



LEGISmóvil

La actualidad jurídica en el momento en que ocurre



CONSEJO DE ESTADO
SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO
SECCIÓN TERCERA
SUBSECCION C

CONSEJERO PONENTE: JAIME ORLANDO SANTOFIMIO GAMBOA

Bogotá D.C doce (12) de noviembre de dos mil catorce (2014).

Radicación: 25000232600020000133501 (28505)
Actor: CARACOL TELEVISIÓN S.A.
Demandado: COMISIÓN NACIONAL DE TELEVISIÓN
Proceso: Acción de Nulidad y Restablecimiento del Derecho
Asunto: Recurso de apelación

Decide la Sala el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante contra la sentencia del 29 de junio de 2004 proferida por el Tribunal Contencioso Administrativo de Cundinamarca, mediante la cual se denegaron las súplicas de la demanda.

I. ANTECEDENTES

1. Lo pretendido

El 19 de junio de 2000,¹ **Caracol Televisión S.A.** presentó demanda contra la **Comisión Nacional de Televisión** solicitando que se declarara la nulidad de las Resoluciones números 0083 del 15 de febrero de 2000 y 0376 del 12 mayo de 2000, proferidas por la Junta Directiva de ésta y mediante las cuales, respectivamente, se le impuso una multa al actor y se resolvió el correspondiente recurso de reposición.

¹ Folios 6 a 41 del c. No. 1.



Pide como consecuencia de la anterior declaración, y a título de restablecimiento del derecho, que se le exonere del pago de la multa que le fue impuesta.

Como pretensiones subsidiarias solicita que se declare la nulidad parcial de las mismas resoluciones, es decir en lo relativo al monto, pues pretende que la multa impuesta por un valor de \$91.452.693,00 se reduzca a \$67.388.000.

2. Los hechos en que se fundamentan las pretensiones

El 22 de diciembre de 1997 se celebró entre la demandante y la demandada el Contrato de Concesión No. 136 cuyo objeto era conceder la operación y explotación del Canal Nacional de Operación Privada No. 2.

En la cláusula 17 del contrato de concesión se pactó que el concesionario daba por entendida la estipulación del artículo 32 de la Ley 182 de 1995,² sobre la utilización en cualquier momento, sin limitación y sin lugar a indemnización, por parte del presidente de la República, del canal de televisión concesionado.

El 7 de octubre de 1999, la Comisión Nacional de Televisión envió una comunicación a Caracol Televisión S.A. informándole que ese día debía transmitir una alocución presidencial a las 8:00 pm, razón por la cual ésta dispuso los medios y adelantó las actuaciones requeridas para efectos de dar cumplimiento a su obligación.

² “Ley 182 de 1995. Artículo 32 Acceso del Gobierno Nacional a los Canales de Televisión. El Presidente de la República podrá utilizar, para dirigirse al país, los servicios de televisión, en cualquier momento y sin ninguna limitación.

El Vicepresidente, los Ministros del Despacho y otros funcionarios públicos podrán utilizar con autorización del Presidente de la República, el Canal de Interés Público. Igualmente el Congreso de la República, la Rama Judicial y organismos de control, conforme a la reglamentación que expida para tal efecto la Comisión Nacional de Televisión.

PARÁGRAFO. Cuando las plenarias de Senado o Cámara de Representantes consideren que un debate en la plenaria o en cualquiera de sus comisiones es de interés público, a través de proposición aprobada en las plenarias, solicitará a Inravisión la transmisión del mismo, a través de la cadena de interés público.”



La demandada modificó el horario de transmisión de la alocución presidencial postergándola para las 9:30 pm, decisión que no se notificó oportunamente a la demandante, razón por la cual ésta no pudo realizar la transmisión simultáneamente con los demás canales, pues en ese horario estaba emitiendo un evento deportivo en vivo y decidió no interrumpirlo por respeto al televidente.

Afirma que si bien emitió en el intermedio del evento deportivo el informativo “Noticias Caracol 21:30”, finalmente transmitió la alocución presidencial referida a las 10:35 pm.

Por medio de la Resolución No. 0083 del 15 de febrero de 2000, la Junta Directiva de la demandada impuso una multa a la demandante por valor de \$91.452.693,00, con fundamento en que ésta incumplió sus obligaciones contractuales al no transmitir la alocución presidencial el 7 de octubre de 1999 a las 9:30 horas, sino 1 hora y 5 minutos después, esto es, a las 10:35 p.m.

El 16 de marzo de 2000 la demandante interpuso el recurso de reposición contra la mencionada resolución, el cual fue resuelto por medio de la Resolución No. 0376 del 12 de mayo de 2000 en el sentido de confirmarla en todas y cada una de sus partes.

Alega que en el presente asunto la demandada no debió expedir esos actos administrativos, pues no logró demostrar que hubiera notificado oportunamente la comunicación por medio de la cual daba cuenta del cambio de horario de la transmisión ya que no aparece prueba alguna de su envío y de su recepción, probanzas estas que son indispensables para la debida motivación de los actos cuestionados.

Afirma que el procedimiento a seguir para la transmisión de las alocuciones presidenciales debe estar regulado de forma inequívoca y no puede quedar a la determinación del operador, como equivocadamente lo afirma la demandada, pues esto vulneraría el principio de jerarquía normativa.



Dice que ante la ausencia de procedimiento necesario para hacer efectiva la competencia del Presidente de emitir alocuciones empleando los medios de comunicación públicos y privados, se está frente a una contradicción que debe ser resuelta conforme al artículo 20 constitucional (Derecho a la libertad de expresión) y el artículo 4° ibíd (Jerarquía normativa), lo que supone la aplicación de la excepción de inconstitucionalidad.

Manifiesta que ante la inexistencia de una regulación adecuada, solicitó a la demandada la definición del procedimiento a seguir para la transmisión, sin embargo, ésta no le permitió conocer con certeza las circunstancias de modo y tiempo que debían ser tenidas en cuenta para cumplir con lo ordenado por la administración, razón por la cual se le vulneró su derecho al debido proceso.

Por último, señala que la demandada hizo caso omiso a la solicitud probatoria efectuada en el curso del recurso de reposición interpuesto.

3. El trámite procesal

Admitida que fue la demanda y notificada la demandada del auto admisorio, el asunto se fijó en lista y la accionada le dio respuesta oponiéndose a las pretensiones formuladas.

Después de decretar y practicar pruebas, se corrió traslado a las partes y al Ministerio Público para que alegaran de conclusión, oportunidad que sólo fue aprovechada por las partes.

II. LA SENTENCIA DEL TRIBUNAL

En sentencia del 29 de junio de 2004 el Tribunal Contencioso Administrativo de Cundinamarca negó las súplicas de la demanda.



Para tomar esta decisión el Tribunal expuso las siguientes razones:

Inicia su argumentación el Tribunal haciendo mención al artículo 32 de la Ley 182 de 1995 y a la sentencia C- 1172 de 2001 para concluir que la norma al señalar que el presidente de la república “*en cualquier momento*” podrá utilizar los medios de comunicación para dirigirse al país, autoriza la suspensión de cualquier programa de televisión ya iniciado, en el estado de emisión en el que se encuentre, cuando deba transmitirse una alocución presidencial.

Afirma que no le asiste razón a la demandante cuando señala que se le vulneró el derecho al debido proceso, pues por medio de las cláusulas 16,17 y 30 del Contrato de Concesión No. 136, se le otorgó a la demandada la potestad para imponer multas en caso de que el concesionario incumpliera con sus obligaciones contractuales, si a su juicio los incumplimientos no ameritaban la declaratoria de caducidad del contrato, y además allí se señalaba el procedimiento a seguir en ese caso.

En sustento de lo anterior trae a cuento una sentencia proferida por la Sección Tercera de ésta Corporación que dice que la facultad de imponer multas por la administración es directa cuando así se estipula en el contrato y además se fija el procedimiento para su procedencia, concluyendo que en el presente asunto la demandada se sujetó a lo acordado en el contrato y respetó los derechos de la demandante al debido proceso y a la defensa.

Sostiene que tampoco le asiste razón a la demandante cuando afirma que la sanción impuesta fue desproporcionada y se fundó en consideraciones subjetivas, pues con las pruebas allegadas se demuestra que para su imposición se utilizaron los parámetros objetivos señalados en la cláusula 30 contractual, tales como la gravedad de la falta y el valor del contrato y que además la demandada explicó la razón de su cuantía.

Manifiesta también que con el dictamen pericial y las restantes pruebas arrimadas al proceso, se encuentra demostrado que la demandada informó oportunamente, vía fax,



el cambio de horario de la transmisión de la alocución presidencial, por lo cual no existía una razón válida para que la demandante no diera cumplimiento a su obligación.

Finalmente, declara improcedente el cargo de nulidad por falsa motivación de los actos administrativos al considerar que en este caso la actora no enervó ninguno de los hechos, antecedentes y circunstancias que la administración tuvo en cuenta para su expedición, así como tampoco logró desvirtuar la presunción de legalidad de la que se encuentran revestidos, por lo cual no hay lugar a declarar su nulidad.

III. EL RECURSO DE APELACIÓN

Contra lo así resuelto, la parte demandante interpuso el recurso de apelación con fundamento en las siguientes razones:

Dice el recurrente que su inconformidad radica en que el Tribunal no analizó algunos de los elementos fácticos, interpretó erróneamente otros y efectuó una inadecuada valoración probatoria.

Manifiesta que la vulneración al debido proceso que se alega no se refiere a la inexistencia de un procedimiento para la imposición de multas por el incumplimiento tal como lo entendió el Tribunal, sino a la inexistencia de un procedimiento para la transmisión de las alocuciones presidenciales.

Aduce que el Tribunal ignoró por completo que la demandada no observó el procedimiento legal para imponer la sanción y vulneró los derechos de la demandante al debido proceso y a la defensa, pues no verificó las razones del incumplimiento tardío de la obligación e ignoró la solicitud de pruebas presentada en el curso de la reposición.

Afirma que el sólo hecho de que la demandada hubiera enviado una comunicación vía fax informando el cambio de horario en la transmisión de la alocución presidencial, no



implicaba necesariamente que ésta fuera recibida por la persona que tenía a su cargo el cumplimiento de la obligación.

Considera que fue el cambio abrupto de la hora de la transmisión de la alocución presidencial lo que condujo a que se incurriera en cumplimiento tardío de su obligación, supuesto este para el que no se encontraba tipificada una sanción por el valor que se le impuso.

Por último, se reitera que en el presente asunto no existe una regulación del procedimiento a seguir para la transmisión de las alocuciones presidenciales, ni mucho menos de las reglas a seguir para el cambio súbito en los horarios de su emisión.

Concluye señalando que la demandada se encuentra obligada a determinar y graduar la multa de forma proporcional al incumplimiento y al valor del contrato, y teniendo en cuenta la gravedad de la falta, el daño producido y la reincidencia en su comisión.

Con base en lo anterior, el apelante solicita que se revoque la decisión y se acceda a las pretensiones de la demanda.

IV. EL CONCEPTO DEL MINISTERIO PÚBLICO

El Ministerio Público guardó silencio en este asunto.

No advirtiéndose causal de nulidad que pueda invalidar lo actuado, ni manifiesta nulidad absoluta del contrato, se procede a desatar la alzada previas las siguientes

V. CONSIDERACIONES



Problema Jurídico

Corresponde a la Sala decidir si la multa impuesta a **CARACOL TELEVISIÓN S.A.**, medio de comunicación social titular del contrato de concesión No 136 de 1997 para la operación y explotación del Canal Nacional de Operación Privada No 2, se ajusta a las previsiones del orden jurídico convencional, constitucional y legal, teniendo en cuenta el hecho plenamente probado en el proceso consistente en que a las 21:30 horas del 7 de octubre de 1999, **CARACOL TELEVISIÓN S. A.** no se encadenó con los otros medios televisivos de comunicación social para transmitir simultáneamente una alocución presidencial, no obstante haber recibido el respectivo aviso.

Para perfilar la cuestión litigiosa, así como la solución al problema jurídico, es relevante tener presente, en primer lugar, que inicialmente la Presidencia fijó las 20:00 horas para dar comienzo a la intervención del Presidente, empero por ulterior comunicación se estableció como hora las 21:30, y, en segundo lugar, que CARACOL TELEVISIÓN S. A. retransmitió ese mismo día, a las 22:35 horas la alocución presidencial, luego de haber cumplido con las obligaciones comerciales contraídas con ocasión de la transmisión en directo de un partido de fútbol que se estaba jugando a la hora en que finalmente intervino el primer mandatario.

1. El principio democrático frente a la Administración

1.1. Al darle lectura al Preámbulo y a los artículos 1º, 2º, y 3º de la Constitución Política, se verifica el anhelo y el propósito de constituir una sociedad dentro de un *“marco jurídico, democrático y participativo que garantice un orden político, económico y social justo”*, todo como un Estado social de derecho, pluralista, donde prevalece el interés general y el respeto a la dignidad del ser humano.

Por esta razón es que el artículo 3º superior somete la actuación de los poderes públicos al cumplimiento y satisfacción de esos principios y valores, de suerte que su ejercicio sólo se justifica y se puede calificar como legítimo si se encamina a hacerlos efectivos.



Esto no es más que la evidencia de que esos principios y valores, como si fueran un gran marco de referencia, rigen y determinan todo el ordenamiento jurídico.

1.2. Es preciso señalar además que la cláusula del Estado Democrático (fundado en las anteriores disposiciones constitucionales), implica que él sea efectivamente participativo³, plural⁴, representativo⁵ y deliberativo⁶, es decir, que se manifieste en

³ Este modelo democrático implica la participación directa del ciudadano en la toma de decisiones públicas que le afectan a partir de cualquiera de los diversos mecanismos de participación ciudadana. En este modelo el ciudadano deja de ser un sujeto “gobernado” o “administrado” y pasa a ser parte activa del ejercicio cotidiano del poder público. Este referente conceptual ha sido desarrollado por la jurisprudencia constitucional colombiana en los siguientes términos: “En este sistema, en lugar de desconfiarse del ciudadano, éste goza de plena confianza, lo cual se manifiesta en **el derecho que se le otorga de participar en los procesos decisorios públicos que habrán de afectarlo, pues se entiende que es el ciudadano quien en realidad sabe cuáles son sus necesidades y, en esa medida, cuáles las prioridades en la distribución de recursos escasos y, además, tiene mayor interés en obtener los resultados perseguidos.**” (Resaltado propio). Corte Constitucional, sentencia T-637/2001. Así mismo véase sentencias C-089/94, C-179/2002, C-141/2010, C-1017/2012, entre otras.

⁴ En el entendido de que se hace necesario garantizar, respetar y tener en cuenta las diversas posturas o posiciones teóricas, filosóficas, ideológicas y políticas sobre el ocurrir de lo público y las cuestiones políticas. Por lo tanto, desde esta perspectiva, la democracia pluralista se opone a una “uniformidad” o “unanimismo”. Así lo ha entendido, con gran acierto, la jurisprudencia de la Corte Constitucional, tal como se puede ver en la sentencia C-141/2010, donde se sostuvo: **El pluralismo, en suma, se opone al unanimismo, pues acepta el juego de las diferentes opciones ideológicas; desconfía de la homogeneidad, porque reconoce la heterogeneidad de la sociedad, así como la existencia de los grupos a los que pertenecen los individuos; rechaza el carácter absoluto de las opiniones o tendencias, ya que le otorga legitimidad a los distintos puntos de vista; promueve la participación política en la medida en que da oportunidad de expresarse a diversas propuestas y grupos sociales y supone la aceptación de las reglas fijadas para tornar viable esa expresión y hacerla accesible a todos.**” (Resaltado propio). Véase también: T-299/03, C-490/2011, entre otras. Sobre el pluralismo la doctrina más autorizada señala que: “Lo que distingue al pluralismo de las restantes doctrinas antiestatalistas es que él se afirma polemicamente contra todas las formas de concepción individualista de la sociedad y del Estado, esto es, contra toda concepción que contraponen el individuo singular al Estado, por cuanto considera el estatalismo y el individualismo como dos caras de la misma medalla, esto es, como dos concepciones que, aunque dos puntos de vistas diferentes, tienden a marginalizar o incluso eliminar las formas sociales que ocupan el espacio intermedio entre los dos extremos del individuo y del Estado.” BOBBIO, MATTEUCCI y PASQUINO, Dicionário de Política. 11^o ed, 1998, Brasilia, Editorial UnB, pág. 928 (voz “Pluralismo”).

⁵ Consistente en el ejercicio de elegir representantes en las instancias del poder público, específicamente a los miembros del poder legislativo así como, en algunos sistemas, a la cabeza del poder ejecutivo. El instrumento habitual mediante el cual se ejerce es a través de mecanismo de elección y es allí donde encuentra su valor la i) regla de establecer elecciones libres y en igualdad de participación para todos los potenciales actores, ii) la universalidad del sufragio, iii) la regla de un voto, una persona, entre otras. Al respecto Stuart Mill fundamenta el gobierno representativo en los siguientes términos: “es evidente que el único gobierno que satisface por completo todas las exigencias del estado social es aquel en el cual tiene participación el pueblo entero; que toda participación, aun en las más humildes de las funciones públicas, es útil; (...) Pero puesto que en toda comunidad que exceda los límites de una pequeña población nadie puede participar personalmente sino de una porción muy pequeña de los asuntos públicos, el tipo ideal de un gobierno perfecto es el gobierno representativo.” STUART MILL, John. Libertad, gobierno representativo y esclavitud femenina. Pág. 189. Citado en CACHANOSKY, Juan. Selección de escritos de John Stuart Mill. En: Estudios Públicos. No. 37. 1990, p. 282. Al respecto la Corte Constitucional ha sostenido: “En la democracia representativa, los funcionarios públicos elegidos democráticamente representan a la nación entera y no a sus electores individualmente considerados, por lo cual el mandato que reciben no les impone obligaciones frente a los electores. Tal mandato se denomina “representativo.” Corte Constitucional, sentencia C-179/2002.

⁶ En términos de Cohen la democracia deliberativa “tiene su raíz en el ideal intuitivo de una asociación democrática en la que la justificación de los términos y condiciones de la asociación se realiza por medio de la argumentación pública entre ciudadanos iguales. En dicho orden, los ciudadanos comparten un compromiso con la resolución de los problemas de elección colectiva mediante razonamiento público, y consideran que sus instituciones básicas son legítimas en tanto que establecen el marco para la deliberación pública libre.”. COHEN, Joshua. Deliberación y legitimidad democrática. En: Revista Cuaderno Gris. Época III. No. 9. 2007, Universidad Autónoma de Madrid, p. 127-145, especialmente 131. Sobre el concepto de democracia deliberativa la Corte Constitucional ha sostenido que ésta no solo tiene en cuenta “el querer y el interés general expresado mediante el sufragio, sino,



términos sustanciales o reales, por oposición a planteamientos o presentaciones formales o electorales, carentes de garantías sustantivas.

Prueba de lo que se viene afirmando es que el artículo 40 de la Constitución Política consagra a los derechos políticos de los ciudadanos como auténticos derechos fundamentales.

Por consiguiente, hay que entender que a la cláusula de Estado Democrático le es inherente que el poder público se ejerza *“por fuera de la arbitrariedad⁷, relegando la autocracia⁸, y sustentándose en la igualdad y libertad para el logro de sus propósitos sustanciales⁹10*.

1.3.- Conforme a estos postulados, se llega a la conclusión que el modelo democrático no corresponde a una elección cualquiera u ordinaria en el modelo de Estado, sino que se trata hasta ahora, a no dudarlo, de la única y mejor elección posible para la garantía

fundamentalmente, la deliberación colectiva que antecede a dicha expresión, y, muy especialmente, los procedimientos que canalizan la discusión y el debate público. No es el voto en sí mismo lo que le confiere valor a la organización política, sino la forma en que se conforma la voluntad, a través del diálogo y la discusión colectiva.” Corte Constitucional, sentencia C-105/2013.

⁷ GARCÍA DE ENTERRÍA. *La lucha contra las inmunidades del poder en el derecho administrativo*, cit., pp. 24 y ss. Del mismo autor, *Democracia, jueces y control de la administración*, cit., pp. 31 y ss.

⁸ En cuanto al dilema de administración democrática o autocrática en el contexto del Estado de derecho, puede consultarse la posición autocrática de KELSEN en *A democracia*, Sao Paulo, Martins Fontes, 2000, pp. 79 a 85, donde se compilan varios trabajos de este autor, entre ellos el de “Esencia y valor de la democracia”. La posición reivindicatoria de una administración altamente democrática, aunque con elementos autocráticos, puede consultarse en SANTAMARÍA PASTOR. *Fundamentos de derecho administrativo I*, cit., p. 235.

⁹ GARCÍA DE ENTERRÍA. *Democracia, jueces y control de la administración*, cit., pp. 66 y ss. La democracia no es un problema procedimental o adjetivo relativo a la simple integración del poder o en relación con el origen de sus instituciones. Esta es una visión restrictiva y peligrosa del concepto. La democracia va mucho más allá: es ante todo un concepto sustancial. En esta dirección plantea el autor, siguiendo los trabajos de ALAIN TOURAINE, que la “[...] democracia es un conjunto de garantías institucionales que permiten combinar la unidad de la razón instrumental con la diversidad de las minorías, el intercambio con la libertad. La democracia es una política del reconocimiento del otro [...]”. retomando las ideas de CHARLES TAYLOR, “[...] la democracia introduce en la vida política el principio moral, de que quienes no ejercen el poder en la vida social disponen de un recurso para defender sus intereses y para mantener sus esperanzas [...]” de poder ocupar algún día ese poder. La democracia se funda sobre los conceptos de igualdad, libertad y justicia, de reconocimiento a los individuos y las colectividades, de límites al ejercicio de poder no solo mediante procedimientos preestablecidos, sino también, y principalmente, a partir del reconocimiento de la libertad.

¹⁰ SANTOFIMIO GAMBOA, Jaime Orlando. Contrato de concesión de servicios públicos. Coherencia con los postulados del Estado social y democrático de derecho en aras de su estructuración en función de los intereses públicos. Próximo a ser publicado, p. 134-135.



efectiva del Estado Social de Derecho y de los derechos fundamentales en las sociedades contemporáneas.¹¹

1.4.- Ahora bien, en lo que atañe a las repercusiones que lleva consigo la cláusula democrática frente a la administración pública, es claro que ésta, como parte de los órganos que conforman la estructura del Estado, está llamada, en el ámbito de su competencia, a su respeto y promoción.

1.5.- Aunque en la integración de la administración pública no está presente de manera plena, directa y preponderante la democracia representativa, en el sentido que sea el pueblo quien designe por completo la totalidad de los funcionarios públicos que la conforman (esto sólo pasa respecto de los altos funcionarios como el Presidente de la República y a nivel territorial con los Gobernadores departamentales y Alcaldes municipales), lo que resulta claro es que en el ejercicio de sus competencias, actuando conforme a la ley (en tanto producto de un debate democrático), la Administración encuentra una legitimación indirecta ya que sus actuaciones y decisiones se reconducen, en últimas, a una cadena de legitimidad derivada de las decisiones adoptadas por el legislador, pues él ha sido elegido democráticamente, correspondiéndole garantizar materialmente la cláusula democrática en cada una de sus actuaciones y decisiones.

1.6.- Pese a esto, en el contexto democrático, el rol de la Administración no se empobrece ni ella queda reducida a una mera ejecutora formal de la ley, en tanto que la aplicación de la ley en los procedimientos y en las actuaciones administrativas deben estar siempre acompañadas de la rigurosa observancia **de** las normas constitucionales y convencionales que son las que finalmente dotan de sentido a la organización política, de manera que entonces a la Administración también le corresponde un ponderado ejercicio de valoración constitucional y convencional que se justifica por la supremacía

¹¹ Véase un inventario de valores deseables que tienen lugar en los gobiernos democráticos en DAHL, Robert. La democracia. En: Revista Postdata. No. 10. Diciembre de 2004. Págs. 11-55, específicamente pág. 48. Disponible en el enlace web: <http://www.revistapostdata.com.ar/2012/01/la-democracia-robert-dahl/> (Consultado el 19 de agosto de 2014).



de estos preceptos y por ende resulta necesaria la noción de constitucionalización del derecho administrativo.

1.7.- Pero además existe una legitimidad democrática para la Administración que no es otra que aquella que se deriva de las funciones que le asignó el constituyente, las que se encuentran, fundamental aunque no exclusivamente, en el artículo 209 constitucional, tales como: i) Estar al servicio de los intereses generales, por oposición a los partidistas, gremiales u otros que no representen el bien común; ii) Ceñirse a los principios de igualdad, moralidad, eficacia, economía, celeridad, imparcialidad y publicidad; y, por último, iii) Ejercer estas funciones mediante los instrumentos de la descentralización, la delegación y la desconcentración de ellas.

1.8.- En este orden de ideas resulta claro que en el orden constitucional colombiano existe una especificidad constitucional a favor de la administración pública, comoquiera que, además de encontrarse sujeta a los principios y valores del preámbulo y los artículos 1º, 2º y 3º, el artículo 209 le asigna un especial rol funcional, como lo es el de estar al servicio de los intereses generales, observando unos particulares principios de acción.¹²

1.9.- Finalmente, debe destacarse que también es constitutivo de legitimidad democrática para la administración pública el deber de permitir y asegurar en sus procedimientos, actuaciones y decisiones, la mayor participación posible de los ciudadanos (afectados o no), así como generar, al momento de tomar sus decisiones, un espacio para articular los plurales y diferentes intereses de los asociados.¹³⁻¹⁴

¹² Se trata de lo que Schmidt-Assman llama como la legitimación institucional y funcional de la Administración “con la que se designa la posición directa que la Constitución le ha otorgado al Ejecutivo, para subrayar su propia autonomía e identidad ante el poder legislativo y judicial.” SCHMIDT-ASSMAN, Eberhard. Cuestiones fundamentales sobre la reforma de la teoría general del Derecho Administrativo. En: Barnés, Javier, Innovación y reforma en el Derecho Administrativo. 2º edición, Sevilla, Global Law Press, 2012, p. 66.

¹³ “Por otro lado, tanto la fase previa a la actuación administrativa, como su ulterior control, no son en modo alguno indiferentes al principio democrático, puesto que poseen desde luego también una clara dimensión democrática. Lo cual hace necesaria la reconstrucción, en el marco de la teoría de la acción administrativa, de dos elementos fundamentales, tales como la participación del público en general (y no sólo de los interesados) y la articulación de los intereses plurales y libres.” SCHMIDT – ASSMAN, Eberhard. Cuestiones fundamentales sobre la reforma de la teoría general del Derecho Administrativo, ibíd., p. 72.

¹⁴ En este punto resulta claro que para materializar la garantía de participación plural de ciudadanos en un procedimiento administrativo es central que se demanda de la Administración la adopción de decisiones motivadas en debida forma, de lo contrario, dicha participación plural sería, cuanto menos, una práctica ilusoria ya que la Administración no se vería obligada a



2.- Control oficioso de convencionalidad

2.1.- El control de convencionalidad es una manifestación de lo que se ha dado en denominar la constitucionalización del derecho internacional, también llamado con mayor precisión como el “control difuso de convencionalidad,” e implica el deber de todo juez nacional de “realizar un examen de compatibilidad entre las disposiciones y actos internos que tiene que aplicar a un caso concreto, con los tratados internacionales y la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos.”¹⁵

Si bien, como construcción jurídica, el control de convencionalidad parece tener su origen en la sentencia proferida en el “caso Almonacid Arellano y otros vs Chile,”¹⁶ lo cierto es que desde antes del 2002,¹⁷ e incluso en la jurisprudencia de los años noventa de la Corte Interamericana de Derechos, ya se vislumbraban ciertos elementos de este control de convencionalidad.

2.2.- Se trata, además, de un control que está dirigido a todos los poderes públicos del Estado,¹⁸ aunque en su formulación inicial se señalaba que eran los jueces los llamados a ejercerlo.

sustentar de manera racional y razonable los diversos puntos de vista que tiene ante sí. Al respecto la Corte Constitucional ha sostenido: En suma, el deber de motivación de los actos administrativos que (por regla general) tiene la administración, hace efectiva la cláusula de Estado de Derecho, el principio democrático, el principio de publicidad en las actuaciones de la administración, al tiempo que permite a los asociados contar con elementos de juicio suficientes para ejercer su derecho de contradicción y defensa a fin de acudir ante las instancias gubernativas y autoridades judiciales para controlar los abusos en el ejercicio del poder.” Corte Constitucional, sentencia SU-917/2010.

¹⁵ “Lo anterior implica reconocer la fuerza normativa de tipo convencional, que se extiende a los criterios jurisprudenciales emitidos por el órgano internacional que los interpreta. Este nuevo tipo de control no tiene sustento en la CADH, sino que deriva de la evolución jurisprudencial de la Corte Interamericana de Derechos Humanos”. FERRER MAcGREGOR, Eduardo. “El control difuso de convencionalidad en el estado constitucional”, en [http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/6/2873/9.pdf; consultado 9 de febrero de 2014].

¹⁶ Corte Interamericana de Derechos Humanos, caso Almonacid Arellano y otros vs. Chile, sentencia de 26 de septiembre de 2006.

¹⁷ “[...] El control de convencionalidad que deben realizar en el sistema del Pacto de San José de Costa Rica los jueces nacionales, parte de una serie de votos singulares del juez de la Corte Interamericana Sergio García Ramírez, v.gr., en los casos Myrna Mack Chang (25 de noviembre de 2003, considerando 27) y Tibi (7 de septiembre de 2004, considerandos 3 y 4)”. SAGÜÉS, Néstor Pedro, “El control de convencionalidad en el sistema interamericano, y sus anticipos en el ámbito de los derechos económico-sociales, concordancias y diferencias con el sistema europeo”, en [http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/7/3063/16.pdf; consultado el 9 de febrero de 2014].

¹⁸ Corte Interamericana de Derechos Humanos, caso Almonacid Arellano y otros vs. Chile, sentencia de 26 de septiembre de 2006, párrafo 123: “El cumplimiento por parte de agentes o funcionarios del Estado de una ley violatoria de la Convención produce responsabilidad internacional del Estado, y es un principio básico del derecho de la responsabilidad internacional del Estado, recogido en el derecho internacional de los derechos humanos, en el



Sin perjuicio de lo anterior, cabe destacar cómo en el “caso Almonacid Arellano y otros vs. Chile,” la Corte Interamericana de Derechos Humanos proyecta el control de convencionalidad, pues allí se afirma que constituye una obligación en cabeza del poder judicial ya que “cuando el Legislativo falla en su tarea de suprimir y/o no adoptar leyes contrarias a la Convención Americana, el Judicial permanece vinculado al deber de garantía establecido en el artículo 1.1 de la misma¹⁹ y, consecuentemente, debe abstenerse de aplicar cualquier normativa contraria a ella.”²⁰

2.3.- Lo anterior indica claramente que el juez nacional no sólo está llamado a aplicar y respetar su propio ordenamiento jurídico, sino que también debe realizar una “interpretación convencional” para determinar si aquellas normas son “compatibles” con los mínimos previstos en la Convención Americana de Derechos Humanos y en los demás tratados y preceptos del derecho internacional de los derechos humanos y del derecho internacional humanitario.²¹

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

“[...] La Corte es consciente que los jueces y tribunales internos están sujetos al imperio de la ley y, por ello, están obligados a aplicar las disposiciones vigentes en el ordenamiento jurídico. Pero cuando un Estado ha ratificado un tratado internacional como la Convención Americana,

sentido de que todo Estado es internacionalmente responsable por actos u omisiones de cualesquiera de sus poderes u órganos en violación de los derechos internacionales consagrados, según el artículo 1.1 de la Convención Americana”.

¹⁹ “[...] El control de convencionalidad es consecuencia directa del deber de los Estados de tomar todas las medidas que sean necesarias para que los tratados internacionales que han firmado se apliquen cabalmente”. CARBONELL, Miguel, “Introducción general al control de convencionalidad”, en [<http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/7/3271/11.pdf>]; consultado el 9 de febrero de 2014].

²⁰ Corte Interamericana de Derechos Humanos, caso Almonacid Arellano y otros vs. Chile, sentencia de 26 de septiembre de 2006, párrafo 123.

²¹ “[...] Se trata de un estándar “mínimo” creado por dicho tribunal internacional, para que en todo caso sea aplicado el corpus iuris interamericano y su jurisprudencia en los Estados nacionales que han suscrito o se han adherido a la CADH y con mayor intensidad a los que han reconocido la competencia contenciosa de la Corte IDH; estándar que, como veremos más adelante, las propias Constituciones o la jurisprudencia nacional pueden válidamente ampliar, para que también forme parte del “bloque de constitucionalidad/convencionalidad” otros tratados, declaraciones e instrumentos internacionales, así como informes, recomendaciones, observaciones generales y demás resoluciones de los organismos y tribunales internacionales”. FERRER MAcGREGOR, Eduardo, “Interpretación conforme y control difuso de convencionalidad. El nuevo paradigma para el juez mexicano”, en [<http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/7/3033/14.pdf>]; consultado el 9 de febrero de 2014].



Expediente: 28.505
Acción de nulidad y restablecimiento del derecho
Recurso de Apelación

sus jueces, como parte del aparato del Estado, también están sometidos a ella, lo que les obliga a velar por que los efectos de las disposiciones de la Convención no se vean mermadas por la aplicación de leyes contrarias a su objeto y fin, y que desde un inicio carecen de efectos jurídicos. En otras palabras, el Poder Judicial debe ejercer una especie de “control de convencionalidad” entre las normas jurídicas internas que aplican en los casos concretos y la Convención Americana de Derechos Humanos. En esta tarea, el Poder Judicial debe tener en cuenta no solamente el tratado, sino también la interpretación que del mismo ha hecho la Corte Interamericana, intérprete última de la Convención Americana.”²²

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

Esta afirmación se fundamenta no sólo en la prohibición que tiene todo Estado parte de un tratado de no oponer su derecho interno para incumplir los acuerdos internacionales,²³ sino también en la pretensión de justicia que intrínsecamente encierran las disposiciones convencionales, comoquiera que el *telos* de ésta y de su interprete último es el de privilegiar la vigencia de los Derechos Humanos y del principio democrático en cada uno de los países firmantes de la Convención.

²² Corte Interamericana de Derechos Humanos, caso Almonacid Arellano y otros vs. Chile, sentencia de 26 de septiembre de 2006, párrafo 124. En opinión de Ferrer MacGregor: “Si observamos los alcances del “control difuso de convencionalidad”, podemos advertir que en realidad no es algo nuevo. Se trata de una especie de “bloque de constitucionalidad” derivado de una constitucionalización del derecho internacional, sea por las reformas que las propias Constituciones nacionales han venido realizando o a través de los avances de la jurisprudencia constitucional que la han aceptado. La novedad es que la obligación de aplicar la CADH y la jurisprudencia convencional proviene directamente de la jurisprudencia de la Corte Interamericana como un “deber” de todos los jueces nacionales; de tal manera que ese imperativo representa un “bloque de convencionalidad” para establecer “estándares” en el continente o, cuando menos, en los países que han aceptado la jurisdicción de dicho tribunal internacional”. FERRER MACGREGOR, Eduardo. “El control difuso de convencionalidad en el estado constitucional”, en [http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/6/2873/9.pdf; consultado 9 de febrero de 2014].

²³ Se trata del artículo 27 de la Convención de Viena de 1969 sobre el derecho de los tratados, que establece: “El derecho interno y la observancia de los tratados. Una parte no podrá invocar las disposiciones de su derecho interno como justificación del incumplimiento de un tratado. Esta norma se entenderá sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 46.”



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

3.- Convencionalidad y sistema democrático: Medios de comunicación.

3.1.- Los medios de comunicación, en tanto son empresas destinadas a la prestación de servicios de información, culturales, de entretenimiento, etc, encuentran su fundamento jurídico sustantivo y su razón de ser en el derecho humano fundamental a la libertad de expresión.

En este sentido, el medio de comunicación, en cuanto empresa, hace parte de la configuración del artículo 13 de la Convención Americana de Derechos Humanos, sustentando de esta manera sus propósitos y finalidades, y en estos términos debe tratarse y garantizarse su funcionamiento en los Estados miembros del Sistema Interamericano de Derechos Humanos.

Dicho de otra manera, el régimen jurídico de las empresas de comunicación social es convencional.

La actividad de las autoridades tanto legislativas como administrativas en cuanto al régimen sustancial y de restricciones a la libertad de información debe circunscribirse a los parámetros convencionales, lo contrario supondría incursionar en el ámbito de la arbitrariedad desconociendo el imperativo jurídico en cabeza de todas las autoridades estatales de inaplicar todas aquellas normas y decisiones de la administración contrarias al régimen convencional, conforme a los términos desarrollados en el punto anterior.



3.2.- Dicho lo anterior, se tiene que la libertad de expresión, como derecho protegido por el ordenamiento jurídico nacional,²⁴ regional²⁵ y universal²⁶ de Derechos Humanos, tiene su ámbito propio y natural de existencia en los regímenes políticos de carácter democrático.

De esta afirmación se derivan dos conclusiones provisionales: i) El derecho a la libertad de expresión sólo tiene sentido en este tipo de sistemas políticos y jurídicos, y ii) En estos sistemas es una exigencia, por cuanto es de su esencia, que se garantice plenamente ese derecho,²⁷ o, con otras palabras, *“la libertad de expresión constituye uno de los fundamentos esenciales de tal sociedad (democrática), una de las condiciones primordiales para su progreso y para el desarrollo de los hombres.”*²⁸

²⁴ Constitución Política. 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.

²⁵ Convención Americana sobre Derechos Humanos. Artículo 13. Libertad de Pensamiento y de Expresión.

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

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

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

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

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

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

²⁶ Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos. Artículo 19. 1. Nadie podrá ser molestado a causa de sus opiniones.

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

3. El ejercicio del derecho previsto en el párrafo 2 de este artículo entraña deberes y responsabilidades especiales. Por consiguiente, puede estar sujeto a ciertas restricciones, que deberán, sin embargo, estar expresamente fijadas por la ley y ser necesarias para:

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

²⁷ “[E]s posible afirmar que una sociedad que no esté bien informada, no es plenamente libre.” Corte Interamericana de Derechos Humanos. Opinión Consultiva 5/85 de 13 de diciembre de 1985 o sobre La Colegiatura obligatoria de periodistas.

²⁸ Se trata de uno de los famosos asertos desarrollados por la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos en materia de libertad de expresión en el Caso Handyside c. Reino Unido de 7 de diciembre de 1976, reiterado en posteriores decisiones. Igualmente la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha hecho ha acudido a este fundamento jurídico en sus fallos sobre la violación al derecho a la libertad de expresión. Al respecto el Comité de Derechos Humanos ha sostenido que “la libertad de información y la libertad de expresión son las piedras angulares de toda sociedad libre y democrática. Tales sociedades autorizan, por naturaleza, a los ciudadanos a informarse de las posibilidades de sustitución del sistema o de los partidos políticos en el poder y a criticar o evaluar abierta y públicamente a su gobierno sin temor a intervenciones o represiones de su parte, dentro



3.3.- Ahora bien, dentro de la categoría *genérica* del derecho a la libertad de expresión se encuentran específicamente dos derechos que, aunque partes de un mismo todo, son en estricto sentido diferentes.²⁹

3.3.1. Se trata, en primer lugar, de la libertad de opinión que consiste en el derecho que tiene toda persona para emitir sus opiniones, ideas o creencias, sin ser molestado o sancionado, bien sean estas, entre otras, de naturaleza política, económica, científica, cultural, religiosa, académica, derecho este que lleva consigo, para su satisfacción y efectivo ejercicio, la posibilidad de difundir y de hacer llegar a la mayor cantidad posible de personas sus juicios de valor.³⁰

Resulta claro entonces que la efectividad de este derecho exige que no se criminalice, en principio, a una persona por la emisión de sus opiniones así como que tampoco se establezcan esquemas de responsabilidad civil que resulten desproporcionadas³¹ y generen una estigmatización y hagan nugatorio este derecho.

de los límites fijados en el párrafo 3 del artículo 19 del Pacto.”. Comité de Derechos Humanos de las Naciones Unidas. Comunicación No. 1173/2003, caso Benhadj c. Argelia, aprobado en el 90° periodo de sesiones del Comité en julio de 2007. Disponible en el enlace web: <http://daccess-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/DER/G07/442/26/PDF/G0744226.pdf?OpenElement> [Consultado el 22 de agosto de 2014]. En similares términos el Tribunal Constitucional colombiano que ha sostenido que la libertad de prensa “ocupa un lugar preferente en el ordenamiento constitucional colombiano”, no sólo por el hecho de reforzar y contribuir positivamente “al desarrollo de la autonomía y libertad de las personas y en el desarrollo del conocimiento y la cultura sino, además, porque constituye un elemento estructural básico para la existencia de una verdadera democracia participativa”. Corte Constitucional, sentencia C-010/00.

²⁹ “El artículo 20 de la Constitución acoge una diferenciación, que es aceptada en la doctrina y la jurisprudencia de otros países, y que es importante de atender cuando se trata sobre la actividad que realizan los medios de comunicación. Así, mientras que, por un lado, el artículo establece la libertad de expresar y difundir los propios pensamientos y opiniones, por el otro se señala que existe libertad para informar y recibir información veraz e imparcial. La primera libertad se refiere al derecho de todas las personas de comunicar sus concepciones e ideas, mientras que la segunda se aplica al derecho de informar y de ser informado sobre los hechos o sucesos cotidianos.” Corte Constitucional, sentencia T-066 de 1998.

³⁰ Conforme al criterio de la Corte Interamericana expuesto, entre otras, en la sentencia dictada el 5 de febrero de 2001 en el Caso La Última Tentación de Cristo c. Chile, en los siguientes términos: “65. Sobre la primera dimensión del derecho consagrado en el artículo mencionado, la individual, la libertad de expresión no se agota en el reconocimiento teórico del derecho a hablar o escribir, sino que **comprende además, inseparablemente, el derecho a utilizar cualquier medio apropiado para difundir el pensamiento y hacerlo llegar al mayor número de destinatarios. En este sentido, la expresión y la difusión del pensamiento y de la información son indivisibles, de modo que una restricción de las posibilidades de divulgación representa directamente, y en la misma medida, un límite al derecho de expresarse libremente.**” (Resaltado propio).

³¹ “[E]l temor a una sanción civil desproporcionada puede ser a todas luces tan o más intimidante e inhibitorio para el ejercicio de la libertad de expresión que una sanción penal, en tanto tiene la potencialidad de comprometer la vida personal y familiar de quien denuncia o, como en el presente caso, publica información sobre un funcionario público, con el resultado evidente y disvalioso de autocensura” Corte Interamericana de Derechos Humanos, caso Fontevecchia y D’Amico c. Argentina, sentencia de 29 de mayo de 2011.



En casos particulares, como los concernientes a las opiniones sobre personajes públicos³² o asuntos de interés general (como por ejemplo el manejo del Estado), se ha reconocido la existencia de un mayor umbral de protección del derecho a la libertad de opinión frente a los derechos al buen nombre, a la intimidación o a la honra.³³

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

i) Una posición en donde *el informador* tiene derecho a comunicar un hecho o acontecimiento a un grupo determinado o indeterminado de *receptores*, derecho que a su vez implica la prohibición de la censura previa, el derecho a fundar medios de comunicación,³⁴ derecho a reservarse las fuentes de la información así como el derecho a acceder en igualdad de condiciones al uso del espectro electromagnético.³⁵⁻³⁶

³² “[E]n el marco del debate público, el margen de aceptación y tolerancia a las críticas por parte del propio Estado, de los funcionarios públicos, de los políticos e inclusive de los particulares que desarrollan actividades sometidas al escrutinio público debe ser mucho mayor que el de los particulares”. Corte Interamericana de Derechos Humanos, caso Ricardo Canese c. Paraguay, sentencia de 31 de agosto de 2004. Véase también, entre otras, la sentencia de 22 de noviembre de 2005 del caso Palamara Iribarne c. Chile del mismo Tribunal.

³³ “Para los medios masivos de comunicación, la trascendencia y potencialidad de sus efectos obligan un ejercicio cuidadoso de la facultad de informar, serio, responsable y con **observancia de tres principios esenciales; de lo contrario podría incurrirse en una intromisión ilegítima de los derechos a la intimidad y al honor de quien se difunde una información o se emite una apreciación. Ellos son: a) el de relevancia pública, b) el de veracidad y c) el de imparcialidad.** Una vez superadas estas limitaciones, la restricción de cualquier derecho solo es jurídicamente aceptada cuando antecede una ponderación con otros derechos o bienes constitucionales, y ésta privilegia la información o la libertad de expresión.

(...)

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

³⁴ Sobre la importancia de fundar medios para una sociedad democrática la Corte Constitucional ha sostenido que “*la Carta protege también de manera preferente la posibilidad de fundar medios masivos de comunicación, tradicionalmente conocida como libertad de prensa, la cual goza también de una especial protección del Estado, pues también es una condición estructural de funcionamiento de la democracia y del Estado de derecho. En efecto, sólo con una prensa libre, pluralista e independiente, puede desarrollarse un debate democrático vigoroso y pueden los ciudadanos controlar los eventuales abusos de los gobernantes.*” (Resaltado propio). Corte Constitucional, sentencia C-010/2000.

³⁵ Conforme al artículo 75 de la Constitución Política. El espectro electromagnético es un bien público inalienable (sic) e imprescriptible sujeto a la gestión y control del Estado. Se garantiza la igualdad de oportunidades en el acceso a su uso en los términos que fije la ley. // Para garantizar el pluralismo informativo y la competencia, el Estado intervendrá por mandato de la ley para evitar las prácticas monopolísticas en el uso del espectro electromagnético. Sobre este punto, la Corte Constitucional ha precisado: “Corresponde, entonces, al legislador y a la Comisión Nacional de Televisión administrar de tal manera el uso de un bien público, con calidad de escaso, que asegure verdaderamente -al Estado como a los particulares- la posibilidad de acceder a su utilización, en condiciones que garanticen los principios de competencia y pluralismo consagrados expresamente por el Constituyente.” Corte Constitucional, sentencia C-445 de 1997.

³⁶ Este ha sido uno de los puntos abordados por el Comité de Derechos Humanos de las Naciones Unidas en su Observación General No. 34 respecto del artículo 19 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos. Sobre este tópico a dicho el



ii) Otra posición jurídica en donde el *asociado-receptor* tiene derecho a recibir la información, lo que a su turno implica el derecho al pluralismo informativo³⁷ -lo que se opone a una excesiva concentración de medios de información en pocas manos³⁸-, así como el derecho a una información de calidad, esto es que sea oportuna, completa, veraz³⁹ e imparcial.⁴⁰

Como derecho de libertad, también resulta claro que el derecho a recibir información lleva implícita, en su manifestación positiva, la posibilidad de que el *asociado-receptor* escoja la fuente de su información, así como, por su manifestación negativa, que el *asociado-receptor* decida no recibir una determinada información o, con otras palabras, que existe un “derecho a no ser forzado a escuchar o a ver lo que no se desea

Comité que “Los Estados partes no deben imponer regímenes de licencia y derechos onerosos a los medios de la radiodifusión y la televisión, incluidas las emisoras comunitarias y comerciales. Los criterios para la aplicación de esos regímenes o le cobro de esas licencias deben ser razonables y objetivos, claros, transparentes y no discriminatorios, y cumplir por todos los demás conceptos lo dispuesto en el Pacto”. Naciones Unidas, Comité de Derechos Humanos, Observación General No. 34, adoptada entre el 11 y el 29 de julio de 2011 No. CCPR/C/GC/34, p. 9.

³⁷ “El Estado no sólo debe minimizar las restricciones a la circulación de la información sino también equilibrar, en la mayor medida de lo posible, la participación de las distintas informaciones en el debate público, impulsando el pluralismo informativo. En consecuencia, la equidad debe regir el flujo informativo”. Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso Kimel c. Argentina, sentencia de 2 de mayo de 2008.

³⁸ “El Estado no debe ejercer un control monopolístico sobre los medios de comunicación sino que ha de promover la pluralidad de estos, por consiguiente, los Estados partes deberían adoptar medidas adecuadas, en forma compatible con el Pacto, para impedir un excesivo predominio o concentración de los medios de comunicación por grupos mediáticos bajo control privado, en situaciones monopolísticas que pueden menoscabar la diversidad de fuentes y opiniones.”. Naciones Unidas, Comité de Derechos Humanos, Observación General No. 34 *ibíd.*, p. 9.

³⁹ La veracidad corresponde, en estricto sentido, a la existencia o no de las circunstancias fácticas que constituyen la base de una información. En este sentido, está prohibido, en virtud de este deber, la difusión de informaciones que sean falsas o inexactas. Por tanto, no están cubiertas dentro de la exigencia de veracidad las opiniones. En suma, en la base de este criterio está la diferencia entre los hechos y las opiniones. Sobre el particular, la Corte Constitucional ha expuesto: “La peculiar presentación de la información - mezcla de hechos y opiniones - entraña inexactitud si al público en general no le es posible distinguir entre lo realmente sucedido y las valoraciones o reacciones emocionales que los hechos acaecidos suscitan en el intérprete y comunicador de la información. **Los actos de deformar, magnificar, minimizar, descontextualizar o tergiversar un hecho pueden desembocar en la inexactitud de la información al hacer que la apariencia sea tomada como realidad y la opinión como verdad, ocasionando con ello un daño a los derechos fundamentales de un tercero.**” (Resaltado propio) Corte Constitucional, sentencia T-080 de 1993.

⁴⁰ La imparcialidad comprende el deber de considerar y ponderar las diversas posturas al momento del análisis informativo o de la emisión de opiniones. Comoquiera que la Corte Interamericana ha dejado en claro que “las opiniones no pueden considerarse ni verdaderas ni falsas.” [sentencia de 20 de noviembre de 2009, caso Usón Ramírez c. Venezuela, entre otras], lo que se impone a los medios de comunicación es actuar con “equidad y diligencia en la confrontación de las fuentes y la búsqueda de la información” [sentencia de 2 de mayo de 2008, caso Kimel c. Argentina]; mientras que la Corte Constitucional ha precisado que “el constituyente (...) optó por vincular la exigencia de imparcialidad de la información al derecho del público a formarse libremente una opinión, esto es, a no recibir una versión unilateral, acabada y “pre-valorada” de los hechos que le impida deliberar y tomar posición a partir de puntos de vista contrarios, expuestos objetivamente” [Corte Constitucional, sentencia T-080/1993].



escuchar o ver,⁴¹ todo ligado estrechamente con el derecho a la intimidad personal y familiar.

3.3.3.- La diferencia fundamental entre el derecho a la libertad de opinión y el de información estriba, esencialmente, en que en el primero lo que se protege es la libre emisión de juicios de valor y opiniones, mientras que en el segundo se trata (aunque no de manera exclusiva⁴²) de la protección a informar sobre sucesos o hechos ocurridos, o por ocurrir, en un momento determinado, es por ello que se ha dicho que éste último está sujeto a un control jurídico en tanto que quien emite la información (v.gr. el comunicador o el medio de comunicación) tiene la carga de la veracidad de lo comunicado (prohibición de falsedad) así como su imparcialidad (libre de sesgos que tergiversen el hecho), amén de ajustarse a la plenitud (ser completa) y a la oportunidad.

En este orden de ideas, constituirá una restricción desproporcionada al derecho a la libertad de opinión que se exija, a nivel normativo o *de facto*, la demostración de la veracidad de un juicio de valor.

Otra lectura de la estructura del derecho a la libertad de opinión, pero en plena sintonía con lo anteriormente expuesto, se encuentra en la jurisprudencia consolidada de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en donde se ha sostenido que este derecho exhibe dos dimensiones: una de carácter individual, en la que se tutela el derecho de la persona a expresar y difundir libremente sus ideas; y otra, de dimensión social o colectiva, que supone un derecho general a acceder o a conocer las diversas ideas y pensamientos ajenos.⁴³

La gran virtud de esta tesis reside en destacar la libertad de opinión en un amplio radio de acción, es decir más allá del interés individual de cada persona en la sociedad.

⁴¹ Corte Constitucional, sentencias T-403/1992, T-530/1992, C-640/2010 y C-540/2012.

⁴² En todo caso, se impone el deber a los medios de precisar en qué momento se está emitiendo una información y cuándo se trata de opiniones o análisis. “En el caso de opiniones, se exige que sean diferenciadas de los hechos” Corte Constitucional, sentencia T-263 de 2010.

⁴³ Este planteamiento original de la Corte Interamericana de Derechos Humanos fue establecido de manera primigenia en la Opinión Consultiva de la Colegiatura Obligatoria de los Periodistas. OP-5/85 de 13 de noviembre de 1985. En cuanto a casos contenciosos, la Corte ha difundido esta tesis desde los fallos de la Última Tentación de Cristo c. Chile (5 de febrero de 2001), Ivcher Bronstein c. Perú (6 de febrero de 2001), entre otras providencias.



3.3.4.- Por otra parte, también es necesario señalar que los derechos que se desprenden de la libertad de expresión (opinión e información) no se presentan en el ordenamiento como absolutos (sin perjuicio de su alto valor jurídico en las sociedades democráticas), por lo tanto, éste, como otros, está sujeto a la posibilidad de restricciones para su ejercicio, pues tanto el ordenamiento constitucional colombiano como el marco normativo internacional de Derechos Humanos son claros en precisar que la libertad de expresión comporta una responsabilidad social,⁴⁴ ulterior⁴⁵ y especial⁴⁶, admitiendo como restricciones posibles a su ejercicio aquellas consistentes en i) el respeto a los derechos y la reputación de los demás, ii) la protección a la seguridad nacional, el orden público, la salud y la moral pública,⁴⁷ todo ello siempre y cuando se compruebe que éste tipo de limitantes se justifica de acuerdo con un criterio de proporcionalidad estricta⁴⁸ que supone verificar la idoneidad de la medida (si se protege un bien o interés jurídico válido a la luz del ordenamiento jurídico), si esta deviene en necesaria (es decir, que sea la medida menos lesiva posible para satisfacer la protección al bien jurídico tutelado) y, por último, si la misma resulta proporcional, donde se verifica si las razones jurídicas justifican imponer la satisfacción de otro derecho en perjuicio de la libertad de expresión.

3.3.5.- Sin embargo, la jurisprudencia sobre la materia ha prestado detenida atención al criterio de necesidad, pues se ha dicho que las medida restrictivas sólo superarán el umbral de lo jurídicamente permitido cuando satisfagan un criterio estricto de necesidad, entendido éste como “*necesidad social imperiosa*”⁴⁹ en el marco de una sociedad democrática.

⁴⁴ Conforme al artículo 20 de la Constitución Política.

⁴⁵ De acuerdo al artículo 13 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos.

⁴⁶ Como lo establece el artículo 19 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.

⁴⁷ La Constitución colombiana no establece, expresamente, restricciones o límites al ejercicio de la libertad de información, sin embargo la Corte Constitucional ha reconocido como restricciones a la libertad de expresión el orden público y los derechos de los niños (Cfr. C-033/1993, C-045/96, T-235/02; C-019/93, T-293/94, T-479/03, T-505/00, entre otros), además, las referidas limitantes se encuentran establecida a nivel positivo en el artículo 13 de la CADH y en el 19 del PIDCP, disposiciones jurídicas vinculantes para las autoridades colombianas.

⁴⁸ El Comité de Derechos Humanos de las Naciones Unidas ha considerado que las restricciones impuestas en el artículo 19 del Pacto “deben cumplir pruebas estrictas de necesidad y proporcionalidad”. Naciones Unidas, Comité de Derechos Humanos. Observación General No. 34 *ibíd*, p. 5.

⁴⁹ Conforme al criterio del Tribunal Europeo de DD.HH. sentado en el caso *Handyside c. Reino Unido*, donde señaló que “el adjetivo “necesario” en el sentido del artículo 10.2 no es sinónimo de “indispensable” ..., no tiene tampoco la flexibilidad de



3.3.6.- Existe, entonces, la obligación jurídica de demostrar que la medida de restricción (y no otra menos lesiva) es la única que se presenta como admisible para la protección-realización de ese fin legítimo, de lo contrario, la medida enjuiciada (cualquiera que sea su naturaleza) será desproporcionada respecto del derecho a la libertad de expresión.⁵⁰

En palabras de la Corte Interamericana de Derechos Humanos:

“Entre varias opciones para alcanzar ese objetivo debe escogerse aquélla que restrinja en menor escala el derecho protegido. Dado este estándar, no es suficiente que se demuestre, por ejemplo, que la ley cumple un propósito útil u oportuno; para que sean compatibles con la Convención las restricciones deben justificarse según objetivos colectivos que, por su importancia, preponderen claramente sobre la necesidad social del pleno goce del derecho que el artículo 13 garantiza y no limiten más de lo estrictamente necesario el derecho proclamado en el artículo 13. Es decir, la restricción debe ser proporcionada al interés que la justifica y ajustarse estrechamente al logro de ese legítimo objetivo.”⁵¹

3.4.- De lo anterior se desprende que las premisas normativas que guían el razonamiento jurídico respecto del alcance del derecho a la libertad de expresión se fundan en una lectura de convencionalidad.

De esta manera los medios de comunicación encuentran protección jurídica a partir del artículo 13 de la Convención y, por tanto, siguiendo de cerca los parámetros jurisprudenciales decantados, queda suficientemente claro que cualquier limitación a este derecho debe encuadrarse dentro de alguno de los supuestos reseñados en la

términos tales como “admisible”, “normal” ... “útil”... “razonable”... u “oportuno”. Por ello, no corresponde menos a las autoridades nacionales juzgar con carácter previo sobre la realidad de la necesidad social imperiosa que implica la noción de “necesidad” en este contexto.”. TEDH Caso Handyside c. Reino Unido. Sentencia de 7 de diciembre de 1979.

⁵⁰ Se trata, también de una posición constante y consolidada en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Así, por ejemplo, en el Caso Herrera Ulloa c. Costa Rica, el Tribunal Regional precisó que “la restricción debe ser proporcionada al interés que la justifica y ajustarse estrechamente al logro de ese objetivo, interfiriendo en la menor medida posible en el efectivo ejercicio del derecho a la libertad de expresión.”. Caso Herrera Ulloa c. Costa Rica, sentencia de 2 de julio de 2004.

⁵¹ Corte Interamericana de Derechos Humanos. Opinión Consultiva sobre la Colegiatura Obligatoria de los Periodistas. OP-5/85 de 13 de noviembre de 1985.



Convención, a saber: el respeto a los derechos y la a reputación de los demás, y la protección de la seguridad nacional, del orden público, de la salud y de la moral pública.

Súmese la necesaria observancia de un juicio de proporcionalidad, destacándose el criterio de “*necesidad social imperiosa*” como el único que habilita para la restricción a la libertad de expresión.

3.5.- Por consiguiente, como derecho humano básico y fundamental de toda sociedad democrática, es que debe ser leída la libertad de expresión por todas las autoridades estatales, esto es, en el contexto de la Convención, de modo que cualquier acto normativo en contrario, que desconozca dicho alcance, está llamado a ser inaplicado por los jueces internos.

4.- Convencionalidad, economía social de mercado y medios de comunicación.

4.1.- En el ámbito de la economía social de mercado, en consonancia con el artículo 13 de la Convención Americana de Derechos Humanos, los medios de comunicación, en cuanto empresas, constituyen un instrumento de garantía y de soporte estructural para el ejercicio libre e independiente de la libertad de expresión y de la libertad de información.

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

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



proporcional y acorde con los parámetros establecidos por la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

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

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

Y es que no se olvide, tal como ha dicho esta Subsección, que *“cuando se trata de establecer los derechos y las obligaciones que surgen en favor y a cargo de las partes en razón de un negocio jurídico, hay tres grandes labores que debe emprender el juzgador para la verificación correspondiente.*

La primera es la interpretación del negocio jurídico celebrado que tiene por objeto fundamental constatar el acuerdo al que llegaron las partes, verificar los efectos que estos le señalaron a su convenio y la incorporación de estas comprobaciones al negocio.

La segunda es la calificación del negocio celebrado, que no es otra cosa que su valoración jurídica, esto es, determinar cuál fue el esquema negocial empleado por los disponentes, precisar las repercusiones jurídicas que de ese esquema se derivan e incorporando estas consecuencias jurídicas al acuerdo.

La tercera es la integración del negocio jurídico que consiste en incorporarle toda aquella regulación que no tiene su fuente en el acuerdo de las partes sino en la ley y en general en las restantes fuentes del derecho externas al contrato, tales como los



principios generales del derecho, la equidad y los usos normativos o costumbres como también se les llama.

En lo que atañe a la integración de la ley al contrato debe decirse que han de incorporarse no sólo las normas legales imperativas sino también las dispositivas, teniendo en cuenta que las primeras tienen que anidarse de manera ineludible e inmediata en el contrato, independientemente del querer de las partes, mientras que las segundas han de integrarse a falta de estipulación o de acuerdo en contrario de los contratantes, razón por la que en este último caso se dice que estas normas supletivas colman los vacíos dejados por los disponentes pero sólo aquellos que no puedan ni deban ser llenados con los criterios de la hermenéutica negocial, pues en este evento se estaría entonces frente a una labor de interpretación y no a una de integración contractual.”⁵²

Luego, resulta claro que en la labor de integración del negocio jurídico que debe hacer el juzgador, también han de incorporarse las normas convencionales puesto que estas son parte de las normas imperativas y por lo tanto no podrá el juez prescindir de tenerlas en cuenta al estimar el concreto negocio que ha dado lugar a la controversia.

Se trata, entonces, de una doble garantía convencional a favor de los medios de comunicación.

Por lo tanto, tratándose de empresas cuya naturaleza es la de ser medios de comunicación social, su dinámica en el contexto de la economía debe hacerse medida y soportada en consideraciones de convencionalidad.

⁵² Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección C, sentencia del 13 de junio de 2013, expediente 23.730.



4.2.- Concepto y marco jurídico

4.2.1.- Conforme a este marco jurídico ampliado, es que se verifica, en la Constitución Política colombiana, que el modelo de Estado Social de Derecho que trae aparejado un nuevo esquema económico que no es otro que el de economía social de mercado, previsto en los artículos 332 y siguientes y por esto estos preceptos se denominan, en general, como la *“Constitución Económica”*.⁵³

Este modelo económico tiene, partiendo de la base de que la libertad de empresa es el motor del desarrollo social, garantiza la iniciativa y participación de los asociados en la vida económica y le impone al Estado, como fin esencial, lograr la participación de todos en ella.⁵⁴

El economista alemán Alfred Müller-Armack señala que el núcleo esencial de éste modelo es *“la combinación del principio de libertad de mercado con el principio de equidad social,”*⁵⁵ perspectiva esta que se traduce en que se necesita la intervención estatal para corregir los excesos o desbalances que pueda tener el sistema de economía de mercado,⁵⁶ aspecto este que se refleja en el primer inciso del artículo 334 de la Constitución.

4.2.2.- La Corte Constitucional ha expresado que la Economía Social de Mercado es un modelo *“(...) según la cual las reglas de la oferta y la demanda deben estar al servicio del progreso y desarrollo económico de la Nación”*⁵⁷ y que *“(...) el Estado Constitucional colombiano es incompatible tanto con un modelo del liberalismo económico clásico, en*

⁵³ Es el texto fundamental que sienta los principios superiores que orientan y fundan la posición del Estado en relación con la economía y los derechos de los asociados en este mismo ámbito. O la Corte Constitucional en sentencia C-865/2004 la define como: *“...las normas constitucionales que ordenan la vida económica de la sociedad y establecen el marco jurídico esencial para la estructuración y funcionamiento de la actividad material productiva, señalando los fundamentos esenciales que deberán tener en cuenta los operadores económicos...”*

⁵⁴ Corte Constitucional. Sentencia de Constitucionalidad, número 263, de Abril 6 de 2011, expediente D-8270.

⁵⁵ http://www.kas.de/upload/dokumente/2011/10/SOPLA_Einfuehrung_SoMa/parte1_13.pdf

⁵⁶ Economía de mercado se dice de aquellas sociedades en las que los agentes económicos se especializan en la producción de bienes y servicios y satisfacen sus necesidades materiales a través de intercambios voluntarios de los mismos en el mercado. (extraído de <http://www.expansion.com/diccionario-economico/economia-de-mercado.html>)

⁵⁷ Corte Constitucional. Sentencia de Constitucionalidad, número 865, Septiembre 7 de 2004, expediente D-5057.



el que se proscribe la intervención estatal, como con modalidades de economía de planificación centralizada en las que el Estado es el único agente relevante del mercado y la producción de bienes y servicios es un monopolio público. En contrario, la Carta adopta un modelo de economía social de mercado, que reconoce a la empresa y, en general, a la iniciativa privada, la condición de motor de la economía, pero que limita razonable y proporcionalmente la libertad de empresa y la libre competencia económica, con el único propósito de cumplir fines constitucionalmente valiosos, destinados a la protección del interés general”⁵⁸.

4.3.- Libertad Económica

4.3.1.- Dentro de este modelo se consagra la libertad económica, que se define como la facultad que tiene toda persona de tener iniciativa y participar en actividades de carácter económico, según sus preferencias o habilidades, con miras a crear, mantener o incrementar su patrimonio.

Frente a la naturaleza de la libertad económica, la jurisprudencia constitucional ha reiterado que no es un derecho fundamental en sí misma,⁵⁹ sino que es un derecho subjetivo reconocido a los particulares por motivos de interés público.⁶⁰

En el artículo 333 constitucional se reconocen dos clases de libertad económica: la libertad de empresa y la libre competencia.

4.3.2.- Libertad de Empresa

4.3.2.1.- También denominada como libre iniciativa privada, consiste en la facultad de las personas de “(...) *afectar o destinar bienes de cualquier tipo (principalmente de capital) para la realización de actividades económicas para la producción e intercambio de bienes y servicios conforme a las pautas o modelos de organización típicas del*

⁵⁸ Corte Constitucional. Sentencia de Constitucionalidad, número 228, Marzo 24 de 2010, expediente D-7865.

⁵⁹ Corte Constitucional. Sentencias: SU-157 de 1999; C-352 de 2009 con ponencia de y la C-486 de 2009.

⁶⁰ Corte Constitucional. Sentencia de Constitucionalidad, número 615, 8 de agosto de 2002, expediente D-3881.



*mundo económico contemporáneo con vistas a la obtención de un beneficio o ganancia*⁶¹.

También está definida como: “... [U]na facultad que tiene toda persona de realizar actividades de carácter económico, según sus preferencias o habilidades, con miras a crear, mantener o incrementar su patrimonio.”⁶².

Por lo tanto su objeto es garantizar que los asociados tengan la posibilidad de constituirse como factores de producción de bienes y servicios, para luego ofrecerlos en el mercado en condiciones de igualdad de acceso y participación.

Esta libertad comprende, entre otras garantías:

- **La libertad negocial:** entendida como la potestad que tienen los agentes económicos para que, en ejercicio de su autonomía dispositiva, celebren los actos que crean necesarios para su concurrencia en el mercado, en condiciones de igualdad con los demás oferentes.⁶³
- **La libre iniciativa privada:** se fundamenta en la libertad de organización de los factores de producción, en la posibilidad de constituir empresas para ejercer actividades económicas y obtener una retribución de ellas.
- **La libre canalización:** “recursos privados, por la vía del incentivo económico, hacia la promoción de concretos intereses colectivos y la prestación de servicios públicos. En esa posibilidad se aprecia una opción, acogida por el constituyente, para hacer compatibles los intereses privados, que actúan como motor de la actividad económica, con la satisfacción de las necesidades colectivas.”⁶⁴

4.3.3.- Libre Competencia

⁶¹ Corte onstitucional. Sentencia de Constitucionalidad, número 524, Noviembre 16 de 1995, expediente D-920.

⁶² Corte Constitucional. Sentencia de tutela, número 425, Junio 24 de 1992, expediente T-736.

⁶³ Corte Constitucional. Sentencia C-228/2010

⁶⁴ Corte Constitucional. Sentencia de Constitucionalidad, número 616, Junio 13 de 2001, expediente D-3279.



Consiste en la facultad que tienen todos los asociados de orientar sus esfuerzos y sus factores empresariales y de producción a la conquista de un mercado, en un marco de igualdad de condiciones.⁶⁵

Su núcleo esencial consiste en la posibilidad de acceso al mercado por parte de los oferentes sin barreras injustificadas.⁶⁶

Según la jurisprudencia constitucional, esta libertad comprende al menos tres prerrogativas: (i) la posibilidad de concurrir al mercado, (ii) la libertad de ofrecer las condiciones y ventajas comerciales que se estimen oportunas, (iii) la posibilidad de contratar con cualquier consumidor o usuario.

En este orden de ideas, esta libertad también es una garantía para los consumidores, quienes en virtud de ella pueden contratar con quien ofrezca las mejores condiciones, dentro del marco de la ley, y por ende se benefician de las ventajas de la pluralidad de oferentes en términos, entre otros, de precio y calidad de los bienes y servicios.⁶⁷

La libre competencia económica *“es una garantía constitucional de naturaleza relacional, es decir que la satisfacción de la misma depende del ejercicio de funciones de inspección, vigilancia y control de las actuaciones de los agentes que concurren al mercado, con el objeto de evitar que incurran en comportamientos abusivos que afecten la competencia o, una vez acaecidos estos comportamientos, imponer las sanciones que prevea la ley.”*⁶⁸

Además esta libertad tiene una protección especial en el artículo 88 de la Constitución, pues permite que se proteja mediante el trámite previsto por la ley para las acciones

⁶⁵ Corte Constitucional. Sentencia de Constitucionalidad, número 992, Noviembre 29 de 2006, expediente D-6348.

⁶⁶ Corte Constitucional. Sentencia C-228/2010

⁶⁷ Corte Constitucional. Sentencias: C-616 de 2001, C-815 de 2001, C-389 de 2002 y C-263/2011.

⁶⁸ Corte Constitucional. Sentencia C-228/2010



populares, razón por la cual se puede afirmar que es derecho individual pero simultáneamente es también un derecho colectivo.⁶⁹

4.4.- Limitaciones a la libertad económica

Como ya se había dicho antes, la libertad económica no es absoluta, como no lo es ningún derecho, y por ende puede limitarse.

El artículo 333 de la Carta señala los siguientes límites: (i) Las empresas tienen una función social que implica obligaciones; (ii) La libre competencia supone responsabilidad; (iii) La ley delimitará el alcance de la libertad económica si lo exige el interés social, el ambiente y el patrimonio cultural de la Nación; y (iv) La intervención de Estado en la economía.

Sin embargo, en la valoración de las restricciones en el marco de la economía de mercado respecto de los medios de comunicación constituidos como empresas, debe tenerse en consideración el carácter especialmente protegido a nivel convencional de la libertad de expresión, de allí que se exija la satisfacción de los criterios de restricción ya señalados arriba en armonía con la observancia del criterio del criterio de “*necesidad social imperiosa*”, de manera que no es jurídicamente admisible afectar el núcleo esencial del derecho a la libertad de expresión so pretexto del ejercicio de la competencia que tiene el Estado de intervenir en la economía.

Con otras palabras, la libertad económica se supedita al interés general y a la responsabilidad social, de forma tal que sea compatible con la protección de los bienes y valores constitucionales cuyo desarrollo hace la Carta en relación con las operaciones de mercado.⁷⁰

⁶⁹ Corte Constitucional. sentencia C-815/2001

⁷⁰ Corte Constitucional. Sentencia C-228/2010



Sin embargo toca precisar que cuando se limita la libertad económica resulta más que nunca indispensable la intervención del Estado para que finalmente se garantice el acceso equitativo al mercado.

Debe recordarse además que el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, aprobado por Colombia mediante la Ley 74 de 1968, señala en su artículo 4 que los Estados pueden limitar por ley este tipo de derechos con el fin de promover el bienestar general en una sociedad democrática, siempre y cuando tales restricciones sean compatibles con la naturaleza del derecho.

Pero también hay limitaciones de orden legal, tal como ocurre por ejemplo en el servicio de televisión en donde el concesionario debe ser una sociedad anónima y sus acciones deben estar inscritas en la Bolsa de Valores (artículo 13 de la Ley 335 de 1996) y el operador debe cumplir con unos porcentajes mínimos de producción nacional (artículo 33 de la Ley 182 de 1995).

Sin embargo, de manera general, puede decirse que la Constitución reconoce a dos sujetos entes como a los únicos que pueden limitar la libertad económica:

. **El Legislador.** En virtud del principio democrático, la limitación a la libertad económica es materia sujeta a reserva de ley, es decir que al legislador le corresponde definir los instrumentos de intervención en la economía, sus límites y la forma de participación de las autoridades públicas en las actividades económicas.⁷¹

. **El Ejecutivo.** Por mandato del artículo 189-11 superior, el Ejecutivo puede intervenir en la regulación de la economía en ejercicio de sus potestades reglamentaria y de inspección, vigilancia y control.

⁷¹ A modo de ejemplo, en la sentencia C-692 de 2007, la Corte enunció las siguientes materias que corresponde al legislador regular en relación con la intervención del Estado en la economía: “[A]l legislador le corresponde: (i) dictar las normas generales y señalar en ellas los objetivos y criterios a los cuales debe sujetarse el Gobierno para regular las actividades financieras, bursátil, aseguradora y cualquier otra relacionada con el manejo, aprovechamiento e inversión de los recursos captados del público (C.P. art. 150-19-d); (ii) dictar las normas a las cuales debe sujetarse el Gobierno para el ejercicio de las funciones de inspección y vigilancia que le han sido atribuidas (C.P. arts. 150-8 y 189-24); (iii) regular la forma de intervención económica del Estado (C.P. arts. 189-25, 334 y 335); (iv) dictar las normas que regirán la prestación de los servicios públicos; y (v) dictar las normas con sujeción a las cuales el Gobierno puede intervenir en las actividades financieras, bursátil, aseguradora y cualquier otra relacionada con el manejo, aprovechamiento e inversión de los recursos captados del público (C.P. art. 335).”



Sin embargo, su participación debe sujetarse a la ley, es decir, que el Ejecutivo solamente puede concretar administrativamente los elementos previamente definidos y previstos en la ley.⁷²

Esta participación en la regulación de la economía se encuentra justificada además en la complejidad técnica de los asuntos económicos y en la necesidad de que la regulación sea oportuna, en otras palabras, que se adapte al dinamismo que caracteriza a las relaciones económicas.⁷³

4.5.- Intervencionismo del Estado en la libertad económica y sus restricciones

La participación en el mercado está destinada a la satisfacción de los derechos constitucionales de sus participantes, en especial de los consumidores, pero la intervención del Estado en la economía tiene como objetivo corregir las desigualdades, inequidades y demás comportamientos lesivos en términos de satisfacción de garantías constitucionales.

En este sentido, en términos convencionales el ejercicio de la competencia en cabeza del Estado de intervenir en la economía debe ejercerse en consonancia y respeto de los Derechos Humanos reconocidos en la Convención así como en el Protocolo de San Salvador.

Este papel del Estado fue autorizado por los artículos 333, 334 y 335 constitucionales, permitiendo limitaciones al libre ejercicio de los derechos de libertad de empresa y a la libre competencia, pero esto no significa que el Estado pueda intervenir de cualquier

⁷² En sentencia C-228 de 2010, La Corte expresó en esta oportunidad: *“La vigencia del principio de reserva de ley no significa que el legislador debe regular íntegramente la materia, incluso en sus aspectos más específicos. En contrario, la competencia exclusiva del legislador está relacionada con la fijación de los aspectos esenciales y definatorios del asunto objeto de reserva legal, la cual no puede ser de ningún modo diferida al reglamento. El papel de este, en ese orden de ideas, se reduce a la determinación de aspectos puntuales y técnicos, que no desvirtúen o afecten la reserva de ley...”*

⁷³ La Corte expresó lo siguiente en la sentencia C-228 de 2010: *“(...) la complejidad propia de las sociedades contemporáneas torna imposible que el Congreso, luego de procedimientos que por sus condiciones deliberativas son complejos y se extienden en el tiempo, regule en detalle las distintas materias y problemáticas. Además, no puede perderse de vista que la Carta Política, de forma expresa, confiere la capacidad de producción normativa a otras instancias, siempre y cuando se sometan a un marco referencial obligatorio previsto por el legislador.”*



modo aunque se aduzca que se persigue alcanzar las finalidades señaladas en la Constitución.

La Corte Constitucional⁷⁴ menciona los requisitos para que la intervención sea compatible con los preceptos de la Carta Política: *“(i) necesariamente debe llevarse a cabo por ministerio de la ley; (ii) no puede afectar el núcleo esencial de la libertad de empresa; (iii) debe obedecer a motivos adecuados y suficientes que justifiquen la limitación de la referida garantía;⁷⁵ (iv) debe obedecer al principio de solidaridad⁷⁶; y (v) debe responder a criterios de razonabilidad y proporcionalidad.”⁷⁷*

Los criterios de razonabilidad y proporcionalidad se miden a través de un test en el que se evalúa lo siguiente: *“(i) si la limitación, o prohibición, persiguen una finalidad que no se encuentre prohibida en la Constitución; (ii) si la restricción impuesta es potencialmente adecuada para conseguir el fin propuesto, y (iii) si hay proporcionalidad en esa relación, esto es que la restricción no sea manifiestamente innecesaria o claramente desproporcionada. Adicionalmente (iv) debe la Corte examinar si el núcleo esencial del derecho fue desconocido con la restricción legal o su operatividad se mantiene incólume”⁷⁸.*

Y aunque el Estado tenga el poder-deber de intervenir en la actividad económica y de limitar las libertades del artículo 333 de la Carta, se evidencia una restricción más como lo es la que el artículo 84 constitucional al preceptuar que *“cuando un derecho o una actividad hayan sido reglamentados de manera general, las autoridades públicas no podrán establecer ni exigir permisos, licencias o requisitos adicionales para su ejercicio.”*

5.- Operadores de servicio de televisión como empresa y el servicio de televisión

⁷⁴ Corte Constitucional. Sentencia de constitucionalidad, número 615, Agosto 8 de 2002, expediente D-3881.

⁷⁵ Corte Constitucional. Sentencia de Tutela, número 291, Junio 22 de 1994, expediente T-30517.

⁷⁶ Corte Constitucional. Sentencia de Tutela, número de 240, Junio 23 de 1993, expediente T-9665.

⁷⁷ Corte Constitucional Sentencia de constitucionalidad, número 398, Septiembre 7 de 1995, expediente D-865.

⁷⁸ Sentencias de la Corte Constitucional: C-624/98 , C-332/00 y C-392/07.



Como se había mencionado anteriormente, el Estado Social de Derecho trae el modelo de economía social de mercado, el cual tiene a la empresa como motor del desarrollo económico y social, tal como lo pregonan el artículo 333 de la Carta Política.

Esta consideración resulta inescindible de la configuración, sentido y alcance que la Convención ha dado al derecho a la libertad de expresión, en particular cuando se trata de medios de comunicación, habida cuenta del rol relevante que tiene para la pervivencia de la cláusula democrática del Estado tal derecho, razón por la que se impone, como se ha dicho arriba, considerar que la intervención de Estado en la configuración del servicio de televisión debe seguir razones de proporcionalidad estricta.

El servicio público de televisión es un medio de comunicación,⁷⁹ específicamente de telecomunicación y difusión,⁸⁰ de carácter masivo y audiovisual, cuya titularidad, reserva, control y regulación está en cabeza del Estado y por ende, para que él pueda ser prestado, se requiere que el operador tenga un título que lo legitime para ello.

Ahora, el operador del servicio de televisión es definido como *“la persona jurídica pública o privada, con o sin ánimo de lucro, que utiliza directamente las frecuencias requeridas para la prestación del servicio público de televisión en cualquiera de sus modalidades, sobre un área determinada, en virtud de un título concedido por ministerio de la ley, por un contrato o por una licencia,”*⁸¹ de donde se desprende que una de las maneras en que puede actuar el operador es mediante la organización de una actividad económica que persiga prestar el servicio público de televisión, es decir, mediante una empresa.

⁷⁹ Los medios de comunicación son definidos como los son instrumentos utilizados en la sociedad contemporánea para informar y comunicar mensajes en versión textual, sonora, visual o audiovisual. También definidos como la materialización física de la necesidad de relacionarse entre sí que tienen todos los humanos.

⁸⁰ Según el Decreto Legislativo 3418 de 1954 en el artículo 2: *“Se entiende por Telecomunicaciones toda transmisión, emisión o recepción de signos, señales, escritos, imágenes y sonidos, o información de cualquier naturaleza, por hilo, radio, medios visuales u otros sistemas electromagnéticos”*. Donde en el siguiente artículo se establece que es un servicio público en cabeza del Estado, con prestación exclusiva por parte de aquel; pero puede hacer concesiones a la explotación según como lo establezca la ley.

⁸¹ Artículo 35 de la Ley 182 de 1995.



Pues bien, nótese cómo en este punto y servicio confluyen y se conjugan varios derechos y garantías: la libertad de expresión, en sus variantes de libertad de opinión y libertad de información, y la libertad económica, en sus modalidades de libertad de empresa y libre competencia.

Luego, sobra recabar sobre la importancia y trascendencia del servicio público de televisión.

Sin embargo no está por demás recordar que los medios de comunicación deben garantizar el *“pluralismo informativo y el derecho de los usuarios de contar con diferentes opciones que los incluya dentro de su contexto étnico, cultural, religioso, social y político, entre otros”*⁸² y que, por consiguiente, el desarrollo de las empresas de comunicación asegura la libertad de expresión, todo cual fortalece finalmente el Estado democrático: *“El ejercicio de la libertad de prensa como manifestación del derecho a la información, en un Estado democrático se constituye en un instrumento de libertad y de legitimidad democrática.”*⁸³

Así que, en conclusión, la libertad económica es pilar de la libertad de información y por consiguiente si la libre empresa en los medios de comunicación se restringe arbitraria e ilegalmente, como por ejemplo imponiendo cargas onerosas o haciendo exigencias que impliquen pérdidas o ingentes gastos, se compromete el Estado democrático porque se afecta aquel derecho fundamental.

Con otras palabras, si el operador ha organizado una actividad económica para prestar el servicio público de televisión, es razonable jurídica y económicamente que ella le reporte una utilidad, razón por la cual no puede exigírsele al empresario que lo haga a pérdida o sin retribución alguna.

⁸² Corte Constitucional. Sentencia de Tutela, número 391, 22 de mayo de 2007, expediente T-1248380.

⁸³ Corte Constitucional. Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera. Sentencia 19 de noviembre de 2012, expediente 25506.



Desde luego que habrá casos en los cuales el interés nacional o el interés general sean motivos para que lo que se acaba de afirmar encuentre excepción.

Así que, en conclusión, debe afirmarse que, por regla general, el operador del servicio público de televisión tiende derecho como empresario a percibir una utilidad de su operación y por consiguiente si el Estado injustificadamente impide, limita o restringe esa actividad, aquel debe ser indemnizado.

6.- Ejercicio de las competencias del Presidente de la República

Invocando la competencia que otorgan los criterios de convencionalidad para garantizar de manera efectiva la protección de los derechos consagrados en la Convención Americana de Derechos Humanos, se observa que existe un deber genérico, radicado en cabeza de todas las autoridades públicas sin distinción alguna, de adoptar las medidas pertinentes para dar cumplimiento a las obligaciones que dimanen del ejercicio de los derechos así consagrados (art 2º Convención), como también una prohibición de establecer obstáculos irrazonables para el ejercicio de éstos y que no guarden como finalidad la satisfacción de algunos otros derechos allí consagrados.

De acuerdo con esto, se deduce una premisa normativa inequívoca cuando se trata del ejercicio de las competencias del Presidente de la República: a éste le compete, en tanto Jefe de Estado, Jefe de Gobierno y Suprema Autoridad Administrativa, ajustarse a los postulados jurídicos de la Convención Americana de Derechos Humanos.

Además, una lectura sistemática de la Constitución determina que las competencias atribuidas a los diversos órganos del poder público (así como a aquellos que son autónomos) deben ser interpretadas en clave de constitucionalización del derecho, lo que permite deducir una necesaria teleología que guíe el ejercicio de cada una de las funciones que el Constituyente ha establecido.



En suma, puede decirse que la vigencia del principio democrático y de los derechos fundamentales justifica la existencia del Estado Social y Democrático de Derecho, razón por la cual los poderes públicos sólo encuentran sentido cuando ejercen sus funciones tendiendo a la realización y efectividad permanente de los principios, valores y derechos convencional y constitucionalmente establecidos.

En lo que respecta al Presidente de la República, es preciso tener en cuenta que la Constitución Política le atribuye competencias como Jefe de Estado, Jefe de Gobierno y Suprema Autoridad Administrativa (artículo 189), además de instituirlo como símbolo de la unidad nacional (artículo 188).

Sin embargo, debe tenerse en cuenta que el ejercicio de las competencias por parte de cualquier autoridad, y entre ellas el Presidente de la República, está sujeto a una serie de límites que vienen dados por los principios jurídicos que integran el ordenamiento jurídico.

Así, decir que una autoridad tiene la atribución para proferir o realizar un determinado acto, no implica, *per se*, un espacio de discrecionalidad absoluta, pues el ejercicio de tal competencia no puede desconocer o socavar el principio (o los principios) que fundamentan la autoridad jurídica⁸⁴.

El artículo 32 de la ley 182 de 1995 le reconoce al Presidente de la República la facultad de hacer alocuciones en la televisión al prevér que *“El Presidente de la República podrá utilizar, para dirigirse al país, los servicios de televisión, en cualquier momento y sin ninguna limitación.(...)”*, sin embargo este artículo fue examinado por la Corte Constitucional en la sentencia C-1172 del 8 de noviembre de 2001 y se concluyó que la expresión *“en cualquier momento”* era exequible *“bajo el entendido de que la intervención del Presidente de la República en la televisión, será personal, y sobre*

⁸⁴ Se trata de la doctrina de los ilícitos atípicos definida por Atienza y Ruiz Manero como aquellos que *“invierten el sentido de una regla: prima facie existe una regla que permite la conducta en cuestión; sin embargo –y en razón de su oposición a algún principio o principios-, esa conducta se convierte, una vez considerados todos los factores, en ilícita; esto, en nuestra opinión, es lo que ocurre con el abuso del derecho, el fraude a la ley y la desviación de poder.”* ATIENZA, Manuel y RUIZ MANERO, Juan. *Ilícitos Atípicos*. 2º edición, Madrid, Trotta, 2006, p. 26.



asuntos urgentes de interés público relacionado con el ejercicio de sus funciones,” pero que era inexecutable la expresión “y sin ninguna limitación.”

Esta facultad del Presidente se encuentra justificada en la Constitución colombiana en el artículo 115, que tiene al Presidente como Jefe del Estado, Jefe del Gobierno y Suprema Autoridad Administrativa, y en el artículo 188 al señalar que el Presidente simboliza la unidad nacional y se obliga a garantizar los derechos y libertades de todos los colombianos, razones entonces que determinan que él debe dar información sobre los hechos de interés nacional.⁸⁵

Luego, se autoriza al Presidente a dirigirse al país por medio de la televisión para que los asociados reciban información sobre los hechos de interés público y conozcan la posición oficial acerca de ellos, y por supuesto para que se pueda formar una opinión pública libre y los ciudadanos puedan participar en los asuntos de la vida nacional.

Ahora, si bien el Presidente está facultado por la ley para hacer alocuciones televisivas, ella no lo autoriza para actuar en este caso a su arbitrio, esto es más allá de los límites que la Constitución Política impone al ejercicio de sus funciones, pues, tal como lo expresó la Corte, *“no es cualquier información la que legitima al Presidente de la República la interrupción de la programación habitual, sino aquella que pueda revestir interés de la colectividad en el conocimiento de hechos que puedan encerrar trascendencia pública y, que sean necesarios para la real participación de los ciudadanos en la vida colectiva.”*⁸⁶

Así las cosas, la facultad del Presidente de la República para intervenir en la televisión en cualquier momento está sometida a cuatro condiciones estrictas: (i) Que sea personal; (ii) Que verse sobre asuntos urgentes de interés público; (iii) Que sea

⁸⁵ En la sentencia C-1172 de 2001, se dijo: *“Por mandato constitucional el Presidente de la República representa a la Nación tanto dentro del país como internacionalmente, lo cual le confiere la facultad de ser su vocero y, en ese orden de ideas, tiene el deber de mantener informados a sus conciudadanos en relación con todos los asuntos de orden económico, político y social, a fin, de que tenga plena realización el postulado constitucional establecido en el artículo 2° de la Carta, que consagra como uno de los fines esenciales del Estado facilitar la participación de todos en las decisiones que los afectan y en la vida económica, política, administrativa y cultural de la Nación”.*

⁸⁶ Corte Constitucional. Sentencia de Constitucionalidad, número 1172, 8 de noviembre de 2001, expediente D-3544.



necesario informar estos asuntos para la real y efectiva participación de los ciudadanos en la vida colectiva; y (iv) Que se relacione con el ejercicio de sus funciones.

Y es que una facultad ilimitada, y en este caso entender sin límite alguno la del Presidente para hacer alocuciones televisivas, pugna con el artículo 1º de la Carta puesto que lo que caracteriza a un Estado democrático, entre otras cosas, es la imposición de límites a las autoridades y a los gobernantes.^{87 88}

Pero si, además de estar claro que se trata de una facultad limitada, se tiene en cuenta que ese mismo artículo 1º superior encierra el principio de legalidad de las actuaciones de los funcionarios públicos y que *“una de las maneras como se materializa es en la obligación de motivar los actos administrativos toda vez que ésta es la forma en que se verifica la sujeción de la administración al imperio de la ley,”*⁸⁹ fácilmente se concluye que el Presidente de la República cuando decida hacer una alocución televisiva debe motivar esa determinación lo que deberá hacer, no sólo en su intervención para dar cuenta al asociado del motivo, sino también al momento de determinarse a ello, pues de esta manera el operador del servicio también puede saber y contar con las razones que llevan al Presidente a intervenir en el medio televisivo.

En conclusión, el Presidente se encuentra facultado por la ley para hacer alocuciones en la televisión, pues esta facultad es otra manera de garantizar el derecho de los asociados a la información y a su vez le permite al Presidente cumplir con algunas de las funciones que le asigna la Constitución, pero esa facultad no es omnímoda ya que encuentra naturales limitaciones en los principios, valores, derechos y libertades que la Constitución y la convencionalidad consagran, amén de estar sometida al cumplimiento del deber de motivar la decisión de hacer la alocución por el medio televisivo y que tal motivación esté fundamentada en alguna de las limitaciones fijadas

⁸⁷ *Ibíd.* Sentencia C-1172/2001

⁸⁸ Por ejemplo la Corte Constitucional en la sentencia C-010/00, sostuvo que: *“(...) se sustituye la idea clásica de una soberanía estatal sin límites, propia de los regímenes absolutistas, según la cual el príncipe o soberano no está atado por ninguna ley (Principis Legibus solutus est), por una concepción relativa de la misma, según la cual las atribuciones del gobernante encuentran límites en los derechos de las personas (...)”*.

⁸⁹ Corte constitucional sentencia T-204 de 2012.



por la Convención Americana respecto de la libertad de expresión, como es el respeto a los derechos y la reputación de los demás o la protección a la seguridad nacional, el orden público, la salud y la moral pública, además de estar conforme con el juicio de proporcionalidad que ha sido decantado por la Corte Interamericana en su jurisprudencia constante.

Con otras palabras y a manera de síntesis, si el Presidente de la República al hacer una alocución televisiva no se ajusta a las condiciones previstas en la ley y señaladas por la Convención y la Constitución, su intervención será ilegal y dará lugar a una indemnización en favor del operador del servicio, pues estará limitando o restringiendo injustificadamente la actividad económica del empresario del servicio.

7.- Caso Concreto

En este asunto aparece demostrado que la **COMISIÓN NACIONAL DE TELEVISIÓN**, como concedente, y **CARACOL TELEVISIÓN S.A.**, como concesionario, celebraron el Contrato de Concesión No. 136, cuyo objeto era conceder la operación y explotación del Canal Nacional de Operación Privada No. 2.

También está probado que en el citado contrato se pactó en su cláusula 17 que el concesionario daba por entendida lo dispuesto en el artículo 32 de la Ley 182 de 1995, sobre el acceso del Presidente al medio televisivo, en cualquier momento, sin limitación y sin indemnización alguna.

Se probó además que el 7 de octubre de 1999, **CARACOL TELEVISIÓN S. A.** no transmitió oportunamente una alocución presidencial puesto que habiéndose difundido ésta a las 9.30 p.m., el operador sólo la retransmitió a las 10.35 p.m.

Figuran además como pruebas dos comunicaciones con fecha del 7 de octubre de 1999 en las que se solicita a la Comisión Nacional de Televisión que autorice la concesión de un espacio para transmitir una alocución presidencial.



Estas comunicaciones son del siguiente tenor:

1.

“Presidencia de la República de Colombia

Santa Fe de Bogotá. D.C.. 7 de octubre de 1999

Señores

Comisión Nacional de Televisión

Atn: Dr. Jorge Hernández

Ciudad.

Apreciados señores:

Cordialmente me permito solicitar su autorización para que se conceda un espacio hoy a las 8:00 p.m., con el fin de transmitir por todos los canales de televisión de Inravisión, por los canales regionales y por los canales privados, la intervención del señor Presidente de la República, doctor Andrés Pastrana Arango.

Cordialmente,

(fdo) JUAN HERNÁNDEZ CALLE

Secretario General”⁹⁰

2.

“Presidencia de la República de Colombia

Secretaría de Prensa

⁹⁰ Folio 183 del c. No. 2.



Santa Fe de Bogotá. D.C.. 7 de octubre de 1999

Señores

Comisión Nacional de Televisión

Atn: Dr. Jorge Hernández

Ciudad.

Apreciados señores:

Cordialmente me permito solicitar su autorización para que se conceda un espacio hoy a las 9:30 p.m., con el fin de transmitir por todos los canales de televisión de Inravisión, por los canales regionales y por los canales privados, la intervención del señor Presidente de la República, doctor Andrés Pastrana Arango.

Por consiguiente les solicitamos no tener en cuenta el horario de las 8:00 p.m., que inicialmente requerimos.

Cordialmente,

(fdo) OTTO GUTIÉRREZ TORRES⁹¹

Pues bien, inmediatamente se nota por lo evidente, que esas decisiones administrativas carecen de toda motivación toda vez que en ninguna parte dan cuenta, así sea de manera somera, de los asuntos urgentes de interés público, relacionados con el ejercicio de las funciones presidenciales, que requieren que sean conocidos por los ciudadanos para lograr una efectiva participación de estos en la vida nacional.

⁹¹ Folio 182 del c. No. 2.



La motivación de las decisiones de la administración, y entre ellas las del Presidente de la República, garantiza *“la transparencia en la actividad pública”*⁹² porque *“pone de manifiesto la vinculación de la administración al ordenamiento jurídico y... porque también permite el control de la actividad administrativa por parte de la opinión pública, como extensión del principio de publicidad del artículo 209 de la C. P. en la parte que consagra: “La función administrativa está al servicio de los intereses generales”, y del artículo 123 en la parte que indica: “Los servidores públicos están al servicio del Estado y de la comunidad.”*⁹³

Luego, existiendo el deber de motivar toda decisión de la administración, el hecho de no hacerlo implica que ella es ilegal y por consiguiente cualquier determinación que se tome con fundamento en tal acto injurídico, también lo será.

Con otras palabras, como quiera que las resoluciones expedidas por la **COMISIÓN NACIONAL DE TELEVISIÓN** y que impusieron la multa a **CARACOL TELEVISIÓN S.A.**, se fundamentan en un acto que es ilegal por falta de motivación, se sigue que aquellas también son ilegales o, dicho con más sencillez, las resoluciones de la **COMISIÓN NACIONAL DE TELEVISIÓN** son nulas porque imponen una multa por no acatar oportunamente un acto que a su vez es nulo por ausencia de motivación.

Empero como aquí no se ha demandado la nulidad de las decisiones inmotivadas del Presidente de la República de hacer una alocución televisiva el 7 de octubre de 1999, lo que ha de hacerse es inaplicarlas por ilegales y, al no aplicarlas, resulta entonces que quedan sin sustento o fundamento las de la **COMISIÓN NACIONAL DE TELEVISIÓN** que imponen la multa, siendo por consiguiente nulas éstas y como quiera que esta nulidad sí se ha pedido, así se decretará.

Y es que *“La llamada excepción de ilegalidad se circunscribe entre nosotros a la*

⁹² SANTOFIMIO GAMBOA, JAIME ORLANDO. *Tratado de derecho administrativo. t. II*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 4^o edición, 2003, p. 153

⁹³ Corte Constitucional, Sentencia SU-250 del 26 de mayo de 1998.



posibilidad que tiene un juez administrativo de inaplicar, dentro del trámite de una acción sometida a su conocimiento, un acto administrativo que resulta lesivo del orden jurídico superior. Dicha inaplicación puede llevarse a cabo en respuesta a una solicitud de nulidad o de suspensión provisional formulada en la demanda, a una excepción de ilegalidad propiamente tal aducida por el demandado, o aun puede ser pronunciada de oficio.”⁹⁴

En resumen, la orden de transmitir en cadena nacional la alocución del señor Presidente de la República carece de fundamentación jurídica, no solo porque el acto administrativo citado no señala alguna motivación al respecto, sino también porque a lo largo de este proceso contencioso administrativo la demandada no acreditó la motivación echada de menos.

Pero además no existe un mínimo fundamento jurídico que permita afirmar que la decisión administrativa se amparó en alguno de los criterios establecidos bien por la Corte Constitucional –conforme a la sentencia de constitucionalidad C-1172 de 2001- o por la Convención Americana y su Corte, respecto de las restricciones jurídicamente admisibles al derecho a la libertad de expresión.

Súmese a lo anterior que para las 21.30 horas del 7 de octubre de 1999, **CARACOL TELEVISIÓN S. A.** se encontraba cumpliendo un compromiso comercial como lo era la transmisión de un encuentro deportivo, específicamente un partido de fútbol, situación que involucra la negociación de derechos de contenido económico, tales como la teledifusión del encuentro futbolístico y la correspondiente explotación de los espacios publicitarios.

Si se tienen en cuenta estas circunstancias, se advierte de inmediato que la realización de este tipo de actividades constituyen, por excelencia, la fuente del sustento económico de los medios de comunicación privados, como lo es **CARACOL TELEVISIÓN S. A.**, de manera que afectarlas, por vía de disposiciones jurídicas contrarias a los postulados

⁹⁴ Corte Constitucional, Sentencia C-037 del 26 de enero de 2000.



Expediente: 28.505
Acción de nulidad y restablecimiento del derecho
Recurso de Apelación

convencionales o constitucionales o de facto, se constituye en un acto arbitrario que atenta no sólo contra la libertad económica, sino también contra el núcleo esencial del derecho a la libertad de expresión, por cuanto altera profundamente la autonomía e independencia de los medios de comunicación.

En este orden de ideas, amparado en razones de índole convencional⁹⁵ y constitucional, se impone inaplicar la decisión de la Secretaría de Prensa de la Presidencia de la República de 7 de octubre de 1999, mediante el cual se solicitó conceder un espacio televisivo a las 21.30 horas para transmitir la alocución del señor Presidente de la República.

Por consiguiente, como la mencionada decisión se inaplica por vulnerar el ordenamiento jurídico superior, resulta claro que la multa impuesta con las Resoluciones No. 0083 de 15 de febrero de 2000 y No. 0376 de 12 de mayo de 2000, proferidas por la Junta Directiva de la Comisión Nacional de Televisión, están viciadas de nulidad por carecer ellas de sustento.

Así que entonces, acreditada la vulneración del artículo 20 constitucional y el 13 de la Convención Americana de Derechos Humanos, alegada por el actor en su demanda, la Sala decretará la nulidad de las decisiones referidas, advirtiendo que aun cuando ello no hubiere sido alegado se imponía su estudio oficioso dado el deber, en cabeza de todo funcionario judicial, de salvaguardar los derechos fundamentales que resultaren vulnerados en el curso de una actuación administrativa, por razones constitucionales⁹⁶ y convencionales⁹⁷.

⁹⁵ Cfr. Casos Barrios Altos c. Perú de 14 de marzo de 2001, Almonacid Arellano c. Chile de 26 de septiembre de 2006, Caso Gelman c. Uruguay de 24 de febrero de 2010, Caso Gomes Lund c. Brasil de 24 de noviembre de 2010, Caso Cabrera García y Montiel Flórez c. México de 26 de noviembre de 2010, Caso Masacre de El Mozote y lugares aledaños c. El Salvador de 25 de octubre de 2012, entre otros fallos del a Corte Interamericana de derechos Humanos.

⁹⁶ Cfr. Corte Constitucional, sentencia C-197 de 1999.

⁹⁷ Conforme al desarrollo expuesto en esta providencia del concepto y alcance del control de convencionalidad.



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

R E S U E L V E

PRIMERO: REVOCAR la sentencia apelada y en su lugar **DECRETAR** la nulidad de las Resoluciones números 0083 del 15 de febrero de 2000 y 0376 del 12 mayo de 2000, proferidas por la Junta Directiva de la **COMISIÓN NACIONAL DE TELEVISIÓN**, mediante las cuales, respectivamente, se impuso una multa a **CARACOL TELEVISIÓN S. A.** y se resolvió el correspondiente recurso de reposición.

SEGUNDO: En consecuencia **SE DECLARA** que **CARACOL TELEVISIÓN S. A.** no está obligada a pagar la multa que a que se refieren las resoluciones anuladas.

TERCERO: Devolver el expediente al Tribunal de origen.

CÓPIESE, NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

OLGA VALLE DE DE LA HOZ
Magistrada

ENRIQUE GIL BOTERO
Presidente

JAIME ORLANDO SANTOFIMIO GAMBOA



Expediente: 28.505
Acción de nulidad y restablecimiento del derecho
Recurso de Apelación

Magistrado Ponente