectro radioeléctrico. El uso del espectro radioeléctrico requiere permiso previo, expreso y otorgado por el Ministerio de Tecnologías de la Información y las Comunicaciones.

El permiso de uso del espectro respetará la neutralidad en la tecnología siempre y cuando esté coordinado con las políticas del Ministerio de Tecnologías de la Información y las Comunicaciones, no generen interferencias sobre otros servicios, sean compatibles con las tendencias internacionales del mercado, no afecten la seguridad nacional, y contribuyan al desarrollo sostenible. El Ministerio de Tecnologías de la Información y las Comunicaciones adelantará mecanismos de selección objetiva, que fomenten la inversión en infraestructura y maximicen el bienestar social, previa convocatoria pública, para el otorgamiento del permiso para el uso del espectro radioeléctrico y exigirá las garantías correspondientes. En aquellos casos, en que prime la continuidad del servicio, el Ministerio de Tecnologías de la Información y las Comunicaciones podrá otorgar los permisos de uso del espectro de manera directa, únicamente por el término estrictamente necesario para asignar los permisos de uso del espectro radioeléctrico mediante un proceso de selección objetiva.

En la asignación de las frecuencias necesarias para la defensa y seguridad nacional, el Ministerio de Tecnologías de la Información y las Comunicaciones tendrá en cuenta las necesidades de los organismos de seguridad del Estado. El trámite, resultado e información relativa a la asignación de este tipo de frecuencias tiene carácter reservado. El Gobierno nacional podrá establecer bandas de frecuencias de uso libre de acuerdo con las recomendaciones de la UIT. Así mismo, podrá establecer bandas exentas del pago de contraprestaciones para programas sociales del Estado que permitan la ampliación de cobertura en zonas rurales.

Parágrafo 2º. Los permisos para el uso del espectro radioeléctrico podrán ser cedidos hasta por el plazo del permiso inicial o el de su renovación, previa autorización del Ministerio de Tecnologías de la Información y las Comunicaciones en los términos que este determine sin desmejora de los requisitos, calidad y garantías del uso, acceso y beneficio común del espectro previamente establecidos en el acto de asignación del mismo. Se deberá actualizar la información respectiva en el Registro Único de TIC. La cesión de los permisos de uso del espectro radioeléctrico solo podrá realizarse siempre y cuando el asignatario, a la fecha de la cesión, esté cumpliendo con todas las obligaciones dispuestas en el acto de asignación, dentro de los plazos de nidos en el mismo, incluyendo la ejecución de obligaciones de hacer cuando estas hayan sido establecidas. El Ministerio de Tecnologías de la Información y las Comunicaciones incorporará en el acto que autoriza la cesión las condiciones técnicas y económicas de mercado, que se evidencien al momento de la autorización.

El Gobierno nacional reglamentará la materia teniendo en cuenta criterios, entre otros, como el uso eficiente del espectro, el tipo de servicio para el cual se esté

utilizando el espectro radioeléctrico objeto del permiso, y las condiciones específicas del acto de asignación del permiso para el uso del espectro radioeléctrico a ceder e igualmente, un término mínimo a partir del cual se podrá realizar la cesión.

Parágrafo 3°. Se entiende como maximización del bienestar social en el acceso y uso del espectro radioeléctrico, principalmente, la reducción de la brecha digital, el acceso universal, la ampliación de la cobertura, el despliegue y uso de redes e infraestructuras y la mejora en la calidad de la prestación de los servicios a los usuarios. Lo anterior, de acuerdo con las mejores prácticas internacionales y las recomendaciones de la UIT. En cualquier caso, la determinación de la maximización del bienestar social en el acceso y uso del espectro radioeléctrico estará sujeta a valoración económica previa.

Artículo 9

Artículo 9°. Modifíquese el artículo 12 de la Ley 1341 de 2009, el cual quedará así:

Artículo 12. Plazo y renovación de los permisos para el uso del espectro radioeléctrico. El permiso para el uso del espectro radioeléctrico tendrá un plazo de nido inicial hasta de veinte (20) años, el cual podrá renovarse a solicitud de parte por periodos de hasta veinte (20) años. Para determinar las condiciones y el periodo de renovación, el Ministerio de Tecnologías de la Información y las Comunicaciones tendrá en cuenta, entre otros criterios, la maximización del bienestar social, los planes de inversión, la expansión de la capacidad de las redes de acuerdo con la demanda del servicio que sea determinada por el Ministerio de Tecnologías de la Información y las Comunicaciones, así como la cobertura y la renovación tecnológica de conformidad con las necesidades que para tal fin identifique el Ministerio de Tecnologías de la Información y las Comunicaciones. Los planes que presente el interesado deberán ser proporcionales al periodo de renovación solicitado, razones de interés público, el reordenamiento nacional del espectro radioeléctrico, o el cumplimiento a las atribuciones y disposiciones internacionales de frecuencias. Esta determinación deberá efectuarse mediante acto administrativo motivado.

El Ministerio de Tecnologías de la Información y las Comunicaciones, establecerá las condiciones de la renovación, previa verificación del cumplimiento de las condiciones determinadas en el acto administrativo de otorgamiento del permiso de uso del espectro radioeléctrico por parte del interesado, lo que incluye el uso eficiente que se ha hecho del recurso, el cumplimiento de los planes de expansión, la cobertura de redes y servicios y la disponibilidad del recurso, teniendo en cuenta los principios del artículo 75 de la Constitución Política.

La renovación de los permisos de uso del espectro radioeléctrico incluirá condiciones razonables y no discriminatorias que sean compatibles con el desarrollo tecnológico futuro del país, la continuidad del servicio y los incentivos adecuados para la inversión. La renovación no podrá ser gratuita, ni automática. El Ministerio de Tecnologías de la Información y las Comunicaciones establecerá las condiciones de calidad, servicio y cobertura, así como el valor de la contraprestación económica que deberá pagarse con ocasión de la renovación, previo análisis de las condiciones del mercado. El interesado

deberá manifestar en forma expresa su intención de renovar el permiso con seis (6) meses de antelación a su vencimiento, en caso contrario, se entenderá como no renovado.

De forma subsidiaria al cargo 1 que plantea que los artículos anteriormente transcritos son acreedores de reserva estatutaria, las expresiones acusadas que se encuentran dentro del artículo 8 y 9 de la ley 1978 de 2019 vulneran los artículos 1, 13, 20 y 75 de la Constitución Política. A continuación, se individualizan cada una de éstas de acuerdo a las razones que sustentan su inconstitucionalidad.

La siguientes expresiones del inciso primero y segundo del artículo 8: *“por el Ministerio de Tecnologías de la Información y las Comunicaciones”, “el Ministerio de Tecnologías de la Información y las Comunicaciones podrá otorgar los permisos de uso del espectro”* transfieren la facultad de entregar licencias de uso del espectro radioeléctrico al MinTIC, por lo que genera un riesgo inadmisiblemente constitucionalmente para los derechos de la libertad de expresión y de prensa, al supeditar los permisos de uso del espectro electromagnético a un órgano que depende del poder ejecutivo.

Lo anterior resulta especialmente peligroso e inconstitucional si se tiene en cuenta que la intervención del Estado al espectro electromagnético debe salvaguardar el fin constitucional de dicho bien público, el cual está estrechamente relacionado con la consolidación de un mercado de ideas que permita la pluralidad informativa, como un marco de una democracia constitucional saludable en donde se pueda ejercer el derecho a la libertad de expresión en condiciones de igualdad. Para salvaguardar este objetivo la entidad encargada de otorgar tales permisos debe estar exenta de cualquier tipo de presión política que tenga la posibilidad de generar desbalances en los mecanismos por los cuales se otorgan tales permisos, siendo necesario que tenga autonomía jurídica, administrativa y técnica, orientada a mitigar el riesgo de prácticas monopolísticas o dependientes del gobierno de turno; de lo contrario, se estaría vulnerando el ámbito de protección constitucional sobre dicho bien público, compuesto formalmente por los artículos 1, 13, 20 y 75 de la Constitución y, por ende, se afectaría gravemente el núcleo esencial del derecho a la libertad de expresión e información y con esto el fin primordial del Estado de mantener y promocionar los espacios de participación pública.

Las siguientes expresiones del inciso dos del artículo 8: *“esté coordinado con las políticas del Ministerio de Tecnologías de la Información y las Comunicaciones” “sean compatibles con las tendencias internacionales del mercado”* supeditan, o sirven como condición suspensiva del uso neutral del espectro electromagnético, a las políticas que establezca el Ministerio de las TIC, así como a las tendencias internacionales del mercado.

Lo anterior resulta inconstitucional, en tanto la intervención del Estado sobre el espectro electromagnético está limitada expresamente por el artículo 75 de la Constitución, que establece que dicha intervención tiene como objetivo garantizar las condiciones de igualdad en su acceso, así como a evitar las prácticas monopolistas sobre dicho bien público. El uso neutral del espectro electromagnético, al tener un interés constitucional de alta estima, no puede estar supeditado a las políticas que periódicamente impulsen los gobiernos; por el contrario, los gobiernos deben supeditar su política a garantizar el fin constitucional que el constituyente le asignó al uso del espectro electromagnético, lo que incluye, el pluralismo informativo y la competencia. Esto mismo pasa con las tendencias internacionales del mercado pues, a pesar de que son un factor importante a considerar en el proceso de diseño e implementación de una política pública, resulta inconstitucional que se establezca como un parámetro o condición suspensiva de la neutralidad tecnológica, siendo este último un fin constitucional de alta estima.

De tal forma que el legislador, al establecer las condiciones acusadas para suspender la neutralidad tecnológica, termina por vulnerar materialmente un bien constitucional de relevancia, cuya interferencia debe guardar una estricta proporcionalidad y necesidad frente al bien constitucional que regula. De esta forma, no resulta admisible que cualquier condición pueda limitar un objetivo constitucional, sino que está deben de tener la relevancia suficiente para sobrepasar un test de proporcionalidad y necesidad, aún más cuando las razones son diferentes de interferencias perjudiciales y el uso desproporcionado de recursos⁴⁶.

El segundo inciso del parágrafo 2 del artículo 8 otorga la facultad al gobierno nacional de reglamentar el uso del espectro radioeléctrico, lo que implica materias especialmente sensibles como el mecanismo o trámite que se debe surtir para acceder al permiso de uso del espectro radioeléctrico, su objetivo, así como los elementos que constituyen el acto administrativo por el que se otorga dicho permiso. Esta potestad reglamentaria es amplia y se mezcla con la facultad transferida al MinTIC de otorgar los permisos sobre su uso, constituyendo un ejercicio circular en donde se le otorga una potestad vacía o con un mínimo de regulación legal y al mismo tiempo la facultad para reglamentar dicha actividad.

Lo anterior resulta inconstitucional en tanto supone una concentración desproporcionada de poderes en cabeza del Gobierno Nacional frente a la regulación y el uso del espectro radioeléctrico. La Corte Constitucional, en repetidas oportunidades, ha afirmado que el principio de separación de poderes no se concreta únicamente a través de la separación funcional de las entidades públicas, sino que integra un sistema de frenos y contrapesos oportunos que permite evitar o invalidar

⁴⁶ Esta definición está enmarcada en el concepto de neutralidad tecnológica desarrollado por la Corte Constitucional en la Sentencia C 403 de 2010, M.P. María Victoria Calle Correa.

la restricción arbitraria de derecho fundamentales⁴⁷. La forma como el legislador reguló esta materia, otorgando al gobierno la facultad reglamentaria así como la potestad real de entregar la licencia de uso del espectro radioeléctrico, obvia cualquier mecanismo para contener la acción del gobierno en este campo, lo que vulnera el artículo 113 de la Constitución al constituir una facultad omnímoda.

Las expresiones acusadas dentro del artículo 9 de la ley 1978 de 2019 vulneran los artículos 1, 13, 20 y 75 de la Constitución Política, en tanto la facultad de renovación de los permisos de uso del espectro radioeléctrico es homóloga o equivalente a la facultad de otorgarlos y, por ende, ambos contenidos normativos comparten las mismas razones que sustentan su inconstitucionalidad al transferir dicha facultad a un órgano que adolece de la autonomía que previó el constituyente para el cumplimiento de esta función.

3.2.2. Examen del artículo 10

Artículo 10. Modifíquese el artículo 13 de la Ley 1341 de 2009, el cual quedará así:

Artículo 13. Contraprestación económica por la utilización del espectro radioeléctrico. La utilización del espectro radioeléctrico por los proveedores de redes y servicios de telecomunicaciones, así como los operadores del servicio de televisión abierta radiodifundida que se acojan al régimen de habilitación general, dará lugar a una contraprestación económica a favor del Fondo Único de Tecnologías de la Información y las Comunicaciones. El importe de esta contraprestación será fijado mediante resolución por el Ministro de Tecnologías de la Información y las Comunicaciones, con fundamento en criterios de fomento a la inversión, la maximización del bienestar social, el estado de cierre de la brecha digital, así como, entre otros, en los siguientes aspectos: ancho de banda asignado, número de usuarios potenciales, disponibilidad del servicio, planes de expansión y cobertura, demanda por el espectro y su disponibilidad y cualquier otro parámetro técnico que sirva como indicador del valor que debe recibir el Estado por la utilización del espectro radioeléctrico.

La contraprestación económica de que trata este artículo deberá pagarse por el respectivo proveedor de redes o servicio de telecomunicaciones con ocasión del otorgamiento o renovación del permiso para la utilización del espectro radioeléctrico. Esta contraprestación podrá pagarse parcialmente, hasta un 60% del monto total, mediante la ejecución de obligaciones de hacer, que serán previamente autorizadas por el Ministerio de Tecnologías de la Información y las Comunicaciones, de acuerdo con la reglamentación que se defina al respecto, para ampliar la calidad, capacidad y cobertura del servicio, que bene cie a población pobre y vulnerable, o en zonas apartadas, en escuelas públicas ubicadas en zonas rurales y otras instituciones oficiales como centros de salud y bibliotecas públicas, así como prestar redes de emergencias.

⁴⁷ Esta posición se encuentra, al menos, en las siguientes tres sentencias: Sentencia C 1040 de 2005, C 588 de 2009, C 141 de 2010 y C 332 de 2017.

Las inversiones a realizar serán determinadas por el Ministerio de Tecnologías de la Información y las Comunicaciones. Estas obligaciones contarán con una supervisión o interventoría técnica, administrativa y financiera a cargo del Ministerio de Tecnologías de la Información y las Comunicaciones, que garanticen transparencia y cumplimiento de las obligaciones de hacer. Los recursos necesarios para financiar la supervisión o interventoría deberán ser garantizados por el Fondo Único de Tecnologías de la Información y las Comunicaciones.

Para el caso de los servicios de televisión abierta radiodifundida, prestados por aquellos operadores que permanezcan en el régimen de transición en materia de habilitación, y de radiodifusión sonora, el valor de la contraprestación económica se regirá por las normas especiales pertinentes. Particularmente, los operadores públicos del servicio de televisión mantendrán las excepciones y exenciones actualmente aplicables en materia de contraprestaciones.

Parágrafo. Los proveedores de redes y servicios de telecomunicaciones deberán presentar un informe anual durante la vigencia del permiso ante la Dirección de Vigilancia y Control del Ministerio de Tecnologías de la Información y las Comunicaciones en el cual se detallará el avance de ejecución de sus obligaciones cuando éstas comprendan proyectos de infraestructura tendientes a ampliar la cobertura y el desarrollo digital.

Parágrafo 2º. El Ministerio de Tecnologías de la Información y las Comunicaciones deberá entregar anualmente al Congreso de la República y a la Contraloría General de la República, un informe específico sobre las contraprestaciones económicas que hayan autorizado en virtud de las obligaciones de hacer previstas en el inciso segundo del presente artículo, con la justificación y valoración de la mencionada decisión.

Las expresiones acusadas dentro del artículo 10 de la ley 1978 de 2019 vulneran los artículos 1, 13, 20 y 75 de la Constitución Política, en tanto extienden las facultades del MinTIC, en el marco del otorgamiento de permisos de uso al espectro electromagnético, a la tasación del importe a favor del Fondo Único de Tecnologías de la Información y las Comunicaciones, así como a la determinación de si dicha contraprestación se paga en especie, la fijación de su porcentaje, y las inversiones que se realicen bajo esta última modalidad. La extensión de estas facultades resulta inconstitucional en tanto hacen parte de un diseño que vulnera el principio de separación de poderes.

En sí mismas las facultades que otorga el artículo 10 de la ley 1978 de 2019 al MinTIC no resultan inconstitucionales si se analizan de forma aislada. Sin embargo, teniendo en cuenta que hacen parte de un catálogo más amplio de facultades de las que es titular el MinTIC, que incluyen la reglamentación, el otorgamiento e inspección de permisos de uso del espectro electromagnético, y que es necesario realizar un análisis sistemático del papel que cumplen dicho catálogo de dichas competencias frente al papel del MinTIC en la regulación del uso del espectro electromagnético, terminan

por ser inconstitucionales en tanto complementan la competencia omnímoda del MinTIC en la materia.

3.2.3. Examen del artículo 13

Artículo 13. Modifíquese los numerales 1 y 4 y agréguese el numeral 5 del artículo 17 de la Ley 1341 de 2009 “Por la cual se definen Principios y conceptos sobre la sociedad de la información y las comunicaciones -TIC-, se crea la Agencia Nacional del Espectro y se dictan otras disposiciones”, los cuales quedarán así:

1. Diseñar, formular, adoptar y promover las políticas, planes, programas y proyectos del sector de Tecnologías de la Información y las Comunicaciones, en correspondencia con la Constitución Política y la ley, con el fin de promover la inversión y el cierre de la brecha digital, contribuir al desarrollo económico, social y político de la nación, y elevar el bienestar de los colombianos.

4. Definir la política pública y adelantar la inspección, vigilancia y el control del sector de Tecnologías de la Información y las Comunicaciones, incluyendo el servicio de televisión abierta radiodifundida y el servicio de radiodifusión sonora, con excepción de aquellas funciones de inspección, vigilancia y control, expresamente asignadas en la presente ley a la Comisión de Regulación de Comunicaciones y a la Agencia Nacional del Espectro.

5. Ejercer la asignación, gestión, planeación y administración del espectro radioeléctrico.

El inciso segundo del artículo 13 de la ley 1978 de 2019 vulnera los artículos 1, 13, 20 y 75 de la Constitución Política, pues al modificar los objetivos del MinTIC otorgándole la función de definir la política pública, así como de inspeccionar, vigilar y controlar el sector TIC, lo que incluye la televisión abierta y el servicio de radiodifusión, crea un riesgo inadmisiblemente constitucionalmente para la pluralidad informativa, así como para el ponderado funcionamiento del poder ejecutivo en una democracia.

La regulación del espectro electromagnético es un punto de medular importancia para la construcción y mantenimiento de una democracia robusta (artículo 1 de la C.P.), en tanto de este depende el ejercicio de los derechos fundamentales a la libertad de prensa y de expresión, que constituyen el eje de la pluralidad informativa. Al otorgar funciones de vigilancia a un órgano que depende del poder ejecutivo sobre un aspecto de tan alta relevancia para la dinámica democrática, el legislador incurre en un riesgo constitucional inadmisiblemente para la concreción de la pluralidad informativa así como en un desbalance en el sistema de pesos de contrapesos constitutivo del principio de separación de poderes.

El riesgo se configura en tanto el Gobierno, en el marco de la función de inspección sobre el uso del espectro electromagnético, podría degenerar en un control sobre el

contenido de quienes usan dicho espectro minando la pluralidad informativa, posibilidad que en sí misma resulta inconstitucional pues supone un peligro para la integridad del régimen democrático que definió el constituyente, cuya preservación es un fin esencial del Estado. Mientras que el desbalance se presenta porque el legislador pone en cabeza del ejecutivo la función de reglamentar, otorgar e inspeccionar el uso del espectro electromagnético, lo que supone una competencia omnimoda sobre la materia que desbalancea el principio de separación de poderes, en tanto no existe un freno o contrapeso que impida el control absoluto del ejecutivo en una materia que ostenta una máxima importancia para la calidad de la democracia.

3.2.4. Examen del Artículo 14

Artículo 14. Modifíquese el inciso primero, los numerales 3, 6, 11, 20 y 22, y agréguese los numerales 23, 24, 25, 26, 27, 28, 29, 30, 31 y el parágrafo del artículo 18 de la Ley 1341 de 2009, los cuales quedarán así:

Artículo 18. Funciones del Ministerio de Tecnologías de la Información y las Comunicaciones. El Ministerio de Tecnologías de la Información y las Comunicaciones tendrá, además de las funciones que determinan la Constitución Política, y la Ley 489 de 1998, las siguientes:

3. Promover el establecimiento de una cultura de las Tecnologías de la Información y las Comunicaciones en el país, a través de programas y proyectos que favorezcan la apropiación y masificación de las tecnologías, como instrumentos que facilitan el bienestar y el desarrollo personal, social y económico.

6. Asignar el espectro radioeléctrico con fundamento en estudios técnicos y económicos, con el fin de fomentar la competencia, la inversión, la maximización del bienestar social, el pluralismo informativo, el acceso no discriminatorio y evitar prácticas monopolísticas.

11. Ejercer las funciones de inspección, vigilancia y control en el sector de Tecnologías de la Información y las Comunicaciones, conforme con la ley.

20. Fijar las políticas de administración, mantenimiento y desarrollo, así como administrar el uso del nombre de dominio de Internet bajo el código del país correspondiente a Colombia -.co- .

22. Llevar el registro público actualizado de todas las frecuencias electromagnéticas que de conformidad con las normas internacionales estén atribuidas al servicio de televisión, en cada uno de los niveles territoriales en los que se pueda prestar el servicio. Dicho registro deberá determinar la disponibilidad de frecuencias y, en caso de que estén asignadas, el nombre del operador, el ámbito territorial de la asignación, su término y las sanciones de que hayan sido objeto los operadores.

23. Reglamentar el otorgamiento y prórroga de las concesiones para la operación del servicio, los contratos de concesión de espacios de televisión y los contratos de cesión de derechos de emisión, producción y coproducción de los programas de televisión, así como los requisitos de las licitaciones, contratos y licencias para acceder al servicio, y el régimen sancionatorio aplicable a los concesionarios, operadores y contratistas de televisión, de conformidad con las normas previstas en la ley y en los reglamentos.

24. Fijar las tarifas, tasas y derechos, asociados a la concesión, a que se refiere la Ley 182 de 1995. En materia del pago de la contraprestación los operadores públicos del servicio de televisión mantendrán las exenciones y excepciones que les sean aplicables a la fecha de entrada en vigencia de la presente ley.

25. Asignar las concesiones para la operación del servicio público de televisión, así como adjudicar y celebrar los contratos de concesión de espacios de televisión.

26. Aprobar y suscribir antes de su vencimiento, la prórroga de los contratos de concesión de espacios de televisión abierta de RTVC, para lo cual las entidades concedentes cederán previamente dichos contratos.

27. Reglamentar de modo general las condiciones y requisitos que deben cumplir los acuerdos que celebren los concesionarios de espacios de televisión y los contratistas de televisión regional para modificar, sin más limitaciones que las derivadas de la voluntad mayoritaria de los mismos y del respeto de los derechos que los amparan, el carácter y la modalidad de los espacios de que son titulares, la franja de audiencia, los horarios de emisión y la duración de los programas, entre otros.

28. Convenir con RTVC la manera como habrá de garantizarse la continuidad temporal del servicio en caso de suspensión, caducidad o terminación de los contratos con los operadores zonales o con los concesionarios de espacios de televisión.

29. Establecer las condiciones para que los canales regionales de los que hagan parte entidades territoriales de zonas de frontera puedan asociarse, en condiciones de reciprocidad y observando los acuerdos y tratados internacionales de integración y cooperación, con entidades territoriales de países vecinos o miembros de organismos de cooperación e integración regional de los que Colombia haga parte, para la prestación del servicio público de televisión.

30. Reglamentar lo relativo al servicio de televisión étnica y afrocolombiana a la que se refiere el parágrafo 2o del artículo 20 de la Ley 335 de 1996, como acción afirmativa para que a través de los entes que por mandato legal del artículo 35 de la Ley 70 de 1993 se desarrollen procesos de etnoeducación. Para el efecto, dentro de los veinticuatro (24) meses siguientes a la vigencia de la presente ley, el Gobierno nacional revisará la reglamentación vigente relativa al servicio de televisión étnica y afrocolombiana y adelantará la actualización de la reglamentación que sea requerida.

31. Las demás que le sean asignadas en la ley.

Parágrafo. El Gobierno nacional procederá a revisar y adoptar la estructura y la planta de personal del Ministerio de Tecnologías de la Información y las Comunicaciones, dentro de los seis (6) meses siguientes a la entrada en vigencia de la presente ley, plazo que podrá prorrogarse hasta por seis (6) meses adicionales.

Los numerales 6, 23, 25, 26 y 30 del artículo 14 de la ley 1978 de 2019 vulneran los artículos 1, 13, 20 y 75 de la Constitución Política. A continuación, se individualizan cada una de las expresiones de acuerdo a las razones que sustentan su inconstitucionalidad.

El numeral 6 del artículo 14 de la ley 1978 de 2019 establece la función del MinTIC relativa a asignar el uso del espectro radioeléctrico. Esta facultad, al reposar en un órgano que depende del ejecutivo, vulnera el principio de separación de poderes en tanto se debe cumplir por una o varias entidades que ostenten autonomía jurídica, administrativa y técnica.

Los numerales 23, 25, 26 y 27 del artículo 14 de la ley 1978 de 2019 establecen la función del MinTIC relativa a reglamentar el otorgamiento y prórroga para la operación de servicios, la concesión y cesión de contratos de programas de televisión, así como las concesiones del servicio público de televisión. Esta facultad, al reposar en un órgano que depende del ejecutivo, genera un riesgo inadmisiblemente constitucionalmente frente a la adecuada protección y materialización del derecho fundamental a la libertad de expresión y a la libertad de prensa, en tanto acrecienta la posibilidad de que a través de dichas competencias se ejerza un control sobre el contenido de aquellas expresiones que se manifiestan a través del espectro que pueda beneficiar los intereses del gobierno y deteriore la integridad democrática y la pluralidad informativa que se debe materializar en uso de este bien público.

3.3. Artificialidad de la independencia de la Comisión de Regulación de Comunicaciones.

A continuación, se presentan los apartes normativos que vulneran el artículo 113 de la Constitución, dado que afectan autonomía e independencia de la Comisión de Regulación de Comunicaciones (en adelante CRC), en dos sentidos: (i) afecta la autonomía en la administración de los fondos públicos a cargo del nuevo regulador; y (ii) afecta la autonomía orgánica en la designación y composición de los comisionados de la CRC. En consideración de la extensión de los apartes normativos relacionados con este cargo se adoptará la siguiente metodología de exposición: en un primer momento, se presenta el contenido general del cargo evidenciando cómo los artículos relacionados generan una aparente independencia de la CRC que resulta artificiosa; posteriormente se transcriben cada uno de los preceptos normativos subrayando las expresiones inconstitucionales y se particulariza el argumento general a cada una de los preceptos normativos.

3.3.1. Actores que participan en el sector TIC: antes y después de la ley 1978 de 2019

En el sector de las TIC, con anterioridad a la ley 1978 de 2019, estaban involucradas las siguientes entidades con sus respectivas funciones:

- i) el MinTIC, como el responsable de la formulación de políticas de telecomunicaciones, de supervisar el sector de las TIC y cuya cabeza, es decir el Ministro de las TIC, era miembro del consejo directivo de la Comisión de Regulación de Comunicaciones;
- ii) el Departamento Nacional de Planeación (DNP), responsable de políticas de acceso universal junto con el MinTIC, de aprobar los proyectos de inversión emprendidos por el MinTIC, y su director es miembro del consejo directivo de la Comisión de Regulación de Comunicaciones;
- iii) la Comisión de Regulación de Comunicaciones (CRC), que es el órgano regulador del sector por lo que mantiene autonomía administrativa, encargado de la promoción de la competencia en el sector de las TIC, evitar el abuso de posiciones dominantes en el sector TIC, promulgar la regulación del mercado ex ante para redes y servicios con el fin de garantizar la prestación eficiente de los servicios, adoptar una regulación para el sector, regular los servicios postales y supervisar la infraestructura de radiodifusión sin tener control sobre sus contenidos;
- iv) la Agencia Nacional del Espectro (ANE), que al igual que la CRC cuenta con autonomía administrativa, encargada de la planeación, gestión y control del espectro electromagnético, y posee funciones de vigilancia, control y soporte técnico para la gestión y planeación del Espectro;
- v) La Autoridad Nacional de Televisión (ANTV), creada en 2012 a través de una enmienda constitucional, que tiene mayor autonomía y personería jurídica que la CRC y se encarga de la concesión de licencias en el sector de la televisión, incluida la asignación del espectro, así como el fortalecimiento de la TV pública y de la reglamentación contenidos;
- y vi) La Superintendencia de Industria y Comercio (SIC), en tanto en algunos casos esta entidad puede revisar algunos de los contenidos que se emiten a través de las TIC.

Con la entrada en vigencia de la ley 1978 de 2019 las competencias quedan de la siguiente forma:

(i) La nueva Comisión de Regulación de Comunicaciones (CRC) ahora es una unidad administrativa especial, con independencia administrativa, técnica, patrimonial, presupuestal, personería jurídica. Uno de los integrantes de la sesión de la CRC es delegado del Ministerio TIC (art. 20.2), uno de los integrantes de la CRC es designado por el presidente (art. 20). Entre sus funciones se encuentra ahora promover y regular libre competencia (art. 22), expedir regulación de carácter general y particular sobre régimen de competencia, aspectos técnicos y económicos, regular acceso y uso de redes (art. 22), definir condiciones para utilización de infraestructura y redes de otros servicios en la prestación de servicios de telecomunicaciones (art. 22). La Facultad de vigilar y sancionar de manera limitada sólo a conductas que incurran contra el pluralismo informativo, la competencia, régimen de inhabilidades y derechos de televidentes (art. 22) y su capacidad sancionatoria se reduce sólo a operadores, concesionarios de espacios de televisión y contratistas de TV nacional (art. 22)

(ii) El MinTIC ahora tiene a su cargo conceder permiso para el uso y renovación del espectro (art. 11 y 12) y asignación (art. 18 num 6), fija el valor de la contraprestación económica que deberá pagarse con ocasión a renovación del uso del espectro (art. 12), autorizar las obligaciones de hacer, llevar el registro único de TIC (art. 15), ejercer vigilancia y control en el sector TIC (art. 18 num 11), fijar políticas de administración, mantenimiento y desarrollo del sector TIC (art. 18), integrar sesiones de la CRC con voz y voto. El FondoTIC está adscrito al MinTIC (art. 34)

(iii) La ANE tiene a su cargo ahora tomar medidas para cese del uso no autorizado del espectro (art. 35), reglamentar procedimientos sobre el cese de operaciones del uso no autorizado del espectro (art. 35) y elaborar por solicitud del MinTIC estudios con características técnicas de la red (art. 36)

(iv) La ANTV fue suprimida (art. 39)

(v) la SIC sigue con funciones de autoridad única de protección de la competencia del sector TIC (art. 37) y con autoridad de vigilancia y control de usuarios de servicios TIC (art. 37) incluidas las del sector de televisión (art. 39)

3.4. Cargo contra los artículos 17 y 19 de la ley 1978 de 2019

La Corte Constitucional en la Sentencia C 170 de 2012 admitió que la regulación del espectro electromagnético, dado que es un bien público de máxima importancia, quede en cabeza de uno o varios órganos especializados en las distintas actividades que se realizan a través de dicho bien. El diseño de estos órganos se encuentra dentro

de la cláusula de competencia general del Legislador para reformar la administración pública. En palabras de la Corte:

“El Constituyente se abstuvo de asignar competencias puntuales y prefirió que fuera el Congreso el encargado de fijar la política en materia de televisión y lo concerniente a la organización y funcionamiento del organismo rector. En este sentido la Corte ha destacado que al Legislador compete “trazar las directrices de la política televisiva”, cumpliendo así un rol que bien puede calificarse de “decisivo y trascendental””(Subrayado propio).⁴⁸

Sin embargo, dicha competencia no es ilimitada, sino que debe seguir ciertos presupuestos que definió el constituyente para que la actividad de regulación sobre el espectro electromagnético se realice de forma ajustada a la Constitución. De esta forma, el legislador debe, al momento de definir las entidades que se van a encargar de esta tarea, dotarlas de la respectiva autonomía jurídica, presupuestal y técnica para cumplir con su función. En palabras de la Corte:

“6.1.7- Las anteriores consideraciones llevan a la Corte a concluir que la Constitución de 1991 reconoció la autonomía del órgano encargado de regular el servicio público de televisión. Fue esta una “garantía institucional” diseñada para sustraer dicho servicio de los vaivenes de la política, de los intereses económicos y alejarlo de la influencia del Ejecutivo. Sin embargo, a diferencia de lo que ocurrió con otras entidades del Estado, en su diseño institucional el Constituyente no le asignó funciones específicas y concretas que pudieren ejercerse al margen de la regulación adoptada por el Legislador. En efecto: (i) el Constituyente prefirió que fuera el Congreso de la República el encargado de definir sus contornos, para lo cual le asignó la misión de trazar la política en materia de televisión y lo concerniente a la organización y funcionamiento del organismo rector; (ii) la autonomía reconocida fue de naturaleza administrativa, patrimonial y técnica, frente a las demás autoridades administrativas del Estado, desligándose como entidad adscrita o vinculada a otro órgano del sector central, pero cuyas funciones -esencialmente de ejecución y desarrollo- fueron supeditadas a la política trazada por el Legislador; (iii) se mantuvo el deber de colaboración armónica, de modo que sus funciones se desarrollarían de manera coordinada con las demás entidades del Estado, sujetas en todo caso a los lineamientos previstos en la Ley; (iv) fue una autonomía restringida, en tanto estuvo circunscrita al servicio público de televisión cuando se utiliza el espectro electromagnético, de manera que no comprendió otros medios de comunicación ni otros canales informáticos o tecnológicos; y finalmente.

⁴⁸ Corte Constitucional, Sentencia C 170 de 2012, M.P. Jorge Iván Palacio Palacio, párr. 3 numeral 6.1.6.

6.1.8.- Desde otra perspectiva, es importante recordar que el postulado de separación de poderes y la consecuente autonomía en el ejercicio de las funciones admite reformulaciones conceptuales e incluso revisiones profundas, sin que por ese solo hecho se desvanezca su esencia"(Subrayado propio)⁴⁹.

Por lo anterior, resulta necesario aclarar que si bien el legislador tiene una amplia competencia en el diseño de los organismos que regulan el uso del espectro electromagnético, esta facultad encuentra su límite en mantener estándares de autonomía que permitan alcanzar el objetivo que el constituyente específicamente le dio. En otras palabras, el grado de autonomía debe ser suficiente para servir de garantía institucional para el funcionamiento de la democracia, en el entendido que el estándar de la autonomía de los órganos que regulen el espectro electromagnético, para cumplir el mandato constitucional, debe ser suficiente para blindarlos o sustraerlos de la órbita de influencia del poder ejecutivo. Lo contrario, supondría una violación al artículo 113 de la Constitución aun a pesar de que mantengan un cierto grado de autonomía, pues esta resultaría artificiosa a la luz del fin constitucional.

En concreto, varios apartes de la ley 1978 de 2019 que tratan la composición de la Comisión de Regulación de Comunicación (CRC) establecen fórmulas de elección de sus integrantes que resultan nocivas para asegurar la independencia de dicho órgano de la órbita de influencia del ejecutivo, en tanto permiten una intensa influencia del gobierno de turno en dicho proceso. La influencia se refleja en la potestad reglamentaria que ostenta el Gobierno frente a los concursos necesarios para la elección de dos de los Comisionados de la Sección de Contenidos Audiovisuales, así como en la elección directa de un Comisionado de la Sección de Comisión de Comunicaciones y pertenencia del Ministerio de las TIC a dicha sección. Dichos mecanismos le restan capacidad real de autonomía para cumplir con la garantía institucional que estableció el constituyente. De esta forma la autonomía que *prima facie* se le concede a la CRC resultaría artificial y aquellos apartes que permiten una injerencia desproporcionada del poder ejecutivo sobre la CRC resultan inconstitucionales.

Siguiendo esta línea de argumentación, algunas de las funciones que quedan en cabeza de la CRC resultan inconstitucionales pues su autonomía, al ser artificial, pone en riesgo la necesaria imparcialidad en el ejercicio de algunas de las atribuciones que le concede el artículo 18 de la ley 1978 de 2019, lo que constituye un riesgo inadmisiblemente constitucionalmente para la protección de los derechos a la libertad de expresión y de prensa que se materializan en uso del espectro electromagnético. De esta forma, subsidiariamente, si la Corte considera que el legislador no vulneró el principio de separación de poderes y que resulta ajustado a la Constitución que el gobierno tenga

⁴⁹ Ibidem, núm. 6.1.7. y 6.1.8.

tal grado de incidencia sobre la composición en las que la CRC, deberá armonizar dicho órgano con el marco de protección constitucional declarando parte de sus funciones como inconstitucionales. Particularmente aquellas, en las que la neutralidad y autonomía constituye un presupuesto para su saludable cumplimiento dentro de una democracia.

A continuación, se transcriben los apartes normativos y de forma particular se exponen las razones de su inconstitucionalidad teniendo como base el argumento precedente.

3.4.1. Examen del artículo 17

Artículo 17. Modifíquese el artículo 20 de la Ley 1341 de 2009, el cual quedará así:

Artículo 20. Composición de la Comisión de Regulación de Comunicaciones (CRC). Para el cumplimiento de sus funciones, y como instancias que sesionarán y decidirán los asuntos a su cargo de manera independiente entre sí, la Comisión de Regulación de Comunicaciones (CRC) tendrá la siguiente composición:

20.1 La Sesión de Comisión de Contenidos Audiovisuales, y

20.2 La Sesión de Comisión de Comunicaciones.

20.1 La Sesión de Comisión de Contenidos Audiovisuales, ejercerá las funciones descritas en los numerales 25, 26, 27, 28 y 30 del artículo 22 de la presente ley y estará compuesta por:

a) Un (1) Comisionado elegido por los operadores públicos regionales del servicio de televisión, mediante el mecanismo que estos autónomamente determinen;

b) Un (1) Comisionado de la sociedad civil elegido mediante concurso público adelantado por una Universidad Pública o Privada legalmente constituida y reconocida por el Ministerio de Educación Nacional, acreditada por la Comisión Nacional del Servicio Civil para la realización de concursos públicos, y acreditada en alta calidad conforme la publicación anual del SNIES (Sistema Nacional de Información de la Educación Superior), con personería jurídica vigente, que tenga por lo menos uno de los siguientes programas: Derecho, Comunicación Social, Periodismo, Psicología, Sociología, Economía, Educación, Negocios Internacionales, Administración Financiera, Pública o de Empresas; Ingeniería de Telecomunicaciones, de Sistemas, Eléctrica o Electrónica; Cine y Televisión. La selección de la Universidad que adelantará el concurso estará a cargo del Ministerio de Educación Nacional;

c) Un (1) Comisionado del sector audiovisual elegido mediante concurso público, adelantado por una Universidad Pública o Privada legalmente constituida y reconocida por el Ministerio de Educación Nacional, acreditada por la Comisión Nacional del Servicio Civil para la realización de concursos públicos, y acreditada en alta calidad conforme la publicación anual del SNIES (Sistema Nacional de Información de la Educación Superior), con personería jurídica vigente, que tenga por lo menos uno de los siguientes programas: Derecho, Comunicación Social, Periodismo, Psicología, Sociología, Economía, Educación, Negocios Internacionales, Administración Financiera, Pública o de Empresas; Ingeniería de Telecomunicaciones, de Sistemas, Eléctrica o Electrónica; Cine y Televisión. La selección de la Universidad

que adelantará el concurso estará a cargo del Ministerio de Educación Nacional. Los concursos públicos para la selección de los Comisionados de la Sesión de Comisión de Contenidos Audiovisuales deberán efectuarse en un término máximo de tres (3) meses, de acuerdo con la reglamentación que el Gobierno nacional expida, y en los que cualquier ciudadano interesado que cumpla con los requisitos del presente artículo, podrá postularse.

Los Comisionados de la Sesión de Comisión de Contenidos Audiovisuales serán de dedicación exclusiva para períodos institucionales fijos de cuatro (4) años, no reelegibles, con voz y voto, no sujetos a las disposiciones que regulan la carrera administrativa, los cuales podrán tener título profesional en derecho, comunicación social, periodismo, psicología, sociología, economía, educación, negocios internacionales, administración financiera, pública o de empresas; ingeniería de telecomunicaciones, de sistemas, eléctrica o electrónica; cine y televisión.

A los Comisionados de la Sesión de Comisión de Contenidos Audiovisuales les serán aplicables las inhabilidades descritas en el artículo 21 de la presente ley y deben ser ciudadanos colombianos mayores de 30 años, con experiencia mínima relacionada de ocho (8) años en el ejercicio profesional y con: a) título de pregrado, y de maestría o doctorado afines, o b) título de pregrado, y de especialización afín y diez (10) años de experiencia profesional en temas de regulación, control o supervisión en el sector audiovisual, adicionales a los ocho (8) años de experiencia profesional mínima.

Los Comisionados de la Sesión de Comisión de Contenidos Audiovisuales representarán exclusivamente el interés de la nación.

20.2. La Sesión de Comisión de Comunicaciones, ejercerá las funciones que le asigne la ley, con excepción de los numerales 25, 26, 27, 28 y 30 del artículo 22 de la presente ley, y estará compuesta por:

El Ministro de Tecnologías de la Información y las Comunicaciones, que podrá delegar en el Viceministro de Conectividad y Digitalización, o quien haga sus veces, con voz y voto, y cuatro (4) Comisionados de dedicación exclusiva para períodos institucionales jos de cuatro

(4) años, no reelegibles, con voz y voto, no sujetos a las disposiciones que regulan la carrera administrativa, los cuales podrán ser abogados, ingenieros electrónicos o de telecomunicaciones, o economistas. En todo caso, al menos un Comisionado deberá ser ingeniero electrónico o de telecomunicaciones, un Comisionado será abogado y un Comisionado será economista.

Los Comisionados deben ser ciudadanos colombianos mayores de 30 años, con título de pregrado, y de maestría o doctorado afines, y con experiencia mínima relacionada de ocho (8) años en el ejercicio profesional. Los miembros de la Sesión de la Comisión de Regulación de Comunicaciones representarán exclusivamente el interés de la nación.

La Sesión de Comisión de Comunicaciones se integrará de la siguiente manera:

a) El Ministro de Tecnologías de la Información y las Comunicaciones, que podrá delegar en el Viceministro de Conectividad y Digitalización o quien haga sus veces;

b) Un (1) Comisionado designado por el Presidente de la República;

c) Tres (3) Comisionados elegidos a través de un proceso de selección mediante concurso público, en el que cualquier ciudadano de la sociedad civil que cumpla con los requisitos del presente artículo, pueda postularse. El concurso público será realizado por el Departamento Administrativo de la Función Pública, de acuerdo con

la reglamentación que el Gobierno nacional expida, y deberá elegirse mínimo dos (2) meses antes del vencimiento del período del Comisionado a reemplazar.

Parágrafo 1°. Uno de los Comisionados de la Sesión de Comisión de Comunicaciones, en forma rotatoria, ejercerá las funciones de Director Ejecutivo de la Comisión de Regulación de Comunicaciones (CRC), de acuerdo con el reglamento interno, adoptado por la misma Sesión de la Comisión de Comunicaciones.

Parágrafo 2°. La Presidencia de la Sesión de Comisión de Contenidos Audiovisuales será ejercida por quien los miembros de la misma designen, y podrá sesionar y decidir con la mayoría simple de sus miembros.

Parágrafo 3°. La Presidencia de la Sesión de Comisión de Comunicaciones será ejercida por quien los miembros de la misma designen, y podrá sesionar y decidir con la mayoría simple de sus miembros.

Parágrafo 4°. La Comisión de Regulación de Comunicaciones (CRC) contará adicionalmente con una Coordinación Ejecutiva. La Dirección Ejecutiva y la Coordinación Ejecutiva, cumplirán sus funciones con el apoyo de grupos internos de trabajo, de nidos en su reglamento interno.

Parágrafo transitorio. La primera conformación de la Sesión de Comisión de Comunicaciones se regirá por las siguientes reglas:

1) Hará parte el Ministro de Tecnologías de la Información y las Comunicaciones, que podrá delegar en el Viceministro de Conectividad y Digitalización o quien haga sus veces.

2) Se mantendrá en su cargo hasta la finalización de su respectivo período, el (1) actual Comisionado de la CRC que haya tomado posesión de manera más reciente a la entrada en vigencia de la presente ley. Al vencimiento del período de transición del Comisionado señalado en el presente numeral, este será reemplazado por uno (1) de los Comisionados elegidos conforme lo dispuesto en el literal c) del numeral 20.2 del presente artículo.

3) Los otros dos (2) Comisionados actuales de la Comisión de Regulación de Comunicaciones ejercerán su cargo hasta la fecha de entrada en vigencia de la presente ley.

Autorízase al Fondo Único de Tecnologías de la Información y las Comunicaciones, para realizar los traslados presupuestales requeridos para asumir lo referido al reconocimiento de la liquidación y demás emolumentos correspondientes a la liquidación hasta el vencimiento del periodo fijo para el cual fueron designados los dos (2) Comisionados señalados en el presente numeral, cuyo período finaliza por ministerio de la presente ley.

4) Dentro del mes (1) siguientes a la entrada en vigencia de la presente ley, se elegirá y posesionará un (1) Comisionado de que trata el literal b) del numeral 20.2 del presente artículo, para un período fijo institucional de tres (3) años, no reelegible. Al vencimiento del periodo del Comisionado, este será reemplazado conforme lo dispuesto en el literal b) del numeral 20.2 del presente artículo.

5) Dentro de los tres (3) meses siguientes a la entrada en vigencia de la presente ley, se elegirán y posesionarán dos Comisionados de que trata el literal c) del numeral 20.2 del presente artículo, para un periodo fijo institucional de cuatro (4) años, no reelegible. Al vencimiento del periodo del Comisionado, este será reemplazado conforme lo dispuesto en el literal c) del numeral 20.2 del presente artículo.

6) En todo caso, se entenderá integrada la primera Sesión de Comisión de

Comunicaciones y la misma sólo podrá sesionar y decidir, cuando se encuentren en ejercicio de sus funciones, por lo menos tres (3) de sus miembros, designados según las reglas del presente párrafo transitorio. Hasta dicho momento, se suspenderán los términos de todas las actuaciones administrativas que deban ser decididas, a la fecha de entrada en vigencia de la presente ley, por la Sesión de la Comisión de Regulación de Comunicaciones. Lo anterior sin perjuicio de la ordenación del gasto y la toma de decisiones relacionadas con el funcionamiento de la Entidad, lo que incluye el trámite de las actuaciones administrativas a cargo de los diferentes grupos internos de trabajo de la Entidad y el ejercicio de las funciones delegadas en el Director Ejecutivo de la CRC.

7) Una vez se encuentren posesionados y en ejercicio de sus funciones, los cinco (5) miembros de la Sesión de Comisión de Comunicaciones descritos en este párrafo transitorio, se procederá a designar al Comisionado que ejercerá las funciones de Director Ejecutivo de la Comisión de Regulación de Comunicaciones (CRC), de acuerdo con lo dispuesto en el presente artículo. Mientras se posesiona la totalidad de los miembros de la Sesión de Comisión de Comunicaciones, conforme a lo dispuesto en el presente párrafo transitorio, y a partir de la entrada en vigencia de la presente ley, ejercerá las funciones de Director Ejecutivo de la Comisión de Regulación de Comunicaciones (CRC) quien ejerza la coordinación ejecutiva señalada en el párrafo 4° del presente artículo.

Las expresiones acusadas vulneran el artículo 113 de la Constitución Política que establece el principio de separación de poderes, al consagrar mecanismos que hacen artificial la autonomía de la CRC.

De acuerdo al artículo 113 de la Constitución, dentro del andamiaje del Estado, hay órganos y ramas del poder público, que articulan el principio de separación de poderes, de tal modo que algunas entidades “forman parte de alguna de las tres ramas del poder público, pero otros, autónomos e independientes, están por fuera de su radio”⁵⁰. La CRC hace parte de este último grupo de entidades que están por fuera del dominio de cada una de las ramas del poder público, por lo que gozan de un grado de autonomía jurídica, técnica y administrativa para cumplir su labor. Esta categoría la comparte con otras entidades como la Comisión Nacional del Servicio Civil (CNSC), a las cuales se les confían un ámbito de acción determinado que tiene relevancia constitucional y cuyo desarrollo sería inconveniente si quedará en manos del ejecutivo.

Ahora bien, la autonomía se materializa en diferentes puntos especialmente: (i) la autonomía presupuestal, (ii) la personería jurídica y (iii) los mecanismos por los que eligen los funcionarios de índole directiva de la entidad. Las fortalezas de estos aspectos determinan la autonomía real de las entidades y fortalecen el principio de

⁵⁰ Antonio Barreto-Rozo, “El proyecto constitucional de la separación de poderes en el Estado colombiano: apuntes sobre su desenvolvimiento a lo largo del siglo XX”, en *Vniversitas* (122), 2011 p. 213-260.

separación de poderes que no solo se predica de las ramas del poder público, es decir del ejecutivo, legislativo y judicial, sino de aquellos órganos autónomos que cumplen funciones específicas y necesarias para que la distribución del poder público resulte saludable para el funcionamiento del Estado y la democracia constitucional⁵¹. Esto se intensifica en los casos en que el constituyente ha determinado ámbitos específicos de autonomía de una función pública frente al Gobierno, como lo es en el caso de la intervención y regulación del espectro electromagnético.

En consecuencia, la expresión “*de acuerdo con la reglamentación que el Gobierno nacional expida*” contenida en el inciso segundo del literal c del numeral 20.1 del artículo 20 de la Ley 1978 de 2019 que establece que el gobierno tiene la facultad reglamentaria sobre los concursos públicos para la selección de los Comisionados de la Sección de Contenidos de la CRC, es decir para los dos casos mencionados en el literal b y el inciso primero del literal c del mismo artículo, resulta inconstitucional en tanto, al legar esta potestad al ejecutivo⁵², pone en entredicho la verdadera autonomía de una parte considerable de la CRC. Adicionalmente, esta atribución la debería cumplir la Comisión Nacional del Servicio Civil (CNSC), ya que el constituyente expresamente indicó en el artículo 130 de la Constitución que esta era la entidad encargada de velar por la carrera administrativa y la protección del mérito como principal criterio de acceso al servicio público.

Por su lado, los literales a y b del numeral 20.2 del artículo 20 de la ley 1978 de 2019 que establecen que la Sesión de Telecomunicaciones de la CRC se conforma por el Ministro de las TIC y por un Comisionado delegado expresamente por el Presidente de la República, resultan desproporcionadas y afectan claramente la autonomía de la CRC al producir una intervención directa del poder ejecutivo sobre dicho órgano, en tanto implica la facultad de elegir quienes la componen. Lo que atenta a todas luces con el principio de separación de poderes, más aún si se entiende por dicho principio la garantía constitucional de que el control entre las entidades públicas se ejerza mutuamente por quienes detentan el poder público en la red de instituciones que lo componen el Estado. De esta forma, aun cuando el Legislador está facultado para estipular los mecanismos de designación de los Comisionados de la CRC, en tanto la creación y estructuración de entidades públicas es una materia que se encuentra dentro de cláusula de competencia general legislativa, dichos mecanismos deben concebirse de acuerdo a la racionalidad del principio mismo de separación de poderes,

⁵¹ La Corte Constitucional, desde sus primeros años, se refirió al principio de separación de poderes y a sus alcances y límites. El modelo que categorizó la Corte bajo el nombre de frenos y contra pesos como elemento esencial del principio de separación de poderes, se caracteriza por superar la delimitación rígida de funciones constitucionales para pasar a un esquema de control político contingente, eventual o accidental, entre las diferentes instituciones que administran el poder público. Así aparece, por ejemplo, en la Sentencia C 971 del M.P. Manuel José Cepeda.

⁵² Cabe precisar que si bien la potestad reglamentaria frente a cualquier ley en principio pertenece al Presidente la República, el constituyente introdujo frente a ciertas materias una facultades reglamentarias especiales que, por mandato constitucional se asigna a otros órganos constitucionales.

que se expresa en este caso en la autonomía que mantiene la CRC frente al poder del legislador. De lo contrario, muchas de las fórmulas de designación de directivos que adopta el legislador persistirían a pesar de que sean nocivas para el funcionamiento del principio de separación de poderes y por ende para la democracia y los fines del Estado colombiano.

Ahora bien, tanto la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico (OCDE) como la Unesco y la Relatoría para la Libertad de Expresión (RELE) de la Organización de Estados Americanos, formularon cada una por su cuenta, reparos al carácter independiente y autónomo del regulador convergente propuesto en su momento por el proyecto de ley 152/18 senado - 202/18 cámara de “modernización de las TIC”.

En comentarios del 4 de diciembre de 2018 enviados por la OCDE al gobierno nacional, éste organismo enfatizó no sólo en la ausencia de un verdadero regulador independiente que constituía para entonces la debilidad “más significativa”⁵³ del proyecto de ley que dio origen a la ley 1978 de 2019; sino que además señaló que entre las buenas prácticas en los países miembro de la OCDE la figura del regulador convergente debe caracterizarse por mantener separadas las facultades de (i) formulación de políticas y la de (ii) regulación. Según este organismo “[e]l regulador debe tener poderes suficientes para ejercer sus funciones y mantenerse distanciado del gobierno”⁵⁴.

La OCDE en este mismo escrito de comentarios, sugirió varios aspectos que debían considerarse en posteriores debates del entonces proyecto de ley, para garantizar con el texto final del proyecto de modernización de las TIC, la independencia del regulador. Dos de estos aspectos se centraron en la financiación y la elección y nombramiento de los comisionados señalando que:

1. Sobre la financiación: La financiación del regulador debe ser independiente de la financiación del Ministerio TIC. Al respecto, la OCDE precisó que al haber establecido el entonces proyecto de ley que *“el Fondo Único de Tecnologías de la Información y las Comunicaciones” está adscrito al MINTIC pero que, además, su objetivo es apoyar las actividades y la capacidad administrativa y técnica del MINTIC y la Agencia Nacional del Espectro, y la mejora de su capacidad administrativa, técnica y operativa para el cumplimiento de sus funciones, podría causar un conflicto entre la financiación de la Comisión de Regulación de las Comunicaciones y otras instituciones.*⁵⁵ (Subrayado propio).

⁵³ Organización de Cooperación para el Desarrollo Económico OCDE, 5 de diciembre de 2018, “Comentarios preliminares del Proyecto de Ley para la modernización del sector TIC: PL 152 de 2018 y PL 202 de 2018 de la Cámara de Representantes.

⁵⁴ *Ibidem*.

⁵⁵ *Ibidem*.

2. Sobre el nombramiento y elección de los comisionados: Según los estándares OCDE el regulador debe estar integrado por actores que sean independientes del sector regulado como del gobierno en aras de garantizar con ello confianza e integridad de las decisiones regulatorias de ésta nueva autoridad. Al respecto, la OCDE comentó sobre el texto aprobado en diciembre⁵⁶ en cada cámara legislativa (Senado y Cámara de Representantes) que “no es recomendable que el presidente nombre directamente representantes de la Junta de comisionados” puesto que “la elección debe ser independiente de cualquier influencia política del gobierno o cualquiera de sus entidades adjuntas como el Ministerio TIC”(Subrayado propio)⁵⁷.

En el “Estudio de la OCDE sobre políticas y regulación de telecomunicaciones en Colombia”⁵⁸ que evaluó en 2014 el estado del sector TIC en Colombia en el que concurrían múltiples entidades gubernamentales regulando de manera simultánea y redundante el mismo sector; se advirtió en su momento, previo al trámite de la ley de modernización de las TIC que:

*“La principal deficiencia del marco actual es la falta de independencia del regulador (CRC) que, en muchos casos, actúa como una rama del gobierno responsable de la regulación de las telecomunicaciones. Aunque el gobierno actual se ha mostrado proactivo al facilitar la competencia y promover el proceso de liberalización, esta falta de independencia pone en duda la continuidad de dichas políticas. Las buenas prácticas en los países de la OCDE recomiendan separar formulación de políticas y regulación. Por lo tanto, el regulador debe disponer de potestad suficiente para llevar a cabo su función y mantenerse al margen del gobierno.”*⁵⁹ (Subrayado propio)

Posterior al envío de los comentarios de la OCDE sobre el proyecto de modernización de las TIC al gobierno de Colombia, para el 26 de diciembre de 2018 el subdirector general de comunicación e información de UNESCO remitió un concepto a varios congresistas colombianos que solicitaron a esta organización internacional, se pronunciara sobre aspectos que generaban preocupación con relación al contenido del entonces proyecto de ley 152/18 que estaba siendo tramitado vía *fast track*.

Sin profundizar demasiado, en el documento suscrito por UNESCO se hizo alusión al principio de independencia general y la no injerencia gubernamental que constituyen

⁵⁶ *Ibidem*.

⁵⁷ *Ibidem*.

⁵⁸ OECD(2014) Estudio de la OCDE sobre políticas y regulación de telecomunicaciones en Colombia, OECD Publishing, disponible en https://www.keepeek.com//Digital-Asset-Management/oecd/science-and-technology/estudio-de-la-ocde-sobre-politicas-y-regulacion-de-telecomunicaciones-en-colombia_9789264209558-es#page4

⁵⁹ *Ibidem*.

estándares internacionales para asegurar que el regulador convergente esté orientado entre otros, a la protección de la libertad de expresión. Sin que exista una “solución aplicable a todos los casos”⁶⁰ este documento puso en evidencia la necesidad de que se ajustara el entonces proyecto de ley a la promoción de estándares internacionales de libertad de expresión.

En las publicaciones de UNESCO sobre las características y naturaleza del regulador convergente de 2008 “Guidelines for broadcasting regulation”⁶¹ y 2016 “Regulación independiente de la radio y teledifusión: Una revisión de políticas y prácticas internacionales”⁶², se señalan los estándares que deben ser satisfechos a la hora de crear un regulador convergente independiente y autónomo. Entre esos estándares se encuentran dos relacionados específicamente con la conformación de la junta directiva del regulador y su financiación, precisando:

1. Sobre la conformación del órgano decisor del regulador convergente: El proceso de designación de sus miembros debe estar fijado en la ley y ser transparente, vinculado a personas con conocimiento experto en el sector independientes de intereses políticos. Como no existe un método correcto para la designación de personas independientes para una autoridad de este estilo, cada país debe fijarlo considerando criterios de paridad de género, minorías étnicas y enfoques diferenciales, calificación para la toma de decisiones, y capacidad para resistir presiones políticas y financieras. Este proceso de ninguna manera puede estar delegado en el presidente o ministros.
2. Sobre la financiación del regulador convergente: Este organismo debe determinar su propio presupuesto independientemente del origen de sus fondos y debe además ser objeto de consulta del público. Debe tener independencia financiera del Estado para que la agencia lleve a cabo sus funciones de manera plena sin que esté sometida a presiones de tipo fiscal por parte de los ministerios o carteras de hacienda.

Según UNESCO, la independencia del regulador convergente redundaría en un mejor desempeño del sector regulado que aquellos en los que el regulador es controlado directamente por el Estado.⁶³ Señala además, que las razones por las que los Estados son reticentes a la introducción de reguladores convergentes tienen que ver, primero, con el temor de los gobiernos de perder el control sobre el acceso a las ondas

⁶⁰ UNESCO, 26 de diciembre de 2018, carta remitida a la H. Representante a la Cámara María José Pizarro comentando sobre el proyecto de ley 152 de 2018 sobre modernización de las TIC.

⁶¹ Eve Salomón, *Guidelines for broadcasting regulation*, London: UNESCO Publishing, 2008, p. 89.

⁶² Eve Salomón, *Regulación independiente de la radio y teledifusión: Una revisión de políticas y prácticas internacionales*, Montevideo: UNESCO Publishing, 2016, p. 55.

⁶³ *Ibidem*.

radiofónicas o espectro electromagnético, y segundo, con el temor de censura hacia el Estado o sus agencias gubernamentales.

Ahora bien, para el 8 de febrero 2019 la RELE se pronunció sobre el entonces proyecto de ley 152/18 en comunicación remitida a la H.R. María José Pizarro quien solicitó explícitamente a este organismo de la OEA, que se pronunciara sobre la conveniencia del proyecto de ley que para entonces había avanzado al tercer debate legislativo en las Cámaras Sextas conjuntas de Senado y Cámara de Representantes.

En el documento suscrito por el Relator Especial para la Libertad de Expresión Edison Lanza, se expresó que entre las múltiples características que debía satisfacer el regulador convergente para garantizar el derecho a la libertad de expresión resulta “de la mayor importancia que la autoridad de aplicación y fiscalización de la actividad de radiodifusión sea independiente, tanto de la influencia gubernamental como de los grupos privados vinculados a la radiodifusión pública, privada/comercial o comunitaria”⁶⁴.

3.4.2. Examen del artículo 19

Artículo 19. Modifíquese el inciso primero y los numerales 2, 3, 4, 5, 8, 9, 12, 18, 19 y 20 y agréguese los numerales 23, 24, 25, 26, 27, 28, 29, 30, 31 y un inciso final al artículo 22 de la Ley 1341 de 2009, los cuales quedarán así:

Artículo 22. *Funciones de la Comisión de Regulación de Comunicaciones.* Son funciones de la Comisión de Regulación de Comunicaciones, respecto de la provisión de redes y servicios de telecomunicaciones, incluyendo el servicio de televisión abierta radiodifundida y todas las demás modalidades del servicio de televisión y el servicio de radiodifusión sonora, las siguientes:

- 2. Promover y regular la libre competencia y prevenir conductas desleales y prácticas comerciales restrictivas, mediante regulaciones de carácter general o medidas particulares, pudiendo proponer reglas de comportamiento diferenciales según la posición de los proveedores, previamente se haya determinado la existencia de una falla en el mercado.
- 3. Expedir toda la regulación de carácter general y particular en las materias relacionadas con el régimen de competencia, los aspectos técnicos y económicos relacionados con la obligación de interconexión y el acceso y uso de instalaciones esenciales, recursos físicos y soportes lógicos necesarios para la interconexión; así como la remuneración por el acceso y uso de redes e infraestructura, precios mayoristas, las condiciones de facturación y recaudo; el régimen de acceso y uso de redes; los parámetros de calidad de los servicios; los criterios de eficiencia del sector y

⁶⁴ Relatoría Especial para la Libertad de Expresión, 8 de febrero de 2019, carta remitida a la H. Representante a la Cámara María José Pizarro comentando sobre el proyecto de ley 152 de 2018 sobre modernización de las TIC.

la medición de indicadores sectoriales para avanzar en la sociedad de la información; y en materia de solución de controversias.

4. Regular el acceso y uso de todas las redes y el acceso a los mercados de los servicios de telecomunicaciones, de televisión abierta radiodifundida y de radiodifusión sonora, hacia una regulación por mercados.

Definir las condiciones en las cuales sean utilizadas infraestructuras y redes de otros servicios en la prestación de servicios de telecomunicaciones, incluyendo el servicio de televisión abierta radiodifundida y todas las demás modalidades del servicio de televisión y el servicio de radiodifusión sonora, bajo un esquema de costos eficientes. Esta facultad, está radicada en cabeza de esta comisión, de manera exclusiva, para lo cual deberá expedir una nueva regulación en un término máximo de seis (6) meses, previa la elaboración de un estudio técnico, donde se establezcan las condiciones de acceso a postes, ductos e infraestructura pasiva que pueda ser utilizada por los proveedores de redes y servicios de telecomunicaciones, incluyendo el servicio de televisión abierta radiodifundida y todas las demás modalidades del servicio de televisión, y el servicio de radiodifusión sonora. En la definición de la regulación se analizarán esquemas de precios, condiciones capacidad de cargas de los postes, capacidad física del ducto, ocupación requerida para la compartición, uso que haga el propietario de la infraestructura, así como los demás factores relevantes con el fin de determinar una remuneración eficiente del uso de la infraestructura. Lo anterior, incluye la definición de reglas para la división del valor de la contraprestación entre el número de operadores que puedan hacer uso de la infraestructura, de acuerdo con la capacidad técnica del poste y física del ducto, que de na la CRC.

8. Determinar estándares y certificados de homologación internacional y nacional de equipos, terminales, bienes y otros elementos técnicos indispensables para el establecimiento de redes y la prestación de servicios de telecomunicaciones, de televisión abierta radiodifundida y de radiodifusión sonora, aceptables en el país, así como señalar las entidades o laboratorios nacionales autorizados para homologar bienes de esta naturaleza.

9. Resolver las controversias, en el marco de sus competencias, que se susciten entre los proveedores de redes y servicios de telecomunicaciones, de televisión abierta radiodifundida y de radiodifusión sonora. Ningún acuerdo entre proveedores podrá menoscabar, limitar o afectar la facultad de intervención regulatoria, y de solución de controversias de la Comisión de Regulación de Comunicaciones, así como el principio de la libre competencia.

12. Regular y administrar los recursos de identificación utilizados en la provisión de redes y servicios de telecomunicaciones y cualquier otro recurso que actualmente o en el futuro identificar que redes y usuarios, salvo el nombre de dominio de Internet bajo el código del país correspondiente a Colombia -.co-.

18. Resolver recursos de apelación contra actos de cualquier autoridad que se refieran a la construcción, instalación u operación de redes de telecomunicaciones, de televisión abierta radiodifundida y de radiodifusión sonora.

19. Requerir para el cumplimiento de sus funciones información amplia, exacta, veraz y oportuna a los proveedores de redes y servicios de comunicaciones, de televisión abierta radiodifundida y de radiodifusión sonora. Aquellos que no proporcionen la información que mediante requerimientos específicos efectúa la CRC, o que la misma no cumpla con las condiciones de calidad definidas por la CRC, podrán ser sujetos de imposición de multas diarias por parte de la CRC hasta por 250 salarios mínimos legales mensuales vigentes a la fecha de la ocurrencia de los hechos por cada día en que incurran en esta conducta, según la gravedad de la falta y la reincidencia en su comisión.

20. Determinar anualmente, teniendo en cuenta los recursos disponibles para su financiación y la política pública definida para el sector postal por el Ministerio de Tecnologías de la Información y las Comunicaciones, los criterios y niveles de calidad en términos de frecuencia, tiempo de entrega, sistema de reclamaciones, así como las tarifas de los servicios pertenecientes al Servicio Postal Universal.

23. Regular los aspectos técnicos y económicos relacionados con las diferentes clases de servicios postales, incluyendo aquellos comprendidos en el Servicio Postal Universal, teniendo en cuenta los recursos disponibles para su financiación y la política pública definida para el sector postal por el Ministerio de Tecnologías de la Información y las Comunicaciones.

24. Fijar indicadores y metas de calidad y eficiencia de los servicios postales, incluyendo aquellos comprendidos dentro del Servicio Postal Universal, teniendo en cuenta los recursos disponibles para su financiación y la política pública definida para el sector postal por el Ministerio de Tecnologías de la Información y las Comunicaciones e imponer índices de calidad, cobertura y eficiencia a uno o varios operadores para determinados servicios.

25. Garantizar el pluralismo e imparcialidad informativa, siendo el principal interlocutor con los usuarios del servicio de televisión y la opinión pública en relación con la difusión, protección y defensa de los intereses de los televidentes.

26. Establecer prohibiciones para aquellas conductas en que incurran las personas que atenten contra el pluralismo informativo, la competencia, el régimen de inhabilidades y los derechos de los televidentes.

27. Vigilar y sancionar aquellas conductas que atenten contra el pluralismo informativo, el régimen de inhabilidades de televisión abierta y los derechos de los televidentes, contempladas en el ordenamiento jurídico vigente. En estos casos, se aplicarán las sanciones contempladas en el artículo 65 de la presente ley.

28. Promover y reglamentar lo atinente a la participación ciudadana en los temas que puedan afectar al televidente, especialmente lo referido al control de contenidos audiovisuales.

29. Clasificar, de conformidad con la Ley 182 de 1995 y demás normas aplicables, las distintas modalidades del servicio público de televisión y regular las condiciones de operación y explotación del mismo, particularmente en materia de cubrimientos, encadenamientos, expansión progresiva del área asignada, configuración técnica, franjas y contenido de la programación, gestión y calidad del servicio, publicidad, comercialización en los términos de esta ley, modificaciones en razón de la transmisión de eventos especiales, utilización de las redes y servicios satelitales y obligaciones con los usuarios.

30. Sancionar a los operadores, concesionarios de espacios de televisión y contratistas de televisión nacional cuando violen las disposiciones constitucionales y legales que amparan específicamente los derechos de la familia y de los niños. De acuerdo con la reglamentación aplicable, los infractores se harán acreedores de las sanciones de amonestación, suspensión temporal del servicio hasta por cinco (5) meses o caducidad o revocatoria de la concesión o licencia, según la gravedad de la infracción y la reincidencia. En todo caso, se respetarán las normas establecidas en la ley sobre el debido proceso.

31. Las demás atribuciones que le asigne la ley.

La expedición de la regulación de carácter general y el ejercicio de la función regulatoria por parte de la Comisión de Regulación de Comunicaciones se hará con observancia de criterios de mejora normativa en el diseño de la regulación, lo que incluye la aplicación de las metodologías pertinentes, entre ellas el análisis de impacto normativo para la toma de decisiones regulatorias.

De forma subsidiaria, en caso que la Corte Constitucional desvirtúe la pretensión principal que consiste en declarar la inconstitucionalidad de aquellas normas que generan que la autonomía CRC sea artificial, resulta necesario armonizar la función de esta entidad con el marco constitucional y prevenir un riesgo inadmisibles a luz de la Carta Política para el ejercicio de los derechos fundamentales a la libertad de expresión y de prensa (artículo 20 de la C.P. como en los artículos 2 y 4 del Convención Americana Sobre Derechos Humanos), lo que implica declarar la inconstitucionalidad de las funciones subyacentes por las razones que se exponen a continuación.

El constituyente, consciente de la necesidad de fortalecer la pluralidad informativa como medio para el desarrollo democrático, así como del riesgo latente dentro de sistemas presidencialistas de que el ejecutivo transgreda el equilibrio de poderes y vulnere la órbita de protección de ciertos derechos fundamentales, estableció como garantía para el ejercicio saludable del derecho fundamental de la libertad de expresión la autonomía del órgano que regula el espectro electromagnético. Si la autonomía resulta artificiosa pero la Corte considera que este diseño hace parte de las

competencias del legislador, debe verificar si la incidencia del ejecutivo en la CRC constituye un riesgo para el ejercicio de los derechos fundamentales que se materializan en el uso de este bien público y, consecuentemente, si este riesgo es constitucionalmente aceptable o desproporcionado e inadmisibles para el contenido constitucional que pueda verse afectado con esta regulación.

Al respecto, La Corte Interamericana de Derechos Humanos (en adelante Corte IDH), estableció que la libertad de expresión además de una dimensión individual suscita un interés público que sirve como la piedra angular de todo el sistema democrático⁶⁵, a tal grado que cualquier afectación a la pluralidad de información debe ser proporcional al fin legítimo que persigue. En palabras de la Corte IDH:

“Sin una efectiva garantía de la libertad de expresión, se debilita el sistema democrático y sufren quebranto el pluralismo y la tolerancia; los mecanismos de control y denuncia ciudadana pueden volverse inoperantes y, en definitiva, se crea un campo fértil para que arraiguen sistemas autoritarios”⁶⁶

Lo anterior no significa que el Estado no tenga la potestad de regular y reglamentar el uso a través de licencias del espectro electromagnético; sino que esta regulación debe tener en cuenta que a través de este bien se materializa la libertad de expresión y, por ende, la legislación que cumpla tal fin está sometida a un criterio cualitativo diferente de la que regula otro tipo de servicios, por la íntima relación que tiene el ejercicio de la libertad de expresión con la esencia misma de la democracia. De esta forma, la regulación debe evitar que a través de mecanismos de control oficial se produzcan restricciones al ejercicio de este derecho, ya sean en forma de controles desproporcionados de contenido, así como de facultades amplias en cabeza del ejecutivo que guarden el riesgo de cercenar la pluralidad informativa y el intercambio saludable de opiniones.

En este sentido, los numerales 3 y 4 del artículo 19 de la ley 1978 de 2019 que establecen las funciones de la CRC, relativas a la facultad de regular las materias relacionadas con el régimen de competencia, los aspectos técnicos y económicos relacionados con la obligación de interconexión y el acceso y uso de instalaciones esenciales, recursos físicos y soportes lógicos necesarios para la interconexión, así como el acceso y uso de todas las redes y acceso a los mercados de servicios de telecomunicaciones, crean un riesgo constitucionalmente inadmisibles para el ejercicio del derecho fundamental de la libertad de expresión, pluralidad de información y libertad de prensa, en tanto al delegar aspectos medulares para el uso plural del espectro electromagnético en una entidad cuya autonomía es artificial, generando el riesgo de convertirse en mecanismos de control de facto por parte del gobierno al ejercicio pleno de la libertad

⁶⁵ Corte IDH, Caso Vélez Restrepo y Familiares Vs. Colombia, párr. 141, 2012; Corte IDH, Caso Granier y Otros Vs. Venezuela, 2015 párr. 140.

⁶⁶ Corte IDH, Caso Granier y Otros Vs. Venezuela, 2015, párr. 140.

de expresión (artículo 20 de la C.P.), lo que es inadmisibile para la salud democrática y atenta contra la Constitución (artículo 1 de la C.P.).

Frente a los numerales 9, 18 y 27 del mismo artículo 19, que establecen la facultad jurisdiccional para resolver controversias entre proveedores de redes y servicios de telecomunicaciones, de televisión abierta radiodifundida y de radiodifusión sonora, resolver los recursos de apelación frente a actos de cualquier autoridad relativos a la construcción, instalación u operación de redes de telecomunicaciones, de televisión abierta radiodifundida y de radiodifusión sonora, así como la facultad de vigilar y sancionar conductas que atenten contra el pluralismo informativo, el régimen de inhabilidades de televisión abierta y los derechos de los televidentes, contempladas en el ordenamiento jurídico vigente, requieren para su ejecución bajo el estándar constitucional que establece el artículo 113 de la Constitución un alto grado de autonomía. Sin este requisito, las funciones expuestas en cabeza de la CRC pueden fácilmente convertirse en mecanismos de restricción del ejercicio pleno de derecho a la libertad de expresión, pluralidad de la información y libertad de prensa (artículo 20 y 75 de la C.P.) sobre las personas naturales y jurídicas⁶⁷ que utilizan el espectro electromagnético, esencialmente por la influencia estructural que ejerce el MinTIC sobre la CRC bajo la legislación acusada.

3.5. Inconstitucionalidad de la adscripción del Fondo Único de Tecnologías de la Información y las Comunicaciones al MinTIC

3.5.1. Argumento contra los artículos 21 y 22 de la ley 1978 de 2019

El artículo 21 de la Ley 1978 de 2019 que modifica el artículo 34 de la Ley 1341 de 2009, unifica los recursos contenidos en dos fondos, el FonTV y el FonTIC, que con anterioridad financiaban diferentes planes, programas y proyectos del sector de las TIC en el Fondo Único de Tecnologías de la Información. El FonTV, de acuerdo al artículo 1 y 16 de la ley 1507 de 2012, estaba a cargo de la Autoridad Nacional de Televisión (ANTV), un órgano autónomo al ejecutivo; mientras que el FonTIC, de acuerdo a la ley 1341 de 2009, estaba adscrito al MinTIC. La división entre los dos fondos mencionados si bien generaba una coexistencia de marcos normativos diferentes para el sector de las TIC que no resultaba particularmente ventajosa en términos administrativos, tenía la virtud de que no concentraba la administración de los recursos destinados para el fomento de las TIC, incluyendo los proyectos de promoción de la televisión pública y radio pública, en un órgano adscrito al ejecutivo. Evitando, en consecuencia, una posible influencia del ejecutivo sobre la asignación de recursos en los proyectos que se puedan ver beneficiados por los recursos del Fondo Único.

⁶⁷ En este punto resulta necesario establecer que la Corte IDH reconoció la superlativa importancia de las personas jurídicas en el marco de la libertad de expresión y la democracia. En muchos casos la libertad de expresión se ejerce a través de personas jurídicas; este es el caso de Periódicos o

Al contrario, la concentración en un Fondo Único adscrito al MinTIC, resulta inconstitucional, dado que en una democracia la televisión y radio pública, al igual que aquellos procesos y proyectos que disminuyan la brecha digital de las TIC, se deben desarrollar por fuera de la órbita de control del Gobierno, para contribuir al fomento y consolidación de la pluralidad informativa y por ende al fortalecimiento de la democracia. El riesgo que se corre al adscribir el Fondo Único de Tecnologías de la Información y las Comunicaciones al MinTIC, teniendo en cuenta que el artículo 22 de la Ley 1978 de 2019 en sus numerales 1, 2, 3, 4, 5, 6, 7, 9, 10, 13, 14 y 22 establecen las funciones del fondo relativas al financiamiento de programas y proyectos que busquen los objetivos descritos, es que dichos proyectos se conviertan en mecanismos de promoción y propaganda de la actividad gubernamental que puedan afectar la pluralidad informativa en la prestación pública de las TIC. Siendo este un riesgo que resulta inadmisiblemente constitucionalmente.

En este sentido, el beneficio que se busca con la unificación de fondos y adscripción su adscripción al MinTIC, relativo a facilitar la administración y efectivo uso de los recursos para el fomento de las TIC y la disminución de la brecha digital⁶⁸, se ve opacado y resulta nimio frente al riesgo constitucional que encarna adscribir dichos recursos al MinTIC, que resulta desproporcionado. Los riesgos derivados de esta última medida se ciernen sobre la integridad democrática y afectan los sanos límites del poder ejecutivo, por lo que resultan claramente inconstitucionales.

A continuación, se transcriben los apartes normativos y de forma particular se exponen las razones de su inconstitucionalidad teniendo como base el argumento precedente.

3.5.2. Examen artículo 21

Artículo 21. Modifíquese el artículo 34 de la Ley 1341 de 2009, el cual quedará así:

Artículo 34. *Creación del Fondo Único de Tecnologías de la Información y las Comunicaciones.* El Fondo de Tecnologías de la Información y las Comunicaciones (FonTIC) se denominará Fondo Único de Tecnologías de la Información y las Comunicaciones, como una Unidad Administrativa Especial del orden nacional, dotado de personería jurídica y patrimonio propio, adscrita al Ministerio de Tecnología de la Información y las Comunicaciones. Los recursos del Fondo Único de Tecnologías de la Información y las Comunicaciones conformarán una cuenta especial a la que se le integrará el Fondo para el Desarrollo de la Televisión y los Contenidos (FonTV) de que trataba la Ley 1507 de 2012. Los derechos, el patrimonio y los recursos de FonTIC y de FonTV harán parte del Fondo Único de Tecnologías de la Información y las Comunicaciones a partir de la entrada en vigencia de la presente ley. Esto incluye la cesión de la posición contractual administrativa y judicial de FonTIC y de FonTV.

⁶⁸ Así aparece en la Gaceta 745 de 2018 del Senado, pàgs. 29-28.

El objeto del Fondo Único de Tecnologías de la Información y las Comunicaciones es financiar los planes, programas y proyectos para facilitar prioritariamente el acceso universal y el servicio universal de todos los habitantes del territorio nacional a las tecnologías de la información y las comunicaciones, garantizar el fortalecimiento de la televisión pública, la promoción de los contenidos multiplataforma de interés público y cultural, y la apropiación social y productiva de las TIC, así como apoyar las actividades del Ministerio de Tecnologías de la Información y las Comunicaciones y la Agencia Nacional Espectro, y el mejoramiento de su capacidad administrativa, técnica y operativa para el cumplimiento de sus funciones.

Como garantía de la televisión pública y de la radiodifusión sonora pública, se mantendrá anualmente, por lo menos, el monto máximo de recursos que, desde la creación del Fondo para el Desarrollo de la Televisión y los Contenidos (FonTV), fueron destinados por este a RTVC y a los canales regionales de televisión. Así mismo, se mantendrá, por lo menos, el monto promedio destinado a RTVC por el Fondo de Tecnologías de la Información y las Comunicaciones (FonTIC), desde su creación, para la radiodifusión sonora pública. Estos montos serán traídos a su valor presente en el momento de la entrada en vigencia de la presente ley y esta base será ajustada en el mismo porcentaje de variación anual del Índice de Precios al Consumidor (IPC).

La expresión del inciso primero del artículo 34 de la ley 1978 de 2019, “*adscrita al Ministerio de Tecnologías de la Información y las Comunicaciones*”, que adscribe al Fondo Único de Tecnologías de la Información al MinTIC vulnera los artículos 1 y 113 de la Constitución, en tanto concentra los recursos del FonTV y el FonTIC bajo la administración del Gobierno. Esta concentración de recursos resulta desproporcionada para un ponderado diseño del principio de separación de poderes, pues encarga el riesgo de que la administración de estos recursos se convierta en un mecanismo de promoción y propaganda de la actividad gubernamental que puedan afectar la pluralidad informativa en la prestación pública de las TIC.

Los medios públicos y la producción de contenido audiovisual con fondos públicos juegan un rol esencial en la democracia. En términos de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, los medios públicos cumplen un papel “fundamental a la hora de proveer contenidos no necesariamente comerciales, de alta calidad, articulados con las necesidades informativas, educativas y culturales de la población”⁶⁹.

En sentido similar, el Comité de Ministros del Consejo de Europa ha indicado que los medios públicos pueden servir como un contrapeso a la concentración de medios. En la misma línea, los medios públicos pueden cumplir una función de cubrir necesidades

⁶⁹ CIDH. Informe Anual 2009. Informe de la Relatoría Especial para la Libertad de Expresión. Capítulo VI (Libertad de expresión y radiodifusión). OEA/Ser.L/V/II. Doc. 51. 30 de diciembre de 2009. Párr 83.

informativas e intereses de todos los sectores de la sociedad⁷⁰. Para estos efectos, tanto la Comisión Interamericana de Derechos Humanos⁷¹ como el Consejo de Ministros⁷²[4] han considerado que los medios públicos deben ser plenamente independientes del ejecutivo y tener un financiamiento adecuado a su mandato.

3.5.3. Examen del artículo 22

Artículo 22. Modifíquese el artículo 35 de la Ley 1341 de 2009, el cual quedará así:

Artículo 35. Funciones del Fondo Único de Tecnologías de la Información y las Comunicaciones. El Fondo de Tecnologías de la Información y las Comunicaciones tendrá las siguientes funciones:

1. Financiar planes, programas y proyectos para promover prioritariamente el acceso universal a servicios TIC comunitarios en zonas rurales y urbanas que priorice la población pobre y vulnerable.
2. Financiar planes, programas y proyectos para promover el servicio universal a las tecnologías de la información y las comunicaciones mediante incentivos a la oferta o a la demanda en los segmentos de población pobre y vulnerable, así como zonas rurales y zonas geográficamente aisladas.
3. Financiar planes, programas y proyectos para promover el desarrollo de contenidos multiplataforma de interés público que promuevan la preservación de la cultura e identidad nacional y regional, incluyendo la radiodifusión sonora y la televisión, mediante el desarrollo de esquemas concursables para la promoción de contenidos digitales, por parte de compañías colombianas, incorporando criterios diferenciales que promuevan el acceso por parte de micro, pequeñas y medianas empresas (Mipyme) productoras audiovisuales colombianas.
4. Financiar proyectos para promover el desarrollo de contenidos multiplataforma de interés público que promuevan la preservación de la cultura e identidad nacional y regional mediante el desarrollo de esquemas concursables para la promoción de contenidos digitales multiplataforma por parte de los operadores del servicio de televisión regional.
5. Financiar planes, programas y proyectos para promover el desarrollo de contenidos, aplicaciones digitales y emprendimientos para la masificación de la provisión de trámites y servicios del Estado que permitan implementar las políticas de Gobierno Digital y de Transformación Digital Pública.

⁷⁰ Recommendation CM/Rec(2018)1 of the Committee of Ministers to member States on media pluralism and transparency of media ownership.

⁷¹ CIDH. Informe Anual 2009. Informe de la Relatoría Especial para la Libertad de Expresión. Capítulo VI (Libertad de expresión y radiodifusión). OEA/Ser.L/V/II. Doc. 51. 30 de diciembre de 2009. Párr 83.

⁷² Recommendation CM/Rec(2018)1 of the Committee of Ministers to member States on media pluralism and transparency of media ownership.

6. Financiar y establecer planes, programas y proyectos que permitan masificar la apropiación de las tecnologías de la información y las comunicaciones y el fortalecimiento de las habilidades digitales, con prioridad para la población pobre y vulnerable.

7. Financiar y establecer planes, programas y proyectos para desarrollar contenidos y aplicaciones de interés público, con enfoque social en salud, educación y apropiación productiva para el sector rural.

8. Apoyar económicamente las actividades del Ministerio de Tecnologías de la Información y las Comunicaciones y de la Agencia Nacional de Espectro en el mejoramiento de su capacidad administrativa, técnica y operativa para el cumplimiento de sus funciones.

9. Financiar planes, programas y proyectos para promover el acceso con enfoque diferencial de los ciudadanos en situación de discapacidad a las tecnologías de la información y las comunicaciones.

10. Financiar planes, programas y proyectos para promover el acceso con enfoque diferencial de las comunidades indígenas, afrocolombianas, raizales, palenqueras y Rrom a las tecnologías de la información y las comunicaciones.

11. Rendir informes técnicos y estadísticos en los temas de su competencia.

12. Realizar periódicamente estudios de los proyectos implementados para determinar, entre otros, la eficiencia, eficacia o el impacto en la utilización de los recursos asignados en cada proyecto. Los resultados de estos estudios serán publicados y serán insumo para determinar la continuidad de los proyectos y las líneas de inversión.

13. Cofinanciar planes, programas y proyectos para el fomento de la industria de *software* y de computación en la nube.

14. Financiar planes, programas y proyectos para la implementación y puesta en marcha del Sistema Nacional de Telecomunicaciones de Emergencias.

15. El Fondo podrá participar y aportar recursos para el desarrollo de proyectos bajo esquemas de participación público privada según lo previsto, entre otras, en la Ley 1819 de 2016 y Ley 1508 de 2012. El Gobierno nacional reglamentará, en un plazo no superior los doce (12) meses contados a partir de la entrada en vigencia de la presente ley, lo relacionado con las asociaciones público privadas en tecnologías de la información y las comunicaciones.

16. Financiar, fomentar, apoyar y estimular los planes, programas y proyectos para la programación educativa y cultural a cargo del Estado y el apoyo a los contenidos de televisión de interés público desarrollado por operadores sin ánimo de lucro.

17. Apoyar el fortalecimiento de los operadores públicos del servicio de televisión. En cualquier caso, el giro de los recursos para cada uno de los operadores se efectuará en una sola anualidad y no por instalamentos, de acuerdo con la reglamentación que para el efecto expida el Ministerio de Tecnologías de la Información y las Comunicaciones, sin que en ningún caso tales recursos puedan ser destinados a gastos de funcionamiento por un monto superior al 10% anual de lo girado, excepto para el caso de RTVC.

18. A través de las partidas destinadas a los canales públicos de televisión, se apoyará el desarrollo de contenidos digitales multiplataforma a los beneficiarios establecidos por las normas vigentes.

19. Apoyar los procesos de actualización tecnológica de los usuarios de menores recursos para la recepción de la televisión digital abierta.

20. Destinar los ingresos que se perciban por concepto de concesiones para el servicio de televisión, en cualquiera de sus modalidades, para financiar la operación, la cobertura y el fortalecimiento de la televisión pública abierta radiodifundida.

21. El Fondo Único de Tecnologías de la Información y las Comunicaciones podrá aportar recursos al fortalecimiento y capitalización de los canales públicos de Televisión.

22. Financiar planes, programas y proyectos para apoyar emprendimientos de contenidos y aplicaciones digitales y fomentar el capital humano en tecnologías de la información y las comunicaciones.

El Fondo Único de Tecnologías de la Información y las Comunicaciones asignará los recursos para sus planes, programas y proyectos de manera competitiva y asegurando que se apliquen criterios de costos eientes, de modo que se cumpla con las metas establecidas en los planes de desarrollo.

Parágrafo. Con el fin de hacer más eficiente la utilización de los recursos que el Fondo Único de Tecnologías de la Información y las Comunicaciones destina a financiar la televisión pública, el servicio de televisión digital abierta a cargo de RTVC o quien haga sus veces y los canales regionales de televisión será prestado a través de una misma infraestructura de red.

Parágrafo transitorio. Autorízase al Gobierno nacional para que realice las operaciones presupuestales necesarias para el cabal cumplimiento de lo dispuesto en la presente ley.

El numeral 8 del artículo 22 que modifica el artículo 35 de la Ley 1341 de 2009, dispone que parte de los recursos del Fondo Único de las TIC debe apoyar el fortalecimiento administrativo del MinTIC y de la Agenda Nacional del Espectro (ANE). Esto desnaturaliza el sentido del Fondo Único TIC, cuyo propósito es la disminución de la brecha digital, así como el afianzamiento del uso y prestación de las TIC, que

constituye a su vez el fin constitucional valioso, y lo reemplaza por uno de menor relevancia, como lo es “*el mejoramiento de su capacidad administrativa, técnica y operativa para el cumplimiento de sus funciones*”. Esto resulta inconstitucional en tanto confunde un fondo para el desarrollo progresivo de derechos económicos, sociales y culturales relacionado íntimamente con el fomento de medios y tecnologías de la comunicación para el ejercicio del derecho fundamental a la libertad de expresión, con gastos de carácter administrativo que deben estar asignados presupuestariamente.

la siguiente expresión del numeral 15 del artículo 22 que modifica el artículo 35 de la Ley 1341 de 2009 “*El Gobierno nacional reglamentará, en un plazo no superior los doce(12)meses contados a partir de la entrada en vigencia de la presente ley, lo relacionado con las asociaciones público privadas en tecnologías de la información y las comunicaciones*” supone un facultad reglamentaria que en el marco del manejo de las Fondo Único de las TIC resulta desproporcionada pues se suma a la facultad de administración cuyo titular es también el ejecutivo. De esta forma, bajo el Gobierno se aglutina la facultad de reglamentar cómo se van a realizar las asociaciones público privadas, así como la administración de los recursos con los cuales, en materia de TIC, se van financiar esquemas de participación público privados. Esto genera una facultad omnímoda que obvia un contrapeso para las decisiones del Gobierno en la materia, vulnerando el sistema de frenos y contrapesos fundamental para el entendimiento del principio de separación de poderes contenido en el artículo 113 de la Constitución.

El párrafo transitorio del artículo 22 que modifica el artículo 35 de la Ley 1341 de 2009, que autoriza al Gobierno Nacional para realizar las operaciones presupuestales contempladas a lo largo de la ley, dado que es una norma que está íntimamente ligada con la adscripción del Fondo Único de las TIC al MinTIC supondría su inconstitucionalidad por adhesión con la expresión del inciso primero del artículo 34 de la ley 1978 de 2019, “*adscrita al Ministerio de Tecnología de la Información y las Comunicaciones*” acusada de institucionalidad en el numeral anterior, dado que ambas comparten una unidad de sentido. Resultaría incomprensible normativamente que las operaciones presupuestales relativas a la administración de los recursos del Fondo sin el marco de referencia acusado de inconstitucionalidad.

4. Cargo por la vulneración a la cláusula general de igualdad

4.1. Argumento contra los artículos 1, 20 y 27 de la ley 1978 de 2019

El artículo 13 de la Constitución establece la cláusula general de igualdad. Como principio la igualdad irradia todo el sistema jurídico pues la voluntad del constituyente es que este superará el ámbito formal y se manifestará en lo material. La Corte Constitucional ha apropiado este mandato en su jurisprudencia estableciendo cuáles son sus límites y cómo se debe aplicar dentro de una controversia constitucional.

Frente al primer punto, la Corte en la sentencia C 092 de 2001, estableció que el principio de igualdad no implica la inexistencia de tratos diferenciados dentro del ordenamiento, sino que estos tratos tengan un fundamento “objetivo y razonable”⁷³ en razón de la finalidad que persigue el legislador con esta medida. En otras palabras, el legislador tiene la facultad de establecer tratos diferenciados siempre y cuando dichas medidas sean razonables y se ajusten a un fin constitucional legítimo.

Frente al segundo punto, la jurisprudencia constitucional ha construido un juicio integrado de igualdad para aplicar el principio de igualdad en el marco de una controversia constitucional. La estructura del juicio implica, en términos generales, definir un criterio de comparación, un trato desigual entre quienes deberían ser tratados como iguales y la inconstitucionalidad de dicho trato diferenciado, como los diferentes pasos para que un contenido normativo sea declarado inconstitucional. Sin embargo, la intensidad del juicio que realiza la Corte, depende de la verificación *prima facie* de algunos de los siguientes criterios sospechosos en el caso: (i) rasgos permanentes de las personas, de las cuales no puede prescindir por voluntad propia; (ii) características que históricamente han estado asociadas a una valoración cultural negativa; (iii) no constituyen criterios razonables para efectuar una distribución o reparto de derechos o cargas sociales⁷⁴; y (iv) que la diferenciación afecte de manera grave el goce de un derecho fundamental. En palabras de la Corte:

“6.5.4. La aplicación de un test estricto, como la más significativa excepción a la regla, tiene aplicación cuando está de por medio el uso de un criterio sospechoso, a los cuales alude el artículo 13 de la Constitución, o cuando la medida recae en personas que están en condiciones de debilidad manifiesta, o que pertenecen a grupos marginados o discriminados. También se ha utilizado cuando la diferenciación afecta de manera grave, prima facie, el goce de un derecho fundamental.

Este test ha sido categorizado como el más exigente, ya que busca establecer “si el fin es legítimo, importante e imperioso y si el medio es legítimo, adecuado y necesario, es decir, si no puede ser reemplazado por otro menos lesivo”. Este test incluye un cuarto aspecto de análisis, referente a “si los beneficios de adoptar la medida exceden claramente las restricciones impuestas sobre otros principios”.

En concreto, algunas expresiones de la Ley 1978 de 2019 vulneran la cláusula de igualdad ya que generan un trato igual entre desiguales, entre ciudadanos y grandes prestadores de servicios de telecomunicaciones, que puede afectar gravemente el acceso al goce de derechos fundamentales como el ejercicio de libertad de expresión y el acceso libre a la información. Dada la importancia de este derecho fundamental para el mantenimiento de la democracia resulta necesario extender sobre el contenido

⁷³ Corte Constitucional, Sentencia C 992 de 2001, M.P. Alejandro Martínez Caballero.

⁷⁴ *Ibidem*.

normativo que se presenta a continuación un juicio integrado de igualdad con una estricta intensidad.

4.2. Transcripción de normas que vulneran la igualdad

Artículo 1º. Objeto. *La presente ley tiene por objeto alinear los incentivos de los agentes y autoridades del sector de Tecnologías de la Información y las Comunicaciones (TIC), aumentar su certidumbre jurídica, simplificar y modernizar el marco institucional del sector, focalizar las inversiones para el cierre efectivo de la brecha digital y potenciar la vinculación del sector privado en el desarrollo de los proyectos asociados, así como aumentar la eficiencia en el pago de las contraprestaciones y cargas económicas de los agentes del sector.*

Artículo 8º. Modifíquese el artículo 11 de la Ley 1341 de 2009, el cual quedará así:
Artículo 11. Acceso al uso del espectro radioeléctrico. *El uso del espectro radioeléctrico requiere permiso previo, expreso y otorgado por el Ministerio de Tecnologías de la Información y las Comunicaciones.*

El permiso de uso del espectro respetará la neutralidad en la tecnología siempre y cuando esté coordinado con las políticas del Ministerio de Tecnologías de la Información y las Comunicaciones, no generen interferencias sobre otros servicios, sean compatibles con las tendencias internacionales de mercado, no afecten a la seguridad nacional, y contribuyan al desarrollo sostenible. El Ministerio de Tecnologías de la Información y las Comunicaciones adelantará mecanismos de selección objetiva, que fomenten la inversión en infraestructura y maximicen el bienestar social, previa convocatoria pública, para el otorgamiento del permiso para el uso del espectro radioeléctrico y exigirá las garantías correspondientes. En aquellos casos, en que prime la continuidad del servicio, el Ministerio de Tecnologías de la Información y las Comunicaciones podrá otorgar los permisos de uso del espectro de manera directa, únicamente por el tiempo estrictamente necesario para asignar los permisos de uso del espectro radioeléctrico mediante un proceso de selección objetiva.

En la asignación de las frecuencias necesarias para la defensa y seguridad nacional, el Ministerio de Tecnologías de la Información y las Comunicaciones tendrá en cuenta las necesidades de los organismos de seguridad del Estado. El trámite, resultado e información relativa a la asignación de este tipo de frecuencias tiene carácter reservado. El Gobierno nacional podrá establecer bandas de frecuencia de uso libre de acuerdo con las recomendaciones de la UIT. Así mismo, podrá establecer bandas exentas del pago de contraprestación para programas sociales del Estado que permitan la ampliación de cobertura en zonas rurales.

Artículo 20º. Modifíquese el artículo 24 de la Ley 1341 de 2009, el cual quedará así:
Artículo 24. Contribución a la CRC. *Con el fin de recuperar los costos del servicio de las actividades de regulación que preste la Comisión de Regulación de Comunicaciones, todos los proveedores sometidos a la regulación de la Comisión, con excepción del Operador Postal Oficial respecto de los servicios comprendidos en el Servicio Postal Universal, deberán pagar una contribución anual que se liquidará sobre los ingresos*

brutos, que se obtengan en el año anterior a aquel al que corresponda la contribución, por la provisión de redes y servicios de telecomunicaciones, excluyendo terminales, o por la prestación de servicios postales, y cuya tarifa, que será fijada para cada año por la propia Comisión, no podrá exceder hasta el uno coma cinco por mil (0,15%).

Artículo 23º. Modifíquese el artículo 36 de la Ley 1341 de 2009, el cual quedará así: Artículo 36- Contraprestación periódica única a favor del Fondo Único de Tecnologías de la Información y las Comunicaciones. Todos los proveedores de redes y servicios de Telecomunicaciones pagarán la contraprestación periódica única estipulada en el artículo 10 de la presente Ley al Fondo Único de Tecnologías de la Información y las Comunicaciones en igualdad de condiciones para el cumplimiento de sus fines.

El valor de la contraprestación a cargo de los proveedores se fijará como un único porcentaje sobre sus ingresos brutos por concepto de la provisión de redes y servicios excluyendo terminales. Para el caso del servicio de televisión abierta radiodifundida prestado por aquellos operadores que permanezcan en el régimen de transición de habilitación y del servicio de radiodifusión sonora, el valor de la contraprestación se regirá por las normas especiales pertinentes.

4.3. Criterio de comparación

Al momento de establecer la comparación en términos de igualdad, hemos de delimitar quiénes son los actores comparables. En este orden de ideas, el primero de los actores son los proveedores de servicios de Internet o ISP, en sus siglas en inglés de uso habitual. Este actor, ya sea de tamaño grande como ETB o mediano como Azteca, es el que tradicionalmente tiene la capacidad *de facto* para transformar el uso del espectro en conectividad a la red por parte de sus clientes, convirtiéndose esta intermediación en un modelo de negocio. Sobre la base de esta persona jurídica, caracterizada por ostentar ánimo de lucro y capacidad financiera de establecer infraestructura de conectividad, es que desarrolla en primer momento la regulación de concesiones o licencias de uso del espectro y el sistema de contraprestación respectivo. Es en este actor en el que el legislador está pensando al desarrollar los artículos controvertidos.

Sin embargo, el avance tecnológico ha supuesto un cambio fáctico que ha terminado con el monopolio de estos proveedores de Internet en relación a su capacidad de conectar a las personas a través del uso del espectro que hemos mencionado más arriba es un bien público.

Actualmente, la propia ciudadanía puede conectarse con los miembros de su comunidad a través de la creación de sus propias redes. Y estas redes permiten, a través de Internet, conectar a estas comunidades, muchas veces apartadas y en geografías en las que no llegan los grandes operadores, globalmente.

Esta conectividad se impulsa a través de redes comunitarias o redes locales. En la Cumbre Latinoamericana de Redes Comunitarias de 2018, celebrada en Argentina, se propuso la siguiente definición:

Las redes comunitarias son redes de propiedad y gestión colectiva de la comunidad, sin finalidad de lucro y con fines comunitarios. Se constituyen como colectivos, comunidades indígenas u organizaciones de la sociedad civil sin fines de lucro, que ejercen su derecho a la comunicación, bajo principios de participación democrática de sus miembros, equidad, igualdad de género, diversidad y pluralidad. La información sobre el diseño y funcionamiento es abierta y accesible, permitiendo y favoreciendo la extensión de la red por parte de los usuarios. Las redes comunitarias fomentan los servicios y contenidos locales, promueven la neutralidad de la red y la celebración de acuerdos de interconexión y tránsito libres y gratuitos con las redes que ofrecen reciprocidad⁷⁵.

Es decir, el avance tecnológico permite hoy que exista una más amplia diversidad de actores que puedan acceder al uso del espectro como instrumento para promover la conectividad, así como instrumento para el ejercicio pleno del derecho fundamental a la libertad de expresión. Esta potencialidad para desarrollar redes constituye la clave que permite comparar a los dos actores: 1) proveedores tradicionales de Internet, es decir, personas jurídicas con ánimo de lucro y con dicha provisión como modelo de negocio a mediana y gran escala; y 2) las redes comunitarias, desarrolladas por conjuntos de personas que despliegan conjuntamente infraestructura de bajo costo, y que generan además sus propios contenidos sin ánimo de lucro, con la finalidad esencial de suplir la necesidad de conectividad en una comunidad que al tiempo pretende ejercer de manera libre y no lucrativa sus derechos a la libertad de expresión, el derecho a la información y el libre desarrollo de la personalidad.

4.4. Trato igual entre desiguales

La jurisprudencia constitucional ha argumentado que la aplicación del principio de igualdad implica establecer desde una perspectiva fáctica y jurídica “si hay un tratamiento desigual entre iguales o igual entre disímiles”⁷⁶, como un segundo paso dentro del juicio integrado de igualdad, posterior a establecer el criterio de comparación. De acuerdo a la Corte:

⁷⁵ Texto del documento final de la Cumbre disponible en: http://cnsig.info/assets/documento-final_CLRC-2018.pdf

⁷⁶ Corte Constitucional, Sentencia C 862 de 2008, M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra. Núm. 6.; Corte Constitucional, Sentencia C 104 de 2016, M.P. Luis Guillermo Guerrero Perez.

“es evidente que la correcta aplicación del derecho a la igualdad no sólo supone la igualdad de trato respecto de los privilegios, oportunidades y cargas entre los iguales, sino también el tratamiento desigual entre supuestos disímiles”⁷⁷.

Ahora bien, cabe indicar que la Constitución no proscribe por completo un trato desigual, sino que, lo que resulta censurable constitucionalmente, es que a través de este trato desigual se materialice una discriminación. Este supuesto, también resulta censurable en caso de que a través de un trato que *prima facie* parece igual se regulen situaciones o sujetos que se encuentran en diferentes condiciones. Bajo esta última hipótesis es posible cristalizar situaciones en donde lo que en apariencia constituye un parámetro de igualdad resulta discriminatorio dada las condiciones diferentes de quienes se toman por iguales. Este sería el caso, por ejemplo, de que se les impusieran las mismas cargas en materia de movilidad a quienes ostentan plena capacidad física frente a quienes tienen alguna dificultad en este campo.

La aplicación del principio de igualdad, en consecuencia, también supone tener en cuenta las diferencias materiales de quienes en apariencia son tratados como iguales para indagar sobre un posible trato discriminatorio. Más aún, cuando a través de la apariencia de igualdad se enmascara un trato discriminatorio que encarne un riesgo para el efectivo ejercicio de los derechos fundamentales.

Siguiendo esta línea de pensamiento, los artículos controvertidos establecen un único sistema de acceso al uso del espectro, así como en relación a las contraprestaciones y contribuciones a tal uso vinculadas. Como señalábamos, dicho sistema responde históricamente a las características de los grandes y medianos proveedores de Internet. En este sentido, presenta las siguientes características:

- 1.- Supone un sistema de contribuciones y contraprestaciones basado en el lucro y que permita compensar el uso de un bien público como es el espectro electromagnético.
- 2.- Se vincula, literalmente, a las tendencias internacionales del mercado y a la inversión en infraestructura. Criterios secundarios en relación al uso del espectro, pero nucleares en relación a la naturaleza de los grandes proveedores de Internet.
- 3.- Se realiza únicamente a través de un proceso de selección objetiva centrado en el MinTIC, y por ende en Bogotá, al que deben postularse los requirentes de licencias de uso del espectro. Sistema este tradicional en la contratación pública. La única excepción que se prevé, a través de la asignación directa, se hace a favor de estas ISP y bajo criterios de continuidad del servicio.

⁷⁷ Corte Constitucional, Sentencia C 862 de 2008, M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra. Núm. 6

Estas características suponen, a través de un trato igual a desiguales, un obstáculo para el despliegue de las redes comunitarias y, por lo tanto, para el ejercicio de derechos fundamentales por parte de la ciudadanía a través del uso directo del espectro radioeléctrico, puesto que así lo permite el estado del arte tecnológico, de un bien público. Así:

- 1.- Un sistema de contribuciones y contraprestaciones como el previsto carece de sentido en relación a un actor ciudadano que no tiene ánimo de lucro. A mayor abundamiento, el texto controvertido permite el establecimiento de bandas exentas del pago de contraprestación, pero únicamente para programas sociales del Estado.
- 2.- Dado su tamaño pequeño, comunitario o local, y su naturaleza ajena al lucro, las redes comunitarias no están relacionadas con las tendencias internacionales del mercado (a diferencia de las tendencias internacionales de la tecnología, que las hacen factibles) ni cuentan con la capacidad de inversión para infraestructura.
- 3.- Tanto por la complejidad como por la geografía, los sistemas tradicionales de contratación son inadecuados para la asignación del uso a redes comunitarias. En primer lugar, las redes comunitarias no se encuentran en esquemas de competencia entre sí, por lo que un sistema de selección objetiva de tipo competitivo no responde a la realidad material. En segundo lugar, esta opción requiere conectividad a Internet para el seguimiento de un proceso que se centra en Bogotá, mientras que las redes comunitarias vienen a mitigar la ausencia de conectividad. Es decir, para poder conectar a las comunidades, requieren acceder al uso del espectro, pero sin conectividad no pueden concurrir al proceso de asignación establecido por la ley.

4.5. Inconstitucionalidad del trato igual

A pesar de que en principio los tratos iguales no resultan *per se* sospechosos a la luz del mandado de igualdad de la Constitución, a diferencia de los tratos desiguales que en esencia suponen una carga argumentativa sobre la que se funda su admisibilidad constitucional, cuando la igualdad es aparente o artificiosa en tanto desconoce situaciones o sujetos esencialmente disímiles, dicho parámetro de igualdad deviene en inconstitucional pues se transforma en un mecanismo de discriminación.

En concreto, el legislador, al consolidar un parámetro de igualdad artificioso que mantiene un trato igual entre los grandes prestadores de servicios TIC y los ciudadanos, encarna un trato discriminatorio frente a estos últimos. La discriminación deviene en que la aparente igualdad en el esquema de regulación del uso de espectro

electromagnético favorece el acceso de los grandes prestadores de servicios TIC sobre el ciudadano, que se encuentra imposibilitado de acceder a dichos procesos con mínimas capacidades de competir. Este favorecimiento, dada la realidad tecnológica contemporánea, cercena la posibilidad de la ciudadanía de acceder en igualdad de condiciones al uso del espectro electromagnético, al mantenimiento de las TIC, y la consolidación de redes comunitarias en donde se manifiestan con fortaleza el ejercicio a la libertad de expresión.

Lo anterior, constituye un trato discriminatorio sobre el cual no se ha esbozado una razón de relevancia constitucional que permita establecer un trato igual entre desiguales. Dada la ausencia de este argumento y la emergencia de una nueva realidad tecnológica que permite el acercamiento entre la ciudadanía y las TIC, el parámetro de igualdad que establece el legislador resulta inconstitucional.

4.5.1. El fin que busca la ley TIC

El fin de la Ley TIC en relación al uso del espectro no puede más que entenderse en el marco establecido por la Constitución Política e interpretado por la Corte Constitucional, no puede en consecuencia desbordar ni desconocer los fines que el constituyente le asignó a este bien público. Así, como señalamos más arriba, la libertad legislativa se circunscribe a las siguientes limitaciones:

- El Estado debe garantizar el acceso a uso en igualdad de oportunidades para evitar prácticas monopolísticas.
- El uso del espectro se dirige al ejercicio y disfrute de derechos y, particularmente, la promoción del pluralismo informativo, la libertad de expresión y la de información.
- Su regulación no puede estar orientado de manera absoluta al “régimen de libre iniciativa”.

Por su parte, el artículo 1 de la Ley 1978 de 2019, si bien es cierto que señala como objeto el “cierre de la brecha digital”, lo hace a través de la “focalización de las inversiones”. Excluyendo de tal manera las vías para el cierre de la brecha digital que no provengan de una inversión en el sentido tradicional que venimos comentando.

Con independencia de la verbalización optada por el legislador, tomaremos como fin para el test de igualdad el “cierre de la brecha digital” obviando la limitación que supone la mención única a la “focalización de las inversiones”, a nuestro respetuoso parecer, limitación contraria a la jurisprudencia de esta Corte en materia de uso del espectro.

4.5.2. Medio empleado

El medio empleado por la Ley 1978 de 2019, en los apartes controvertidos, supone una regulación enfocada en los grandes y medianos proveedores como principales sujetos que acceden al uso del espectro electromagnético. En consecuencia, este medio tiene como destinatarios a las personas jurídicas con ánimo de lucro que mantienen capacidades económicas y logísticas para la prestación masiva de servicios relacionados con las TIC. Este enfoque centra su atención, en consecuencia, en los conglomerados económicos que han dominado el sector de las TIC durante los últimos años, desconociendo la emergencia de medios alternativos que permiten también el ejercicio del derecho fundamental a la libertad de expresión y el cumplimiento de los fines del uso del espectro como bien público.

Existen medios alternativos practicados en otros países de la región que permiten mitigar el trato discriminatorio hacia la ciudadanía. Es interesante, en particular, el caso de México, país que ha optado por recoger en la Ley Federal de Telecomunicaciones y Radiodifusión, homóloga en materia de acceso al uso del espectro a la norma demandada. Esta norma recoge, además de la concesión para uso comercial, que responde al modelo único recogido por la norma colombiana, las concesiones para uso social. Así, el artículo 67.IV de la precitada norma reza:

“IV. Para uso social: Confiere el derecho de prestar servicios de telecomunicaciones y radiodifusión con propósitos culturales, científicos, educativos o a la comunidad, sin fines de lucro. Quedan comprendidas en esta categoría las concesiones comunitarias y las indígenas; así como las que se otorguen a instituciones de educación superior de carácter privado.

Las concesiones para uso social comunitaria, se podrán otorgar a organizaciones de la sociedad civil que no persigan ni operen con fines de lucro y que estén constituidas bajo los principios de participación ciudadana directa, convivencia social, equidad, igualdad de género y pluralidad.

Las concesiones para uso social indígena, se podrán otorgar a los pueblos y comunidades indígenas del país de conformidad con los lineamientos que emita el Instituto y tendrán como fin la promoción, desarrollo y preservación de sus lenguas, su cultura, sus conocimientos promoviendo sus tradiciones, normas internas y bajo principios que respeten la igualdad de género, permitan la integración de mujeres indígenas en la participación de los objetivos para los que se solicita la concesión y demás elementos que constituyen las culturas e identidades indígenas”⁷⁸.

Esto supone, en relación al medio empleado, adicionar a las habilitaciones para fines comerciales, diseñadas para grandes y medianos proveedores, habilitaciones acordes a la naturaleza de otros actores con capacidad de construir conectividad. En particular, permisos para uso social que incluye tanto los permisos para comunidades en general como para comunidades indígenas en particular, e incluso -como una norma ajustada

⁷⁸ Artículo 67 de la Ley Federal de Telecomunicaciones y Radiodifusión.

a nuestra época y realidad tecnológica- incluyó elementos de equidad de género que pueden ser mejor atendidos a nivel comunitario por redes comunitarias. De hecho, ignorar en las legislaciones enfocadas en brecha digital elementos de diversidad étnica, de género, etcétera puede significar que los avances no reproduzcan las inequidades características del sistema tradicional⁷⁹.

4.5.3. Relación entre el medio y el fin

El medio que escogió el legislador para el uso del espectro electromagnético no permite, dada la realidad tecnológica, la consolidación del fin constitucional que persigue la legislación, esto es que a través del uso y regulación de las TIC se fomente y proteja el ejercicio de la libertad de expresión, la libertad de prensa y se fomente la consolidación de la pluralidad informativa. Por el contrario, el favorecimiento a los medianos y grandes proveedores a través de la consolidación de un parámetro de igualdad, a pesar de la diferencia material que ostentan dichos proveedores con los ciudadanos, trunca el fin constitucional que persigue la medida, en tanto dificulta la consolidación de nuevos medios para el ejercicio de la libertad de expresión.

La realidad tecnología contemporánea supone el traslado de la capacidad de los medios y grandes proveedores de servicios relacionados con las TIC, a los ciudadanos. Los puntos controvertidos de la ley 1978 de 2019, omiten esta realidad tecnológica y mantienen una predilección por los grandes y medianos proveedores, lo que supone de facto una denegación a quienes no cumplen esta condición. El resultado, es que la relación entre el medio y el fin no es armónica, sino que es antagónica. El medio no permite el cumplimiento del fin, en tanto al denegar de facto la entrada de los ciudadanos crea una barrera para la manifestación plena del derecho fundamental a la libertad de expresión a través del uso ciudadano y comunitario de las TIC. En consecuencia, el medio que eligió el legislador termina truncando el fin constitucional que persigue la norma.

⁷⁹ Por ejemplo, la legislación mexicana establece en el núm. 4 del artículo 67 lo siguiente: “Confiere el derecho de prestar servicios de telecomunicaciones y radiodifusión con propósitos culturales, científicos, educativos o a la comunidad, sin fines de lucro. Quedan comprendidas en esta categoría las concesiones comunitarias y las indígenas; así como las que se otorguen a instituciones de educación superior de carácter privado. Las concesiones para uso social comunitaria, se podrán otorgar a organizaciones de la sociedad civil que no persigan ni operen con fines de lucro y que estén constituidas bajo los principios de participación ciudadana directa, convivencia social, equidad, igualdad de género y pluralidad. Las concesiones para uso social indígena, se podrán otorgar a los pueblos y comunidades indígenas del país de conformidad con los lineamientos que emita el Instituto y tendrán como fin la promoción, desarrollo y preservación de sus lenguas, su cultura, sus conocimientos promoviendo sus tradiciones, normas internas y bajo principios que respeten la igualdad de género, permitan la integración de mujeres indígenas en la participación de los objetivos para los que se solicita la concesión y demás elementos que constituyen las culturas e identidades indígenas”. Esta legislación es un ejemplo de la forma como se están abordado jurídicamente la realidad tecnológica, frente al uso de redes comunitarias enfocadas a eliminar la brecha digital en razón de etnia o género, entre otras.

Para profundizar, existen medios alternativos para obtener dicho fin que no resultan gravosos, como el sistema de diversos tipos de permiso atendiendo a la naturaleza de los actores que soliciten el acceso al uso del espectro, modelo mexicano. Esta alternativa tiene la bondad de, además de facilitar el cumplimiento de los fines constitucionales del uso del espectro, permitir un más eficiente cumplimiento de los fines de la norma. A saber, permite que las comunidades de las regiones desconectadas del país el desarrollo de su propia conectividad sin necesidad de esperar a que las grandes empresas se vean incentivadas para llegar a dichas geografías con fines comerciales.

4.5.4. Conclusión del Test Integrado de igualdad

A los efectos de resumir el presente cargo, se destacan los siguientes hechos:

- El avance tecnológico permite que actores de diversa naturaleza hagan uso del espectro radioeléctrico, bien público, para desplegar redes y conectarse a Internet.
- Los ciudadanos y comunidades pueden hacerlo, sin ánimo de lucro, a través de las redes comunitarias.
- La norma demandada considera a las redes comunitarias en iguales términos que las medianas y grandes empresas, actores radicalmente distintos en su naturaleza y capacidades, para la obtención de permisos de uso del espectro.
- Al obligar a pequeñas comunidades de regiones apartadas a concurrir en procesos competitivos con grandes y medianas empresas, se impide *de facto* el uso del espectro por aquellas.

En conclusión, la norma demandada recoge un único sistema de acceso al uso del espectro, pensado para la obtención de permisos con fines comerciales y de lucro, lo que supone un trato igual a actores desiguales que no solo contradice los fines de la norma demandada, sino que supone un obstáculo al cumplimiento de los fines constitucionales del uso del espectro y una afectación grave y directa a los derechos a la información, a la libertad de expresión y al libre desarrollo de la personalidad de los miembros de las comunidades que deseen establecer sus propias redes, así como una afectación potencial de los derechos fundamentales susceptibles de un mayor disfrute a través del uso de las redes. Este trato inconstitucional condena a parte de la población colombiana a la desconexión, quedando al albur de la iniciativa, capacidad e interés económico de terceros actores.

PRETENSIONES

PRIMERA. Declarar la inconstitucionalidad de la expresión “*focalizar las inversiones para el cierre efectivo de la brecha digital*” contenida en el artículo 1 de la ley 1978 de 2019 por vulnerar el artículo 13 de la Constitución Política.

SEGUNDA. Declarar la inconstitucionalidad de los artículos 8 y 9 de la ley 1978 de 2019 por vulnerar los artículos 152 y 153 de la Constitución Política que establecen la reserva estatutaria.

De forma subsidiaria, en caso de que no prospere la pretensión anterior, declarar la inconstitucionalidad de las siguientes expresiones:

- **Del artículo 8:** *“por el Ministerio de Tecnologías de la Información y las Comunicaciones”, “esté coordinado con las políticas del Ministerio de Tecnologías de la Información y las Comunicaciones”, “sean compatibles con las tendencias internacionales del mercado”, “el Ministerio de Tecnologías de la Información y las Comunicaciones podrá otorgar los permisos de uso del espectro”* por vulnerar los artículos 1, 20, 75 y 113 de la Constitución;
- las expresiones *“sean compatibles con las tendencias internacionales de mercado”, “adelantará mecanismos de selección objetiva, que fomenten la inversión en infraestructura y maximicen el bienestar social, previa convocatoria pública, para el otorgamiento del permiso para el uso del espectro radioeléctrico y exigirá las garantías correspondientes”, “Así mismo, podrá establecer bandas exentas del pago de contraprestación para programas sociales del Estado que permitan la ampliación de cobertura en zonas rurales”* por vulnerar el artículo 13 de la Constitución; y *“previa autorización del Ministerio de Tecnologías de la Información y las Comunicaciones en los términos que este determine”, “El Gobierno nacional reglamentará la materia teniendo en cuenta criterios, entre otros, como el uso eficiente del espectro, el tipo de servicio para el cual se esté utilizando el espectro radioeléctrico objeto del permiso, y las condiciones específicas del acto de asignación del permiso para el uso del espectro radioeléctrico a ceder e igualmente, un término mínimo a partir del cual se podrá realizar la cesión”* contenidas en el parágrafo 1 por vulnerar los artículos 1, 20, 75 y 113 de la Constitución.
- **Del artículo 9:** *“Para determinar las condiciones y el periodo de renovación el Ministerio de Tecnologías de la Información y las Comunicaciones”, “identifique el Ministerio de Tecnologías de la Información y las Comunicaciones”* y *“El Ministerio de Tecnologías de la Información y las Comunicaciones, establecerá las condiciones de la renovación”* por vulnerar los artículos 1, 20, 75 y 113 de la Constitución.

TERCERA. Declarar la inconstitucionalidad de las siguientes expresiones *“El importe de esta contraprestación será fijado mediante resolución por el Ministro de Tecnologías de la Información y las Comunicaciones”, “previamente autorizadas por el Ministerio de Tecnologías de la Información y las Comunicaciones, de acuerdo con la reglamentación que se defina al respecto”, “Las inversiones a realizar serán determinadas por el*

Ministerio de Tecnologías de la Información y las Comunicaciones. Estas obligaciones contarán con una supervisión o interventoría técnica, administrativa y nanciera a cargo del Ministerio de Tecnologías de la Información y las Comunicaciones” contenidas en el artículo 10 de la ley 1978 de 2019 por vulnerar los artículos 1, 20, 75 y 113 de la Constitución.

CUARTA. Declarar la inconstitucionalidad de las siguientes expresiones *“4. Definir la política pública y adelantar la inspección, vigilancia y el control del sector de Tecnologías de la Información y las Comunicaciones, incluyendo el servicio de televisión abierta radiodifundida y el servicio de radiodifusión sonora, con excepción de aquellas funciones de inspección, vigilancia y control, expresamente asignadas en la presente ley a la Comisión de Regulación de Comunicaciones y a la Agencia Nacional del Espectro”* contenidas en el artículo 13 de la ley 1978 de 2019 por vulnerar los artículos 1, 20, 75 y 113 de la Constitución.

QUINTA. Declarar la inconstitucionalidad de los numerales 6, 23, 25, 26 y 27 del artículo 14 de la ley 1978 de 2019 por vulnerar los artículos 1, 20, 75 y 113 de la Constitución Política.

SEXTA. Declarar la inconstitucionalidad de las siguientes expresiones *“de acuerdo con la reglamentación que el Gobierno nacional expida”* del inciso segundo del literal c); *“a) El Ministro de Tecnologías de la Información y las Comunicaciones, que podrá delegar en el Viceministro de Conectividad y Digitalización o quien haga sus veces”, “b) Un (1) Comisionado designado por el Presidente de la República”, “1) Hará parte el Ministro de Tecnologías de la Información y las Comunicaciones, que podrá delegar en el Viceministro de Conectividad y Digitalización o quien haga sus veces”, “5) Dentro de los tres (3) meses siguientes a la entrada en vigencia de la presente ley, se elegirán y posesionarán dos Comisionados de que trata el literal c) del numeral 20.2 del presente artículo, para un periodo fijo institucional de cuatro (4) años, no reelegible. Al vencimiento del periodo del Comisionado, este será reemplazado conforme lo dispuesto en el literal c) del numeral 20.2 del presente artículo”* contenidas en el artículo 17 de la ley 1978 de 2019 por vulnerar los artículos 1, 20, 75 y 113 de la Constitución.

SÉPTIMA. Declarar la inconstitucionalidad de los numerales 3, 4, 9, 18 y 27 del artículo 19 de la ley 1978 de 2019 por vulnerar los artículos 1, 20, 75 y 113 de la Constitución.

OCTAVA. Declarar la inconstitucionalidad de la expresión *“adscrita al Ministerio de Tecnología de la Información y las Comunicaciones”* contenida en el inciso primero del artículo 34 de la ley 1978 de 2019 por vulnerar los artículos 1, 20, 75 y 113 de la Constitución.

NOVENA. Declarar la inconstitucionalidad del numeral 8 y la expresión *“El Gobierno nacional reglamentará, en un plazo no superior los doce (12) meses contados a partir de la entrada en vigencia de la presente ley, lo relacionado con las asociaciones público privadas en tecnologías de la información y las comunicaciones”* contenida en el numeral 15, del artículo 22 de la ley 1978 de 2019 por vulnerar los artículos 1, 20, 75 y 113 de la Constitución.

DÉCIMA. Declarar la inconstitucionalidad del párrafo transitorio del artículo 22 de la ley 1978 de 2019 por vulnerar los artículos 1, 20, 75 y 113 de la Constitución.

UNDÉCIMA. Declarar la inconstitucionalidad de la expresión *“deberán pagar una contribución anual que se liquidará sobre los ingresos brutos, que se obtengan en el año anterior a aquel al que corresponda la contribución, por la provisión de redes y servicios de telecomunicaciones, excluyendo terminales”* contenida en el artículo 24 de la ley 1978 de 2019 por vulnerar el artículo 13 de la Constitución.

DUODÉCIMA. Declarar la inconstitucionalidad de las expresiones *“pagarán la contraprestación periódica única estipulada en el artículo 10 de la presente Ley al Fondo Único de Tecnologías de la Información y las Comunicaciones en igualdad de condiciones para el cumplimiento de sus fines”, “El valor de la contraprestación a cargo de los proveedores se fijará como un único porcentaje sobre sus ingresos brutos por concepto de la provisión de redes y servicios excluyendo terminales”* contenidas en el artículo 36 de la ley 1978 de 2019 por vulnerar el artículo 13 de la Constitución.

PETICIÓN ESPECIAL

Solicitamos a la Corte Constitucional que realice una audiencia pública en donde convoque la participación de las siguientes entidades oficiales nacionales e internacionales, organizaciones no gubernamentales y personas naturales:

Entidades oficiales

1. Comisión de Regulación de Comunicaciones
2. Ministerio de Tecnologías de la Información y las Comunicaciones de Colombia
3. Procuraduría General de la Nación
4. Defensoría del Pueblo
5. Superintendencia de Industria y Comercio

Organizaciones internacionales

1. Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos OCDE, contacto: Verena Weber, mail verena.weber@oecd.org
2. Relatoría Especial para la Libertad de Expresión OEA, contacto: Edison Lanza, mail elanza@oas.org
3. UNESCO, contacto: Guilherme Canela De Souza Godoi, mail g.godoi@unesco.org

Organizaciones de la sociedad civil

- 1. Dejusticia
- 2. CAJAR
- 3. Iusdigna
- 4. Federación Colombiana de Periodistas FECOLPER
- 5. ASOMEDIOS
- 6. Unidad Nacional de Artistas, contacto Felipe Arango,
mail felipearangop@gmail.com

Universidades

- 1. Universidad de los Andes, Centro de Estudios en Periodismo CEPER
- 2. Universidad del Rosario, Centro de Estudios de Internet y Sociedad ISUR, contacto Julio Gaitán, mail julio.gaitan@urosario.edu.co
- 3. Pontificia Universidad Javeriana de la Compañía de Jesús
- 4. Universidad Jorge Tadeo Lozano -Bogotá y sede Caribe-
- 5. Universidad Nacional de Colombia
- 6. Universidad Externado

Particulares

Catalina Botero Marino
Santiago Rivas
Carlos Cortés
Omar Rincón

NOTIFICACIONES

Comisión Colombiana de Juristas: personales: Carrera 15-A-Bis # 45 - 37 de Bogotá |
Electrónicas: info@coljuristas.org | teléfono: (+571) 7449333 | fax: (+571) 7432643.

Fundación Para la Libertad de Presa: personales: Carrera 25 #37-06|Electrónicas:
info@flip.org.co| Teléfonos: (57-1) 3406943 - 2454734|

Fundación Karisma: personales: Transversal 22A # 59-44 Piso 1|Electrónicas:
carobotero@karisma.org.co| Teléfonos: 57 (1) 257 6946

Cordialmente,

GUSTAVO GALLÓN GIRALDO
Director de la CCJ
C.C. 19.157-375



JULIÁN GONZÁLEZ ESCALLÓN
Coordinador del Área de Incidencia
Nacional
C.C. 81.720.982

JUAN OSPINA RENDÓN

Abogado del Área de Incidencia
Nacional

C.C. 1.053.775.609

DAVID FERNANDO CRUZ

Abogado del Área de Incidencia
Nacional

C.C. 1014.235.206

EMMANUEL VARGAS

Asesor de la Dirección de la Fundación
para la Libertad de Prensa (FLIP)

C.C. 1020727252

CAROLINA BOTERO.

Directora de la Fundación Karisma

C.C. 55022199

LUCIA CAMACHO GUTIERREZ

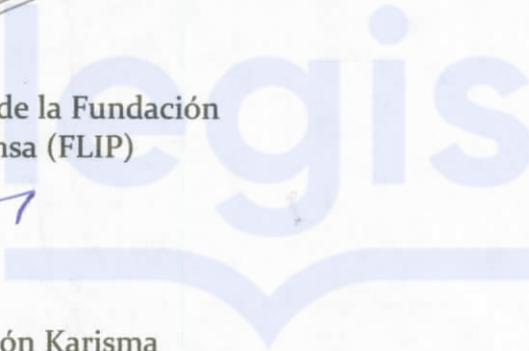
Abogada Fundación Karisma

C.C. 1023925275

**VICTOR PRÁXEDES SAAVEDRA
RIONDA**

Abogado Fundación Karisma

C.E. 705406



CORTE CONSTITUCIONAL

Secretaría General

DILIGENCIA DE PRESENTACIÓN PERSONAL Y RECONOCIMIENTO DE CONTENIDO DE FIRMA

El anterior escrito fue presentado personalmente en La Secretaría General de la Corte Constitucional, por Julian Daniel Gonzalez Escallón quien se identificó con la C.C. No. 81720982 de Quía y/o Tarjeta Profesional No. _____

Bogotá D.C., 22 agosto 2019

Quien Firma

Quien recibe=Secretaría General

CORTE CONSTITUCIONAL

Secretaría General

DILIGENCIA DE PRESENTACIÓN PERSONAL Y RECONOCIMIENTO DE CONTENIDO DE FIRMA

El anterior escrito fue presentado personalmente en La Secretaría General de la Corte Constitucional, por David Fernando Cruz Buitrago quien se identificó con la C.C. No. 101422526 de Bogotá y/o Tarjeta Profesional No. _____

Bogotá D.C., 22 agosto 2019

Quien Firma

Quien recibe=Secretaría General

CORTE CONSTITUCIONAL

Secretaría General

DILIGENCIA DE PRESENTACIÓN PERSONAL Y RECONOCIMIENTO DE CONTENIDO DE FIRMA

El anterior escrito fue presentado personalmente en La Secretaría General de la Corte Constitucional, por Emanuel Vargas Penagos quien se identificó con la C.C. No. 1020727256 de Bogotá y/o Tarjeta Profesional No. _____

Bogotá D.C., 22 agosto 2019

Quien Firma

Quien recibe=Secretaría General

CORTE CONSTITUCIONAL

Secretaría General

DILIGENCIA DE PRESENTACIÓN PERSONAL Y RECONOCIMIENTO DE CONTENIDO DE FIRMA

El anterior escrito fue presentado personalmente en La Secretaría General de la Corte Constitucional, por Carolina Botero Pabreza quien se identificó con la C.C. No. 52022194 de Bogotá y/o Tarjeta Profesional No. _____

Bogotá D.C., 22 agosto 2019

Quien Firma

Quien recibe=Secretaría General

CORTE CONSTITUCIONAL
Secretaría General

**DILIGENCIA DE PRESENTACIÓN PERSONAL Y
RECONOCIMIENTO DE CONTENIDO DE FIRMA**

El anterior escrito fue presentado personalmente en
La Secretaría General de la Corte Constitucional,
por Olga Lucía Camacho Gutiérrez quien se
Identificó con la C.C. No. 1023925275 de Bogotá
y/o Tarjeta Profesional No. _____

Bogotá D.C., 22 agosto 2019

Quien Firma _____

Quien recibe=Secretaría General

CORTE CONSTITUCIONAL
Secretaría General

**DILIGENCIA DE PRESENTACIÓN PERSONAL Y
RECONOCIMIENTO DE CONTENIDO DE FIRMA**

El anterior escrito fue presentado personalmente en
La Secretaría General de la Corte Constitucional,
por Victor Praxedes Saavedra Praxedes quien se
Identificó con la C.C. No. 705405 de _____
y/o Tarjeta Profesional No. _____

Bogotá D.C., 22 agosto de 2019

Quien Firma _____

Quien recibe=Secretaría General

* presenta cedula de Extranjería
Nacionalidad Española